

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

**PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA
INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DERIVADA DE LA
NEUROCIENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. ALDO HERNANDO CASTAÑEDA BECERRA

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT@ 2021 by
ALDO HERNANDO CASTAÑEDA BECERRA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DERIVADA DE LA NEUROCIENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. ALDO HERNANDO CASTAÑEDA BECERRA

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las diecisiete horas del día 22 de diciembre del año dos mil veintiuno, reunidos a través de Gmeet meet.google.com/swg-rgig-gqq, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, **Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA**; y en calidad de Asesor, el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DERIVADA DE LA NEUROCIENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**; presentada por el M. Cs. **ALDO HERNANDO CASTAÑEDA BECERRA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, el M. Cs. **ALDO HERNANDO CASTAÑEDA BECERRA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las dieciocho horas con cincuenta minutos del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

.....
Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva
Jurado Evaluador

A mi hijo Diego Sebastián, por sostener mi vida con su amor y a mi madre Juana Rosa, por ser mi compañera de vida, por ellos tanto, para ellos todo.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ILUSTRACIONES	ix
RESUMEN.....	x
<i>ABSTRACT</i>	xi
INTRODUCCIÓN.....	xii
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN	1
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	5
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	6
1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
1.5.1. Espacial	7
1.5.2. Temporal.....	8
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN	8
1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue.....	8
A. Básica	8
1.6.2. De acuerdo con el diseño de investigación	8
A. Descriptiva	8
B. Explicativa	9
C. Propositiva	9
1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan.....	9
A. Cualitativa	9
1.7. HIPÓTESIS	10
1.8. OBJETIVOS	10
1.8.1. Objetivo general.....	10
1.8.2. Objetivos específicos	10
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	11
1.9.1. Métodos genéricos.....	11
A. Método de análisis y síntesis.....	11
B. Método Deductivo	12
1.9.2. Métodos propios del derecho	12
A. Método de dogmática jurídica	12
B. Método hermenéutica-jurídica	13

1.10. TÉCNICAS PARA LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	14
1.10.1. Análisis documental	14
1.10.2. Fichaje	14
1.10.3. Argumentativa.....	15
1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	15
1.11.1. Hoja de recojo de datos	15
1.11.2. Fichas	15
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS	16
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	16
CAPÍTULO II.....	19
MARCO TEÓRICO	19
2.1. ASUNCIONES IUS-FILOSÓFICAS DEL INVESTIGADOR	19
2.1.1. Criterios ius-positivistas útiles	19
2.1.2. Criterios Post-iuspositivistas útiles	22
2.1.3. Adecuación de criterios.....	23
2.2. PERSPECTIVAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS DE “LA SEGURIDAD JURÍDICA” 27	
2.2.1. Conceptualización.....	29
2.2.2. Debates actuales	30
2.2.3. Importancia de la seguridad Jurídica.....	33
2.2.4. Desarrollo Constitucional peruano	33
2.2.5. La seguridad jurídica en el Derecho penal	38
2.3. LA TEORÍA DEL DELITO ACTUAL Y LA INIMPUTABILIDAD	42
2.4. EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	46
2.4.1. Recuento histórico de la regulación	46
2.4.2. Análisis dogmático del delito contra la libertad sexual.....	56
2.5. EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	59
2.5.1. La teoría de la prueba	61
A. La prueba pericial.....	63
B. Los estándares de la prueba	65
2.5.2. El control endoprosesal.....	69
2.6. LA NEUROCIENCIA, SUS AVANCES Y LOS POSIBLES MEDIOS PROBATORIOS	71
2.6.1. La neurociencia y sus descubrimientos que pueden ser aplicables en el derecho penal	72
2.6.2. La neurociencia y su aplicación en los delitos contra le libertad sexual 74	

CAPÍTULO III.....	77
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	77
3.1. ESTRATEGIA DE ANÁLISIS DE RESULTADOS EN LA CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	78
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	79
3.2.1. Garantiza la seguridad jurídica.....	84
3.2.2. Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal en casos de violación sexual.....	89
3.2.3. Permitir el control endoprosesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior	95
3.2.4. <i>Excursos</i> : debate sobre la intervención corporal y la pericia derivada de la neurociencia.....	101
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES.....	107
LISTA DE REFERENCIAS.....	108
ANEXOS.....	116
Anexo 1: Matriz de Consistencia.....	117

LISTA DE ILUSTRACIONES

Figuras	Pág.
Figura 1. Encuadre de la pregunta dentro del Derecho positivo.....	25
Figura 2. La teoría de la prueba en la legislación peruana.....	62
Figura 3. Contrastación de la hipótesis.	79

Tablas

Tablas	Pág.
Tabla 1. Estructura de la presentación de resultados, discusión y contrastación	78
Tabla 2. Aceptación y clase de sentencia emitida.....	85
Tabla 3. Clase de pruebas actuadas.....	86
Tabla 4. Sentencias impugnadas.....	87
Tabla 5. Resultados en segunda instancia.....	87
Tabla 6. Diagnostico pericia psiquiátrica en el proceso Lima (2003-2005).....	92
Tabla 7. Diagnostico psicológico externo.....	93

RESUMEN

El avance de la ciencia y tecnología en nuestra época es innegable, lo que significa que se planten múltiples retos para el derecho. En el Derecho penal la neurociencia ha motivado a variados replanteamientos sobre la culpabilidad del sujeto activo. En esta tesis se aborda críticamente la necesidad de uso de la prueba pericial derivada de aquella ciencia en los delitos contra la libertad sexual, en específico, la pregunta que guio la investigación fue ¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual? Luego de haber realizado un análisis dogmático y hermenéutico a las categorías de la prueba en conjunto con el nivel de avances en el conocimiento y técnicas que brinda la neurociencia. Se pudo determinar que la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual traerá como consecuencia que se garantice la seguridad jurídica, se logre una atribución idónea del artículo 20 inc 1 del Código Penal y exista un mejor control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.

Palabras Clave: Neurociencia, prueba pericial, seguridad jurídica, control endoprocésal.

ABSTRACT

Given the advancement of science and technology in our time, it is undeniable, which means that multiple challenges are posed for the law. In criminal law, neuroscience has motivated multiple rethinking about the guilt of the active subject. This thesis critically addresses the need to use the expert evidence derived from that science in crimes against sexual freedom, specifically the question that guided the investigation was: What are the legal bases that justify the incorporation of the expert evidence derived from neuroscience in crimes against sexual freedom? After having carried out a dogmatic and hermeneutical analysis of the categories of the evidence in conjunction with the level of advances in knowledge and techniques provided by neuroscience, it was determined that the incorporation of expert evidence derived from neuroscience in crimes against Sexual freedom will result in the guarantee of legal security, an ideal attribution of article 20-1 of the Penal Code is achieved and there is endoprocesal control in the assessment of personal evidence by the higher body.

Keywords: *Neuroscience, expert evidence, legal security, endoprocesal control.*

INTRODUCCIÓN

Desde su aparición, las neurociencias han revolucionado en todos los campos del saber. Las nuevas tecnologías disponibles hicieron que este órgano desconocido y misterioso pudiera ser observado y estudiado con mayor precisión que antaño. Tanto así que se dejó de lado el nombre de alma y se habla, en la actualidad, de mente. Es la mente la que guía nuestro actuar, pero también la mente somos nosotros. La mente está en nuestro cerebro, por ello, ante ciertas configuraciones “extrañas” de él, se produce un comportamiento anómalo.

Los estudios de los neurocientíficos actuales son un punto de partida referencial para lo que seguro se descubrirá luego y también, para los nuevos debates que se vienen presentando en el Derecho penal contemporáneo, pues como nunca se puede saber que nuestra conducta está guiada por el funcionamiento de ese órgano misterioso y, es más, el comportamiento se puede ver influido por la anomalía o el deterioro de él.

En efecto, en el Derecho penal, la preocupación e interés por las neurociencias comenzaron desde que fue posible observar el cerebro con mayor precisión y análisis, así se pudo afirmar que lesiones en el cerebro originaban ciertos tipos de comportamiento. Es decir que muchos comportamientos no ocurren porque lo quiere la persona, sino que, dada la característica cerebral, esta persona no tiene alternativa, esto es, tiene que pasar. Por eso es importante para el Derecho penal, pues pone límites para el poder del Estado y obliga a la doctrina a volver a revisar la culpabilidad dentro de la teoría del delito.

Pero eso no es todo, en materia procesal, en cuanto a la valoración de la prueba, también es posible verificar que los debates de la doctrina actual buscan saber si

su empleo resulta siendo el ideal para el derecho, y si es que se obtendrían algunos beneficios en su aplicación en casos concretos. Es cierto que la pericia que pudiera derivar de estos estudios no existe aún en nuestro territorio, pero dada la globalización actual, es solo cuestión de tiempo para que esta pueda ser solicitada en un proceso.

Esta tesis aborda esos temas y presenta unos fundamentos para su utilización. Siempre partiendo del principio de presunción de inocencia y de que el individuo es vulnerable frente al Estado. Por ello se defiende que el uso de la prueba pericial es posible en los delitos contra la libertad sexual, por cuanto la neurociencia traerá como consecuencia que se garantice la seguridad jurídica, se logre una atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal y exista un el control endoprosesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior. Así, su uso solo será posible a pedido del acusado y con conformidad del juez, esto en aras de conservar los derechos y evitar la intromisión del Estado en el ser del ser humano, esto es en su cerebro.

En los capítulos siguientes de la tesis se van a presentar detalles concernientes al método científico que fue el que guio y facilitó la realización de esta tesis. En específico esto se encuentra detallado en el capítulo uno de la tesis. En el capítulo dos se exponen los temas más sobresalientes y que no hayan sido tratados de forma profunda por la doctrina, está acá lo vinculado con la seguridad jurídica y los aspectos vinculados con la neurociencia y el derecho penal.

Finalmente se presenta un discurso argumentativo, que se sostiene en datos encontrados de investigaciones previas que cumplen la función de respaldar nuestra propuesta, la cual se presenta en el capítulo tres. En donde se llega a

sostener que la prueba derivada de la neurociencia va a servir para que el proceso penal se desarrolle cumpliendo el principio general de seguridad jurídica, principio entendido como certeza, pues permitirá conocer la estructura cerebral del procesado, de modo tal que se pueda también hacer un uso adecuado del artículo 20 inc. 1 del Código Penal. Así, la valoración que de esta prueba hagan los jueces en primera instancia podrá ser luego corroborada por los de segunda, permitiéndose así cumplir con el control endoprocésal.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN

El Código Procesal Penal regula una serie de pasos, características y plazos de la forma en que se debe llevar a cabo un juzgamiento, pero también la investigación. En efecto, son los fiscales los encargados de conducir la investigación, como está estipulado en el inciso 2 del artículo 60 del Código Procesal Penal (C.P.P.): “el fiscal conduce, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”.

Las investigaciones tienen como propósito recabar los medios probatorios necesarios para que, primero el fiscal mismo y luego el juez, se genere convencimiento del grado de responsabilidad de él o los autores y/o partícipes, pues “practicará y ordenará los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado” (artículo 61, C.P.P.). Por eso es por lo que, el C.P.P en el artículo siguiente hace mención de que el fiscal “deberá obtener los medios de acreditación necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes de su comisión” (artículo 61).

Pues bien, esos medios de acreditación (o medios probatorios) son los que luego van a ser catalogados como pruebas y son las que generarán convencimiento al juez.

Visto así, toda la labor del Ministerio Público se va a centrar en generar medios probatorios suficientes, sin embargo, para obtenerlos debe ser sumamente cauto, ya que debe cumplir con reglas impuestas por el propio C.P.P. en aras de proteger derechos constitucionales, como lo ha puntualizado el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC:

En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales. (Fundamento 16).

Esto significa entonces, que no se puede obtener un medio probatorio sin respetar las reglas establecidas y, en el caso de ser una prueba novedosa para los tribunales, esta tiene que ser justificada plenamente para la obtención del fin deseado.

Por otro lado, es oportuno mencionar a uno de los delitos que genera mayor conmoción social en todos los Estados, es el de violación a la libertad sexual, el cual, penalmente, abarca una serie de modalidades en nuestro Código, que se contemplan desde el artículo 170 hasta el 178-A, en donde no solo se consideran las

modalidades sino también las consecuencias accesorias e incluso la forma de readaptación del condenado.

A nivel mundial, uno de los casos más recientes y deplorables es el de Alfredo Garabito, quien fue condenado a 40 años de prisión por haber violado y asesinado a 172 menores en diversas localidades de Colombia. Su caso sigue generando polémica, pues se anunciaba su pronta libertad, ya que el acceso a unos beneficios penitenciarios así lo permitía (lleva preso desde el 22 de abril de 1999). Por ello han existido una serie de informes psicológicos, como el siguiente:

Es de precisar entonces que no es pertinente que salga de la cárcel, no porque categorizó en una entrevista a sus víctimas o aún le falta sentir culpa para poder salir, no, Luis Alfredo Garavito ya tiene una posición definida, una estructura fija que no muta a otra, una marca indeleble que le imposibilita dejar de ver a los niños (otros) como personas y no como objetos. (Largo Fernández, 2009, p. 6)

Si bien es cierto que la psicología es considerada una ciencia confiable¹, en nuestros días se ha desarrollado mucho la neurociencia, la mejor forma de entenderla y definirla es recurriendo a lo que hacen los neurocientíficos, así, ellos:

estudian los aspectos celulares, funcionales, de comportamiento, evolutivos, computacionales, moleculares, celulares y médicos del sistema nervioso. Hay varios campos que se centran en diferentes aspectos, pero a menudo se superponen.

Los investigadores podrían analizar la actividad cerebral en personas con enfermedades como la enfermedad de Alzheimer. Las herramientas utilizadas incluyen exploraciones de MRI y modelos 3-D computarizados. Pueden hacer experimentos usando muestras de células y tejidos. (Nordqvist, 2018, párr. 4-5).

¹ No hay que confundir la psicología con el psicoanálisis, ya que la primera es considerada una ciencia mientras que la segunda no lo es. Lo que sucede es que gran parte de la psicología se ha visto influenciada por el psicoanálisis, y esto ha ocasionado que haya sido discutido su *status* de ciencia. La verdadera psicología tiene que realizar experimentación (Kerlinger y Lee, 2002) y en nuestros días trabaja juntamente con la neurología.

En ese sentido, el estudio del cerebro de los violadores comunes o violadores en serie podría contribuir a un mejor diagnóstico de los imputados por este delito y también a su tratamiento. Por eso, en específico, esta nueva ciencia está generando nuevo conocimiento y criterio que puede servir como prueba pericial para esclarecer lo que ocurre en la mente de un violador para que cometa tal acto, y esto hace que sea de suma importancia para el derecho penal. Por ejemplo, en la actualidad se sabe que

los nuevos hallazgos biológicos proponen diversos factores que podrían estar involucrados en el origen de la pedofilia como la activación de la corteza prefrontal y orbitofrontal, encargadas de inhibir distintos impulsos incluyendo el sexual, esto explicaría una parte la causa de la pedofilia considerándose un comportamiento de bajo control de impulsos, pero no se podrían considerar con esos hallazgos como una preferencia sexual. Otra estructura cerebral involucrada de forma importante en la conducta de pedofilia es el lóbulo temporal que está vinculado a la hipersexualidad, la cual, debido a que es un bajo control del impulso en la conducta sexual del individuo, acaba frecuentemente con el comportamiento de pedofilia o en el aumento de desvíos de los intereses sexuales realizando diferentes tipos de prácticas sexuales. También se ha observado que estas alteraciones surgen cuando hay lesiones en regiones cerebrales específicas como la región temporal cerebral o en el hipocampo por la esclerosis múltiple. (Sánchez Hernández, 2018, pp. 41-42).

Estos hallazgos deben ser cuidadosamente estudiados e interpretados dentro del ordenamiento jurídico nacional con la intención de incluirlos, próximamente, cuando su desarrollo lo permita, como medios probatorios para acreditar ciertas características que permitirán configurar o no la culpabilidad del imputado.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el Derecho Procesal Penal es indispensable tener la certeza del hecho cometido y fundamentar las circunstancias que vinculan este hecho al autor, para así acreditar su autoría o participación concreta. En similar sentido, dentro del derecho penal se ha establecido que es necesario atribuir el injusto a una persona determinada para que se pueda configurar el delito, es decir que es necesario la culpabilidad. En ambos casos se está buscando no condenar a personas que no lo sean.

El desarrollo de la disciplina científica transversal denominada neurobiología está generando estudios de diversa índole, de ellos interesa para el derecho penal actual los vinculados a los agresores sexuales, pues gracias a sus estudios se están contando con bases biológicas que permiten replantear nociones como la culpabilidad, pero desde el punto de vista práctico y probatorio, la necesidad de evaluar y de poder incluir las nuevas técnicas y su consiguientes medios probatorios para esclarecer lo sucedido en un proceso, por ello se ha formulado la siguiente pregunta de investigación.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La investigación propuesta es importante pues se presenta como pionera en el nivel local de las investigaciones de derecho, ya que el tema de la neurociencia y derecho penal no ha sido tomado en cuenta por nuestros investigadores. Hecho que ya sucede en otros países, en donde se llega a cuestionar la toma de decisiones y los elementos que influyen en ella. Por ejemplo, en su investigación sobre “La importancia del contexto y el desarrollo de la función: Neurociencia y la ley”, Freedman y Woods (2017) llegan a afirmar que:

La investigación en neurociencia indica que la evaluación de la intención requiere una evaluación de la trayectoria del desarrollo neurológico del individuo, incluida la variación individual dentro de los rangos normales y las desviaciones de la trayectoria normal. Debido a que el funcionamiento ejecutivo subyace y define la capacidad para formar la intención, debe evaluarse desde la perspectiva del desarrollo neurológico. (p. 9).

La trayectoria del desarrollo neurológico del individuo se identifica con el contexto, en ese sentido, los mismos autores manifiestan:

el contexto enmarca la toma de decisiones y la intención, desempeñando un papel independiente en la configuración de cómo el individuo percibe y actúa.

Un ejemplo poderoso de este fenómeno surge de los estudios poblacionales de psicosis. Una revisión reciente encontró un aumento en la incidencia de esquizofrenia en muchos países, aunque principalmente en Europa para inmigrantes [...] Un metaanálisis de 50 estudios que examinaron inmigrantes de primera y segunda generación encontró un riesgo relativo (RR) de 2.9 para la esquizofrenia, con inmigrantes de segunda generación con un RR de 4.5 y inmigrantes de color con un RR de 4.8. (Freedman y Woods, 2017, p. 10).

Como es posible darse cuenta, los alcances doctrinarios que se deriven de esta investigación no podrán ser medidos hasta que se

desarrollen corrientes de pensamiento que recojan las conclusiones que acá se expongan.

Por otro lado, esta tesis va a servir en un sentido básico pues se brindará a los jueces una herramienta mejor perfeccionada para la toma de sus decisiones. Así es, la prueba pericial derivada de la neurociencia va a poder generar un sin número de posibilidades que le permitan al juez conocer con mayor certeza las razones del comportamiento del agresor. Por ello es por lo que se va a evaluar la atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal, de este modo se garantizarían los derechos de las víctimas y de los imputados; de modo tal que esta investigación no solo quedará en el campo teórico, sino que sus repercusiones van a verse en la realidad cotidiana en beneficio de los imputados, en primer lugar, e incluso de las víctimas y la sociedad en general. Esto va a ser posible con la aplicación de la prueba pericial neurocientífica con la cual se evalúen los trastornos patológicos y, a su vez, la forma de tratar y de combatir esta desviación, de modo tal que la sociedad pueda asegurarse que, una vez detectado el sujeto que posee este desorden, gracias al tratamiento debido, no se vuelvan a producir los infaustos hechos que llevaron al proceso penal.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

Al tratarse de una investigación doctrinaria, la investigación no tendrá definido una delimitación espacial, por cuanto se hará uso de

toda la doctrina disponible vinculada al derecho penal y los artículos científicos sobre la neurociencia.

1.5.2. Temporal

La investigación es transversal pues no le interesa hacer comparaciones en periodos diversos (lo que es característica de las investigaciones longitudinales). Interesará solamente la legislación y los avances doctrinarios y científicos producidos.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue

A. Básica

La investigación es básica pues este tipo de investigación solo le interesa conocer la realidad, en el sentido de explicarla o describirla sin que sea necesario ningún fin práctico. Por ello, al generar un nuevo conocimiento sobre la utilidad de la pericia derivada de la neurociencia en los procesos penales, específicamente en los delitos contra la libertad sexual, la investigación es básica.

1.6.2. De acuerdo con el diseño de investigación

A. Descriptiva

La investigación cumple con el rol descriptivo que busca toda ciencia. Lo que significa que las unidades de observación son observadas y se detallan sus características esenciales. En este

sentido se han observado y descrito la forma en que nuestros días se lleva a cabo el ofrecimiento y la aceptación de las pruebas en los delitos contra la libertad sexual, preguntándonos qué hubiera sucedido de contar con la pericia derivada de la neurociencia.

B. Explicativa

Además, la investigación es considerada como explicativa pues se va a tener que exponer y dar las razones para que esta prueba pericial, derivada de la neurociencia, sea aplicable dentro de la realidad legislativa peruana.

C. Propositiva

Por lo explicado en el punto B, se optó en avanzar y dar los fundamentos para que esta pericia sea aceptada sin mayores reproches en el sistema procesal peruano, por eso, en esta segunda etapa de la investigación, se va a convertir en propositiva.

1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

La investigación cualitativa es la que se preocupa por describir los aspectos formales tangibles sin que sea necesaria su medición. Por ello, esta investigación es cualitativa ya que no se va a realizar análisis estadísticos y, la cuantificación que se

pueda llegar a hacer involucrará solamente resultados de mediciones nominales.

1.7. HIPÓTESIS

Los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el ordenamiento jurídico peruano son:

- a. La garantía de la seguridad jurídica,
- b. Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal en supuestos de violación sexual.
- c. El adecuado control endoprocesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Determinar los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el ordenamiento jurídico peruano.

1.8.2. Objetivos específicos

- a. Analizar la garantía de seguridad jurídica en relación con la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual.

- b. Establecer la necesidad del uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el artículo 20 inc. 1 del Código Penal.
- c. Identificar los alcances positivos del uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual para el control endoprocesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.
- d. Proponer la incorporación de la prueba pericial de manera obligatoria en los delitos contra la libertad sexual.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Métodos genéricos

En la tesis se han utilizado los métodos genéricos de análisis y síntesis, además del método deductivo.

A. Método de análisis y síntesis

Dado que se requiere revisar la literatura existente en materia de la neurociencia, será oportuno hacerlo con la utilización de estos métodos, pues el análisis permitirá que se extraiga la información de forma independiente y específica, de cada lectura. Es decir que se desintegrará con fines de análisis, con la intención de saber: ¿Cuál es el nivel de desarrollo de la neurociencia en relación con los delitos de libertad sexual? ¿Qué pericias se pueden derivar de ella qué puedan ser ofrecidas en el proceso penal peruano?

Las respuestas a estas preguntas tuvieron luego que ser reunidas como un conjunto; es decir, sintetizadas con la intención de ofrecer una discusión a la hipótesis presentada en esta tesis.

Por las razones expuestas, estos métodos de análisis y síntesis fueron de utilidad para esta tesis.

B. Método Deductivo

También se utilizó el método deductivo ya que, mediante inferencias producidas desde las dos grandes teorías empleadas en esta tesis: la neurociencia y la teoría de la prueba, se pudo realizar la evaluación de los expedientes y de la hipótesis planteada.

En conjunto, los dos métodos permitieron guiar el razonamiento en un sentido que permitió desentrañar la pertinencia de la hipótesis y sus argumentos correspondientes.

1.9.2. Métodos propios del derecho

En cuanto a los métodos propios se han elegido a cuatro, pues en conjunto han permitido un mejor estudio de la realidad jurídica de Cajamarca. Estos métodos se procederán a describir en seguida.

A. Método de dogmática jurídica

El método de la dogmática jurídica no solo permite un estudio interpretativo institucional de la reglamentación interna, sino que también es posible que dicha legislación sea comparada en

relación con otras (Ramos Núñez, 2018). Es así como “en la dogmática, lo que se realizará será reconstrucciones de normas del ordenamiento jurídico, de modo tal que una encaje junto o dentro de la otra” (Sánchez Zorrilla, 2011, p. 343) Por eso es importante y de utilidad en esta tesis, ya que la regulación existente en cuanto a los medios probatorios tiene que ser interpretada e integrada siguiendo este método.

B. Método hermenéutica-jurídica

Este método se complementa perfectamente con el anterior, pues permite el estudio sistemático del ordenamiento jurídico nacional.

La complejidad y empleo de este método Sánchez Zorrilla (2011)

lo explica así:

no bastará con interpretar lo que dice el texto normativo (flecha negra), sino que también se deberá ver lo que han dicho otros juristas (flecha roja). Esto se debe a que “la propuesta de soluciones para casos problemáticos y la sugerencia de modificaciones normativas se elaboran habitualmente contra otras alternativas posibles – formuladas realmente por otro polemista o imaginadas por el mismo autor” (Courtis 2006, 110). Significa entonces que en los escritos de los juristas se debe demostrar “por qué la alternativa que se propone es mejor que cualquier otra alternativa” (Courtis 2006, 124). Esto nos lleva a manifestar que la actividad del jurista consistiría en argumentar, es decir que lo que se tendría que hacer es “dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar” (Atienza 2004, 15). (p. 342)

Para esta tesis lo que interesa es evaluar la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual, de ahí que se hayan analizado los argumentos que, a parecer del tesista son los que lo fundamentan. Es decir,

se evaluó la pertinencia como argumento de la seguridad jurídica, además de evaluar si se logra una atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal y, finalmente, se argumentará que esto permite que se logre el control endoprosesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.

1.10. TÉCNICAS PARA LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Para la labor de investigación se recurrió a fuentes de documentos que permitan tener información, utilizando las técnicas e instrumentos que se detallaron. Las técnicas, son los medios empleados para recolectar la información, atendiendo a los objetivos, la hipótesis y el problema que determinan el tipo de información y las fuentes que necesita. Los Instrumentos, cumplen con los requisitos de validez y confiabilidad, que han sido puestos a prueba y son las siguientes.

1.10.1. Análisis documental

Se empleó para la observación de los expedientes que se encuentren sobre los delitos contra la libertad sexual, con la intención de poder saber cómo se están resolviendo actualmente esos procesos y cuáles son los medios probatorios y valorados, finalmente, por el juez.

1.10.2. Fichaje

Se utilizó esta técnica para el registro de libros y artículos, que hayan evaluado la relación entre neurociencia y derecho penal, o

simplemente la valoración de la prueba y los vinculados a los delitos contra la libertad sexual.

1.10.3. Argumentativa

Se la utilizó con la intención de dar razones a favor de la utilización de la prueba pericial derivada de la neurociencia y también su futura implementación de forma obligatoria.

1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. Hoja de recojo de datos

Este instrumento permitirá realizar el recojo de los datos contenidos en los expedientes, acá se tomará en cuenta los siguientes datos:

N.º Expediente:

Delito:

Medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público:

Medios probatorios ofrecidos por la defensa:

Pruebas tomadas en cuenta por el juez:

Resultado final de la valoración: () Condena () Absolución

1.11.2. Fichas

Este instrumento será de utilidad para el recojo de la información científica y doctrinaria, ya sea de libros como de artículos. Interesará conocer:

Autor:

Año de publicación:

Tipo de documento: () Revista () Libro

Nombre completo de la fuente:

Principales ideas con relación a esta tesis:

Posición del autor frente a este documento:

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS

En esta investigación, al ser cualitativa, solo se hizo un recojo de unidades de análisis (sentencias sobre el delito de violación sexual y pericias de los agresores) que cumplen un papel referencial (tan igual que la revisión de otros estudios existentes en el territorio peruano que también fueron integrados en la tesis), y no estadístico, lo que es propio de las investigaciones cuantitativas. Por esa razón no es propicio mencionar ni población ni muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En las bibliotecas, de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, no existen trabajos de investigación que tengan relación directa (similares) con el trabajo de investigación que pretendo desarrollar. Por eso se hizo la consulta en el portal de la SUNEDU, RENATI, en donde se guarda el registro de todas las tesis a nivel nacional y fue posible localizar una tesis que aborda el tema de las neurociencias.

Se trata de la tesis de Víctor Manuel Francisco Álvarez Dávila (2017), titulada “La Culpabilidad Jurídico Penal y la *Actio Libera in Causa*”, presentada para obtener el grado académico de Magister en

Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú, quién deja notar que la neurociencia aún se encuentra en desarrollo, pero lo curioso es que el autor no cita investigaciones recientes, en donde ya se analizan comportamientos criminales complejos, como los que se encuentran presentes contra la libertad sexual y que sí han merecido estudios.

Por otro lado, también afirma que las pericias que puedan derivar de la neurociencia serán de utilidad para la práctica judicial, que es el sentido que tiene esta tesis, el autor menciona a las medidas de seguridad, las cuales serán consecuencia directa de haber realizado un acto antijurídico sin culpabilidad, pero cuyo peligro acarree la imposición de estas medidas.

La inexistencia de investigaciones en nuestro medio, contrastan con la cantidad de producción académica que se viene produciendo en el mundo anglosajón, en donde se pudo consultar una revista que nos ofrece una revisión de literatura de la relación entre derecho y neurociencia. Chandler, Harrel y, Potkonjak (2018, p. 11) tienen un artículo de revisión de literatura, en donde se dejan notar que existen una amplitud de la literatura dedicada a la relación entre derecho y neurociencias.

Recientemente se ha publicado un artículo de la forma en que se presenta esta relación en los países bajos, en el artículo resalta que se ha “demostrado que las perspectivas nacionales pueden informar el debate internacional y que la comparación legal puede ayudar a

enviar los debates sobre la integración de la información neurocientífica en otros sistemas de justicia penal en todo el mundo” (Noyon, van der Wolf, Mevis y van Marle 2019, p. 9).

La investigación propuesta, se enmarca en el desarrollo mundial del conocimiento y permitirá que la doctrina nacional se inserte en él.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASUNCIONES IUS-FILOSÓFICAS DEL INVESTIGADOR

Como primer punto del desarrollo de esta tesis, se expondrán los criterios sobre la concepción de derecho que tiene el autor para fundamentar de una forma más idónea la pregunta de investigación. Sin embargo, antes de hacerlo, se va a presentar una breve reseña histórica de las corrientes sobre el derecho que existen las que, para mejor utilidad y clasificación, se han dividido en dos bloques, el ius-positivista y el post-iuspositivista.

2.1.1. Criterios ius-positivistas útiles

Se llama ius-positivismo a la corriente de pensamiento jurídico que aparece en el siglo XIX y se enfrenta al iusnaturalismo. Así pues, esta corriente debe su origen a dos hechos importantes ocurridos en el desarrollo de la epistemología y en el campo político primero, que repercutió luego en el campo jurídico.

En primer lugar, interesa resaltar los acontecimientos epistemológicos que se produjeron gracias a los trabajos de Augusto Comte (1798–1857). Este autor es fundamentalmente conocido por su obra *“Discurso sobre el espíritu positivo”* (*Discours sur l'esprit positif*) que data de 1844. En esta obra el autor propone una evolución del conocimiento, que parte desde el místico o religioso, pasando por el filosófico y que culmina con

el científico o positivo. Y según Comte este es el único conocimiento verdadero.

El factor político que ocurrió también se presenta en Francia, y es la Revolución Francesa, este hecho es de singular importancia por dos hechos consecuencia de ella. El primero es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y el segundo es la promulgación del Código de Napoleón (1804). Estas expresiones jurídicas dieron una base sólida a las personas de aquella época para poder hacer el ejercicio de sus derechos de un modo ya establecido y predecible.

Si bien es cierto que el acontecimiento epistemológico de la aparición de la filosofía positiva no es tomado como un factor relevante por muchos autores para hacer mención del surgimiento del positivismo jurídico², es Brieskorn (2009) quien ya ha hecho notar su papel en el apareamiento del positivismo jurídico.

En efecto, puede afirmarse que forma parte como un factor determinante para mencionar la aparición del positivismo jurídico la visión del positivismo general pues esta afirma que todo lo observable puede ser expresado mediante conocimiento científico y que, para que se pueda mencionar un conocimiento científico es necesario que este pueda ser siempre observable. Esto dejó de lado las especulaciones metafísicas y hasta afirmó contundentemente su “no existencia”, así es que este factor

² Esto se nota por cuanto no lo mencionan en sus tratados de derecho, puede verse al respecto a Hervada (2008).

“mental y de cosmovisión”, trasladado al análisis legal da como resultado el rechazo al derecho natural y la aparición de la afirmación que lo único existente es el derecho positivo.

Efectivamente, la afirmación clave del positivismo es que el único derecho que existe es el derecho positivo y que, por tanto, el derecho natural debe ser rechazado. Esta cosmovisión se consolida al tener dos documentos que aparecen como perfectos: los ya indicados la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Código de Napoleón (en realidad los dos Códigos, el Civil de 1804 primero y el Penal de 1805 después). Esta idea tiene como supuesto primario que el derecho es producto de la creación humana en un lugar y época determinada, que por lo tanto no existe ese derecho natural inmodificable.

El positivismo, como afirma Atienza y Ruiz Manero (2007), significó un paso significativo a favor del enfrentamiento del poder del Estado que consolidaría los derechos de la humanidad, por cuanto no existía una justificación del poder a un orden divino, supra-humano, invisible, sino que son las mismas leyes las que sirven de freno al poder.

Los planteamientos iuspositivistas partieron de la noción del origen social del derecho, del derecho dado por el hombre. Pero también que el derecho es dado por un poder independiente, distinto al monarca o el ejecutivo en general: el poder legislativo. Pero además supuso que las reglas dadas por el derecho sean

independientes del restante de reglas que puedan regir en la sociedad, esto, a la postre fue lo que originaría su cuestionamiento porque se llegó a manifestar que el derecho era un orden incompatible con la moral, cuando en realidad de lo que se trató es que el positivismo solo planteó la diferencia conceptual entre derecho y moral (Bobbio, 2015).

2.1.2. Criterios Post-iuspositivistas útiles

Las nociones post-iuspositivistas del derecho tiene como elemento central los hechos ocurridos durante la Primera y Segunda Guerra Mundial, en donde los gobiernos totalitarios hicieron uso del Derecho para poder realizar sus “mayores deseos y fechorías”.

En efecto, aunque se ha puesto en duda que la utilización de las leyes por parte de los Estados totalitarios pudiera adquirir el nombre de derecho, lo cierto es que esta regulación existió y fue practicada, obedecida y sancionada, es decir que se vivió como un verdadero derecho.

Pero estos hechos ocasionaron que se cuestione el nombre mismo de “derecho” para su aplicación en aquel contexto. Autores como Kelsen y Alf Ros (es decir los positivistas), no negarán que lo sea, bajo su distinción de que una cosa es que sea derecho y otra que podamos o no criticar ese conjunto de normas. La diferencian conceptual clara para la corriente positivista. Por eso surge la corriente postpositivista, que

sostendrá que no toda ley dada por el Estado y siguiendo un procedimiento determinado será derecho.

Como se ha hecho ver en la Filosofía del derecho, existen múltiples concepciones y catálogos de los que sean estos post positivistas, pero se puede decir que el gran debate Hart – Dworkin deja como utilidad en dividir a las normas en reglas y principios. Luego, la postura garantista de Ferrajoli hace notar que el derecho no debe tener mecanismos de protección en abstracto, sino que tiene que ser adecuadamente guiado por una serie de garantías que permitan al individuo hacer frente al poder Estatal. También forma parte de este grupo la postura de Alexy, para quien existe una posibilidad de corrección de las reglas y que su interpretación debe estar respaldada por una postura sólida, esto es que se utilicen reglas del discurso práctico general de forma especial en el derecho.

2.1.3. Adecuación de criterios

En esta tesis hay que partir afirmando que se va a trabajar dentro del derecho sustantivo penal (delitos: arts. 170-177) y del procesal penal (prueba e incorporación: arts. 155-159, 172-181), dicho esto, se está aceptando que la noción de derecho es entendido como un ordenamiento de la conducta humana, un ordenamiento que ha sido dado en un lugar y época determinada por otros seres humanos, y esta es una noción clave que es aceptada por todos los positivistas (Kelsen, 1982, 2010; Bulygin, 2006; Bobbio, 2015).

Esta premisa es una premisa tan sólida que no puede ser negada en nuestros días, incluso por quienes no se consideren parte de esta corriente, el asunto estriba ahora en saber si podría tener algún límite para permitir ordenar la conducta de todos los seres humanos, o en términos del gran debate ¿Cuál es el papel que le corresponde a la moral con el derecho?³ Y es acá en donde se empiezan a separar los planteamientos de positivismo en excluyente o incluyente, y de los llamados postpositivistas (Contreras, 2014, pp. 291-294), como fue expuesto con anterioridad.

Entonces, que quede claro que la pregunta parte de una base legal válida (Código Penal y Código Procesal Penal), esto es, se trata del derecho vigente, es decir del derecho positivo, esto en cuanto al trasfondo del problema. Pero para la búsqueda de datos es necesario ir más allá de él, entonces ahora corresponde analizar la hipótesis presentada. Veamos, esta dice que: Los principales fundamentos jurídicos de la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual son:

- a) Va a permitir garantizar la seguridad jurídica,
- b) Brindará una atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal

³ Kaufman (2006) ha resumido bien este papel sobre la base de unos límites, diciendo: “el más importante de esos interrogantes es si el hombre puede disponer libremente sobre el derecho o si en la creación del derecho se le imponen límites. Hemos usado de antiguo para la primera concepción el calificativo de ‘positivismo jurídico’; para la segunda, el de ‘derecho natural’” (p. 63).

- c) Permitirá el control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.

Preguntémosnos ahora ¿en dónde podemos ubicar estos argumentos a favor de la incorporación de la indicada prueba en los delitos señalados? ¿Son criterios jurídicos o son extrajurídicos, pertenecen al derecho o a la moral? En la figura 1 hago notar que se trata de criterios jurídicos, es decir que se encuentran dentro del derecho positivo.

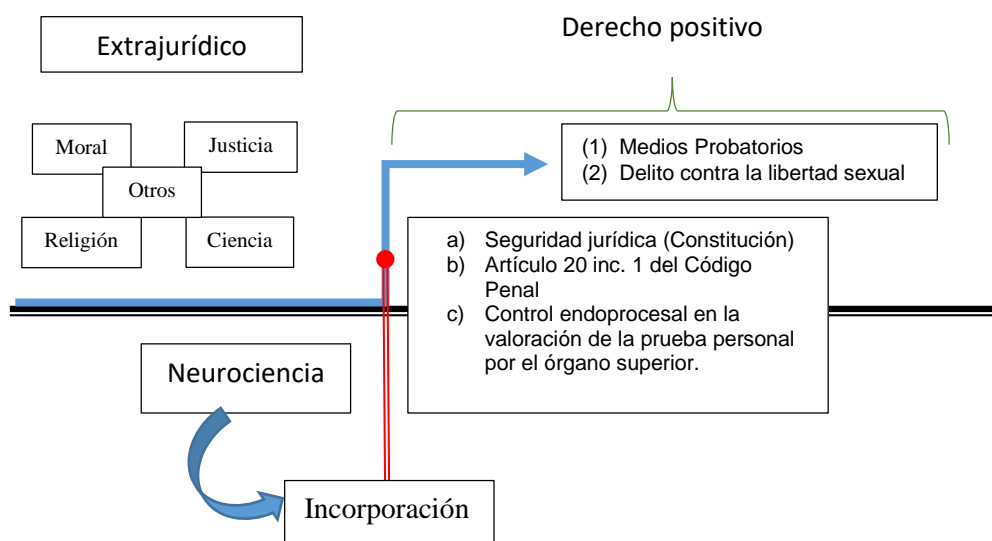


Figura 1. Encuadre de la pregunta dentro del Derecho positivo.

Fuente: elaboración propia.

La figura deja notar que existe una separación entre lo jurídico y lo extrajurídico, y que lo extrajurídico es incorporado a lo jurídico, pero al serlo deja de ser, por ejemplo, moral, y se convierte en derecho. Siguiendo a Bulygin (2006): “ningún positivista niega que todo orden jurídico positivo es expresión de ciertos valores

morales compartidos por algún grupo social (aunque no necesariamente por todos sus miembros)” (p. 109).

Entendiendo que una de las primeras ideas del positivismo metodológico consiste en: “no corresponde a la ciencia jurídica legitimar el derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna – sea mediante la moral absoluta, o sólo a través de una moral relativa– el orden normativo que solo debe conocer y describir” (Kelsen, 1982, p. 82). De ahí que sea preciso aclarar que nuestra postura no está poniendo en duda el ordenamiento jurídico actual, es más, lo que se está haciendo es interpretar lo ya existente para que se posibilite la incorporación de una prueba que es extrajurídica pero que, gracias a la regulación del Código Procesal Penal, puede ser incorporada. Visto así estamos asumiendo la postura del positivismo metodológico que se resume en decir que existe un “derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo” (Bobbio, 2015, p. 105).

Como nos damos cuenta, los argumentos expuestos en cuanto a la pregunta e hipótesis de la futura investigación que pretendo emprender, concuerdan plenamente con los planteamientos del positivismo jurídico, de ahí que esta sea la corriente iusfilosófica asumida para mi tesis.

2.2. PERSPECTIVAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS DE “LA SEGURIDAD JURÍDICA”

El concepto de seguridad jurídica, tan empleado en el derecho actual, en el campo de la filosofía del derecho su conceptualización resulta siendo controversial, pues no se logra un concepto único y de aceptación general. Tal como puede apreciarse en la monografía de Pérez Luño (1994), donde la seguridad se puede emplear como obediencia al derecho, como protección de bienes, como legitimación política e incluso como un valor jurídico que va mucho más allá y llega incluso a inmiscuirse con la justicia.

El autor Bacon (1994), indica que el anhelo de la seguridad siempre fue anhelado por el hombre, pero estuvo en un constante riesgo, y más aún en el Medioevo, que fue cuando las personas estaban expuestas a las amenazas del hambre y las terribles enfermedades que los aquejaban, como la peste, las plagas, y demás.

En el Renacimiento las personas estaban asehadas por nuevas formas de inseguridades, sin embargo, surgió una concepción, la cual les orillo a entender que si había conocimiento había seguridad, mientras que, si había ignorancia, daba lugar a la inseguridad, por ende, las personas empezaron a tomar nuevas acepciones de la seguridad ya que todos lo relacionaban con el discernimiento, lo cual conducía a tener un buen discernimiento de lo bueno y lo malo del mundo interno y externo.

Posteriormente en el movimiento romántico encontró un nuevo concepto del ideal de seguridad, pues lo consideraban como la verdad

o certeza absoluta que eran solo de los dioses, concepto que cambiaron los totalitarismos, ya que la consideraban como aquella que siempre estará al servicio de la burguesía, la cual estaba destinada a la división de sociedades, pero en la evolución cíclica, donde las ideas e inquietudes humanas se iban descubriendo cada vez más respecto de la seguridad, que fue lo que caracterizó a la etapa previa a la segunda guerra mundial, debido a que el hombre y las sociedades tenían continuas inseguridades ante los problemas de amenazas nucleares, deterioro del medio ambiente y demás problemas que los aquejaban.

Es entonces que, a falta de respuesta del Estado respecto de las exigencias sociales sobre la seguridad, y ante la inacción de exigencias primarias para el pueblo, contribuyeron a crear un clima de severa inseguridad lo cual condujo a exigir un clima contrario en base a normas y leyes bajo las cuales se encontraban sujetos.

En el Posmodernismo, la seguridad deja de ser intersubjetiva y pasa a ser parte del ámbito privado, es decir de la experiencia individual que cada uno experimentaba, y en la modernidad, que aún no se había realizado plenamente, adoptan el criterio de creer que la seguridad es una condición de la existencia colectiva, concepto que se acercaba a las realidades que se ese entonces surgían, ya que en ese tiempo el hombre ya vivía en sociedad y para actuar como miembro de una tenía que tener la certeza de que existía la seguridad.

Es entonces, que se considera a la seguridad como aquella que constituye un deseo arraigado en la vida del hombre; y a causa de ello, se convierte en una de las necesidades básicas que el Derecho trata

de abarcar y satisfacer a través de la dimensión jurídica, lo cual ha constituido la principal razón de la historia jurídica, pues gracias al hombre quien impulsó la construcción de una sociedad y posteriormente del Derecho. Por ende, al existir un Derecho y Estado, conforman un sistema de seguridad jurídica, que puede exigir una seguridad a través del Derecho, y es que se cumpla la legalidad; por ello, se entendería al a seguridad como la realización plena de las garantías y los valores del Estado de Derecho.

2.2.1. Conceptualización

El autor Sala (2011) señala que seguridad jurídica abarca toda la expectativa formal, debido a que las personas depositan su confianza en el operador jurídico, para que en el marco legal de sus funciones sea eficaz, estable y predecible, pues como tal es fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la administración pública.

De la misma manera el autor Terán (2004), añade que la seguridad jurídica no solo consiste en la certeza y previsibilidad de cuáles serán las consecuencias de determina conducta de acuerdo con el ordenamiento jurídico, sino que también esas consecuencias se materialices o se hagan efectivas.

Ambos autores rescatan puntos muy importantes referentes a la seguridad, debido a que el primer autor enmarca que la seguridad jurídica debe hacerse presente mediante la protección del Derecho, el segundo autor complementa indicando que, si bien es cierto, deben existir normas para su cumplimiento, éstas

deben ser aplicada y posteriormente ejecutadas, determinando la responsabilidad correspondiente.

También es necesario mencionar que la relación del derecho con la seguridad jurídica es muy estrecha, debido a que la primera es un fundamento necesario e imprescindible para que el ordenamiento jurídico pueda funcionar, independientemente del contenido de las normas que tenga, así también lo señala la Dra. Lacasa (2003), quien describe que la seguridad jurídica tiene una amplia relación con los demás principios del derecho, ya que si se considera que éstos son expresión de la seguridad jurídica, todos ellos son necesario para la consecución de una plena seguridad jurídica.

Finalmente se sostiene que la seguridad jurídica tiene tres dimensiones, la primera, referente a la certeza de la actuación del Estado, segundo como la certeza y estabilidad del derecho mismo y tercero como la certeza, estabilidad del derecho mismo y como la seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas.

2.2.2. Debates actuales

Como se ha evidenciado a lo largo de la historia, la seguridad e inseguridad han estado presentes, así como también las diferentes acepciones por las que han pasado, hasta llegar al punto de concluir que el ser humano siempre ha buscado la seguridad; sin embargo, al no tener la respuesta frente al Estado se han ido avocando a las leyes bajo las cuales están sujetos.

En ese orden de ideas, el autor el autor Pérez Luño (1994), considera que la seguridad jurídica es como la “tutela efectiva” de los derechos y deberes oponiéndose a todo aquello que quiera violentarlo o quieran provocar en ella la inseguridad.

Así también en la actualidad, existen muchas acepciones y debates respecto de la seguridad jurídica como es el caso del autor Rivera (2018), expresa que la seguridad jurídica tiene como principio fundamental la predictibilidad; es decir, que las personas estén atentas a las consecuencias que pueden surgir a causa de las relaciones jurídicas que pueden tener con el Estado o con algún particular, así también considera que “supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál debe ser la actuación del poder en aplicación del derecho.”

De la misma manera el autor López (2011), señala que seguridad jurídica es aquella que no se modificará, sino solo procedimientos regulares.

En ese sentido también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al tema, señalando *que* “forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho” y además “es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside”.

También el autor Campos (2018), quien considera que la seguridad jurídica está enmarcada en un principio que crea una garantía legal respecto a una situación en el marco jurídico.

Además, se ha establecido que existe una nueva idea que vincula a la seguridad jurídica a la mayor inversión y mejor clima de negocios, pues ello está relacionado a tres capacidades importantes:

- a) Capacidad de gobierno, Tiene una relación estrecha con los poderes del Estado, y la vigencia del Estado de derecho como fuente de estabilidad e institucionalidad.
- b) Capacidad de producción normativa, es aquella en donde a nivel legislativo, el procedimiento de aprobación de la ley incide notablemente en su calidad.
- c) Capacidad de gestión, se relaciona con la calidad de órgano jurisdiccional y de la administración pública.

Como se puede apreciar, desde nuestro inicio como ser humano, el anhelo de seguridad siempre ha estado presente, y al tener vida en colectividad, que posteriormente se convirtió en una sociedad, se exigía recurrentemente que el Estado garantice que esta seguridad se va a cumplir, pero lamentablemente, no siempre daba respuesta positiva a la petición, es por ello que el hombre también constituye y es parte del Derecho, para que a través de él se haga respetar la seguridad con leyes y normas que imperan; es decir, que se protejan en un marco jurídico, actualmente la seguridad jurídica tiene diversas acepciones y distintas formas de explicar; sin embargo, todas llegan a un mismo a un mismo objetivo, determinar que la seguridad debe

entenderse como la satisfacción de necesidades realizadas a través del derecho.

2.2.3. Importancia de la seguridad Jurídica

La seguridad jurídica es necesaria para el correcto funcionamiento de un Estado, debido a que unos autores lo consideran como aquella que constituye la razón fundamental para que justifique la obediencia del derecho, mientras que para otros consideran que esencial para la existencia misma del Estado de Derecho, y otros terceros consideran que es un principio que está relacionado con todos los demás principios del ordenamiento jurídico, y que garantiza su existencia.

La importancia que tiene este valor o principio está relacionada a que sin ella no resultaría posible hablar de un Estado de Derecho.

2.2.4. Desarrollo Constitucional peruano

En nuestra Constitución Política del Perú, no ha plasmado expresamente a la Seguridad Jurídica; sin embargo, en sentencias del Tribunal constitucional se ha tratado y en ellas se fundamentan su regulación.

El autor Garrigues (2013), señala que en nuestro país hay muchas reformas legales, que siempre han buscado brindar la mayor seguridad jurídica a los agentes económicos del país, es así que, con la constitución de 1993, se ha instaurado una política de protección al inversionista, el cual está consagrado en

el artículo 62° de la Carta Magna, para que así puedan tener una mayor protección, garantías y seguridad al momento de celebrar contratos con el Estado. También habla de un convenio de estabilidad jurídica el cual provee una seguridad especial referida a las normas tributarias del país, además nuestra constitución garantiza igualdad de condiciones tanto para la parte inversionista extranjero como para el inversionista nacional, lo que ha generado una seguridad jurídica en la economía de inversiones.

Si bien el autor Garrigues señala que en nuestro país se ha normado la seguridad jurídica, esta solo ha sido para el ámbito económico en la cual están considerado los inversionistas nacionales y extranjeros; sin embargo, existe una postura del Dr. Rivero, quien considera que debe considerarse en el artículo 2° de la Constitución.

El autor Rivera (2018), señala que es importante que la constitución recoja a la seguridad jurídica en su artículo 2°, ya que solo está legislada en el artículo 62° de la Carta Magna, para inversiones extranjeras y otras contrataciones con el Estado, es decir que carecemos de una norma con efectos y garantías similares para las relaciones interpersonales y de persona natural con el Estado, lo que va a generar que la persona no se encuentre en una incertidumbre jurídica o indefensión y más aún cuando nuestro Estado de Derecho es una garantía otorgada a la persona, en donde se le asegura que

sus derechos y bienes no serán punto de ataques ni vulneración, y si en caso llegase a suceder, serás reparados por parte del órgano jurisdiccional.

Si bien el autor Rivera señala que está de acuerdo con que se haya normado la seguridad jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros, también debe normarse como un derecho fundamental, en el artículo 2º, ya que estamos cada vez avanzando más en leyes y en nuevas situaciones en las cuales ponen en indefensión e incertidumbre a los ciudadanos, lo cual no debería existir en un Estado de Derecho.

También existen la posición del autor Pereira (2018), quien considera que, si bien la seguridad jurídica no ha sido normada, pero está inmersa en el ordenamiento jurídico, su presencia es indispensable ya que no se puede reemplazar con otro principio o elemento igual a la ella, por ello se le considera como intangible, y es más al no estar normada en la misma Constitución eso no ha permitido que se genere un vacío legal.

En esa línea tenemos al autor Rubio (2012) quien expresa que la seguridad jurídica consiste en esencia, que el derecho será cumplido y que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, con sus órganos y organismos, serán predecibles.

En ese sentido, es menester señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 4 de la sentencia del 15 de mayo de 2003, que “la seguridad jurídica es un

principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo desde luego a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución”.

De la misma manera en la sentencia del 30 de abril de 2003, se trató la seguridad jurídica en el ámbito del derecho notarial, en donde se discutía el formulario Registral, en donde se sostiene que se deben legalizar las firmas.

También tenemos el Exp. N.º 00010-2014-PI/TC, en donde señalan seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Aunque no hay un reconocimiento explícito, el Tribunal concluyó que su estatus constitucional se deriva de varias disposiciones constitucionales.

En el Exp. N.º 1546-2002-AA/TC, señala que, es constatable que la demandada Centromín Perú S.A. ha vulnerado la seguridad jurídica como principio rector de nuestro ordenamiento constitucional, la cual, en su aspecto subjetivo, se configura en la confianza que deposita la ciudadanía para que, a través de las causas judiciales, los operadores jurisdiccionales consigan administrar justicia; así como en su aspecto funcional, que implica el cumplimiento del derecho por parte de todos sus destinatarios. Por ende, la dilación en la tramitación de los procesos y, lo que es peor, la resistencia al cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales conlleva una violación grave a la convivencia pacífica y a la fe en el derecho y la justicia,

atentándose de esta manera contra los cimientos mismos del Estado de derecho.

El Exp. N.º 0004-2004-CC-TC, en donde también se ha estimado un principio de conservación de la ley. Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

El Exp. N.º 2488-2002-HC/TC, señala que los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora la jurisprudencia antes señalada, apunta a que la seguridad jurídica debe estar a la orden de la protección de la

integridad y la dignidad de la persona, mediante procesos eficientes que garanticen la paz social y la democracia.

2.2.5. La seguridad jurídica en el Derecho penal

En cuanto a seguridad jurídica en el ámbito penal, según el autor Genaro (2018) sostiene que tiene amplia relación con el principio de legalidad, todo ello debido a que todas las acciones que emita el Estado a través del órgano jurisdiccional deben ser emitidas en base a términos establecido por la ley, por ende todos los actos de la administración de justicia estarán regidos por la normativa, es entonces que si las decisiones del órgano jurisdiccional está pegado a la línea de la ley, podemos decir que estamos bajo la seguridad jurídica, y de esa manera los ciudadanos que acudimos a la resolución del conflicto por medio de la tutela jurisdiccional, puede tener plena confianza de que el Estado cumple con su función vital de ser un garante de derechos.

De la misma manera el autor Pérez Luño (2000), acoge un concepto referente a que se trata de una garantía para la persona como lo explica:

Esta seguridad jurídica constituye, además, una garantía para el ciudadano, en la medida que la existencia de la ley, le permite conocer los marcos de criminalidad. El principio de legalidad muestra sus efectos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley, y sobre los ciudadanos, buscando que conozcan, en todo momento, cuáles son las consecuencias jurídicas de su conducta y la manera cómo van a ser aplicadas. (p. 200)

Ahora, se tiene que tener en cuenta que si al momento de emitir una decisión respecto del conflicto, no se ha tenido el debido cuidado de respetar la constitución o la ley, estamos ante la vulneración a la seguridad jurídica, ya que si bien en la constitución no está reconocido expresamente, en una sentencias del 15 de mayo de 2003, se ha establecido que la constitución reconoce implícitamente el derecho la seguridad jurídica, dándonos una confianza que todo lo que se resolverá será conforme a ley.

En esa línea el autor Moreso (2004) menciona que, en el Derecho penal, la seguridad jurídica también exige en esta rama del derecho crear un ámbito de certeza, para saber las consecuencias, es decir predictibilidad, para lo cual ha enumerado condiciones que deben estar siempre presentes:

- 1) Que las normas jurídicas sean claras
- 2) Que las normas jurídicas sean conocidas – publicidad
- 3) Que le Estado cumpla con sus propias normas y las haga cumplir, mediante el principio de legalidad.

Por ende, se ha establecido un que, seguridad jurídica equivale a claridad, transparencia y legalidad en la actuación del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales.

Asimismo, el autor San Martín (2013), considera que el poder que tiene el Estado es la emanación de la seguridad, lo cual constituye el derecho a la jurisdicción, que garantiza al individuo la certeza de la presencia de un operador jurídico competente

para defenderlo, protegerlo y tutelarlos, sin que haya lagunas formales.

En ese sentido, se considera que la seguridad está destinada a prever los casos o las reglas establecidas de un procedimiento necesario para que las normas sean válidas y para que las actuaciones de los operadores, jurídicos se sujeten a un procedimiento preestablecido. Es aquí donde surgen las garantías procesales y las garantías penales, que son aquellas normas generales constitucionales que no restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso penal, es decir guían el desenvolvimiento del proceso, como el principal derecho vinculado a la seguridad.

También la seguridad jurídica está orientada, conceptualmente, a obtener la certeza para saber las consecuencias que la acción traerá. En el caso de un caso penal, en donde el juez es conocedor del derecho y de su autonomía, valor de lo que es la seguridad jurídica exige que se plasmen criterios generales, que serán objetos de interpretación, los cuales impedirán la arbitrariedad y que se generen conclusiones homogéneas; es decir, “prohibición de la analogía en las leyes penales, interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos”.

Por ende, la seguridad jurídica tiene un valor adjetivo, con relación a los valores de igualdad, libertad y solidaridad, que garantiza a todos los individuos:

- a) El Carácter igualitario, el cual es enmarcado en el goce de las libertades reconocidas por el derecho.
- b) Que todos esos valores son los principales componentes de la justicia.
- c) La seguridad es una condición necesaria de la justicia, pero a veces lamentablemente insuficiente.

Por otro lado, el autor Gálvez (2017), señala que desde la teoría del delito está presente la seguridad jurídica, debido a que ésta se tendrá que desarrollar de modo claro, comprensible y preciso, lo que va a permitir acreditar la acción delictuosa para la consecuencia prevista por la norma penal, vale decir que estos estén orientados al ordenamiento jurídico que la sociedad u el Estado han trazado. Además, señala que la teoría del delito “define las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como hecho punible, así como también la naturaleza, estructura y límites de la respuesta penal (pena y otras consecuencias) que corresponde a tal conducta”. (p.44)

Finalmente la seguridad jurídica siempre está presente en los procesos penales para hacer cumplir las normas establecidas por el juzgado, teniendo en cuenta las garantías procesales que como imputado o agraviado tengan, ya que éste es un principio muy importante y sobre todo muy colaboradora a la administración de justicia ya que con sus elementos ayudan a que el proceso se lleve de una manera transparente, porque la

seguridad jurídica obliga a que exista una ley aplicable, que la ley se publique de forma que sea conocida por todos; que la ley sea clara, que la ley esté vigente, y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos acaecidos con posterioridad a dicha vigencia, que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz, todo ello en conjunto permitirá que el Estado a través de sus órganos estatales o jurisdiccionales administren justicia conforme a derecho

2.3. LA TEORÍA DEL DELITO ACTUAL Y LA INIMPUTABILIDAD

En la actualidad el concepto de inimputabilidad se encuentra dentro de la categoría “culpabilidad”, la que a su vez forma parte de la teoría del delito y es responsable del último nivel analítico que permite la atribución de cierto hecho delictivo, el injusto (o la conducta típica y antijurídica) a la persona quien la realizó. Entonces, su tratamiento requiere previamente entender de forma general la teoría del delito.

Se partirá afirmado que la teoría del delito, por su complejidad alcanzada, viene a ser el ejemplo más desarrollado en cuanto a lo que se refiere el conocimiento jurídico. Sus categorías fijadas y su funcionamiento y desarrollo entre ellas hacen notar el grado de precisión que se busca en el derecho penal para poder definir el concepto primero y a la par para frenar la sanción estatal.

Como se sabe, nuestro actual Código Penal vigente recoge los lineamientos de la escuela finalista de la acción penal alemana, y las categorías que en él se presenta se remiten a esas categorías penales. Así, por ello la parte general de nuestro Código debe entenderse en esas categorías empleadas, aunque no aparezcan el en el orden dogmático del desarrollo teórico y muchas de ellas se encuentren mezcladas en un solo artículo.

Voy a centrar el análisis en la categoría de inimputabilidad que recoge el Código Peruano, las cuales se encuentran formando parte de las eximentes de responsabilidad penal y están contenidas en el artículo 20 del mencionado Código. Estas 15 eximentes son:

- 1) La anomalía psíquica
- 2) La grave alteración de la conciencia
- 3) Las alteraciones de la percepción
- 4) La minoría de edad
- 5) La legítima defensa
- 6) El estado de necesidad justificante
- 7) El estado de necesidad exculpante
- 8) La fuerza física irresistible
- 9) El miedo insuperable
- 10) Obrar por disposición de la ley
- 11) Obrar en cumplimiento de un deber
- 12) Obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo
- 13) La obediencia debida
- 14) El consentimiento de la víctima

15) El cumplimiento del deber castrense o militar

Acá se cumple con la afirmación anterior, en relación con que las categorías de la teoría del delito están pendientes de forma dispersa y en este caso reunidas todas en un mismo artículo. En efecto, se pueden encontrar desde supuestos de ausencia de acción, por lo que no puede configurarse ni el tipo penal, como el inciso 8 que refiere a la fuerza física irresistible, pero también hay supuestos de negación de antijuridicidad, es decir de justificación, como el inciso 5, la legítima defensa, y también encontramos a supuestos de culpabilidad como el que le interesa a esta tesis y es el inciso 1: la anomalía psíquica.

Esta anomalía psíquica a la que se refiere el Código hacer referencia al supuesto que interesa en esta tesis, por cuanto es posible que, mediante pruebas físicas en el cerebro se pueda localizar de forma objetiva en el cerebro y así poder funcionar como una eximente de la responsabilidad penal. Así es como la doctrina está entendiendo a esta anomalía como procesos patológicos corporales “que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro” (Villavicencio, 2017, p. 599).

Entonces, un supuesto para estar bajo la anomalía psíquica es que se trate de una lesión en el cerebro, es decir que remite a algo físico que, por tanto, pueda ser detectado. Pero eso no basta, pues esta lesión física-biológica debe ir de la mano de que se le impida al sujeto activo comprender el significado de su acto, en el contexto penal. Solo así es como se puede entender que se esté

configurando este supuesto como eximente de la responsabilidad penal.

La doctrina menciona a supuestos conocidos como la esquizofrenia, la paranoia, la psicosis maniaco-depresivas, la psicosis epiléptica, y también se puede incluir las diversas manifestaciones de la neurosis (histérica, depresiva, obsesiva o compulsiva, de ansiedad) en estados altamente desarrollados que impidan en el sujeto el dominio de sus actos. Por todo lo manifestado, se puede culminar afirmando que

No interesa únicamente la presencia de cualquiera de las enfermedades enunciadas para dar por negada la imputabilidad pena, sino que es necesario que los efectos de las mismas hayan alcanzado tal intensidad, que perturbe u afecte de forma significativa la funcionalidad cerebral del sujeto, pues puede que su manifestación no alcance un estadio de perturbación de "inimputabilidad". Es necesario que la anomalía psíquica cause un determinado efecto psicológico: que el individuo no sea capaz de autorregular su comportamiento de acuerdo con el mensaje normativo, esto es, que le impida al individuo conocer o comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales) o determinar su actividad conforme a dicho comportamiento (facultades volitivas). (Pérez López, 2016, p. 27)

Como puede notarse de la explicación doctrinaria, en este caso es necesario que deba acreditarse la anomalía y la consecuencia que en el comportamiento genera esa anomalía, de ahí que sea de suma importancia el informe del perito, que en este caso debe ser una pericia proveniente de la neurociencias.

2.4. EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En esta sección se presentará, primero, un desarrollo histórico de la regulación de este delito para luego hacer una descripción dogmática de los tipos penales. Para la primera parte se hará uso del trabajo de Taylor Navas (1999, pp.1-17), quien ha presentado una historia de los delitos sexuales en el Perú, empezando desde la colonia.

2.4.1. Recuento histórico de la regulación

Siguiendo lo expuesto por de Taylor Navas (1999, pp.1-17) se empieza la regulación jurídica peruana con un choque cultural, pues las costumbres europeas de aquella época no permitieron una acaba comprensión, al considerar sus conductas desde el punto de vista religioso y bíblico, de ahí que eran pecado y por tanto delito.

Como es conocido, las leyes que se aplicaron durante la colonia fueron las llamadas Leyes de Indias, las que en conjunto se emplearon con las de Castilla, las cuales estaban conformes con la mentalidad de la iglesia católica, de ahí que a las mujeres se las consideraba inferiores a los hombres, además de crearse el nuestro país el Tribunal de la Santa Inquisición (25 de enero de 1569), instalado por el virrey Francisco de Toledo en 1570. Felipe Barreda hace mención de que: “la escolástica vencida en Europa se refugió en América y que el Perú, merced al esfuerzo del sacerdocio católico, imperó soberanamente, con todos sus

vicios y errores, casi todo el periodo colonial” (como se citó en Taylor, 1999, p. 13).

Luego de la Colonia, la República iba a heredar sus defectos y la regulación así lo muestra. Los dos primeros proyectos de Códigos Penales así lo muestran. El primero, elaborado por Lorenzo Vidaurre, incluía un título denominado “Violencias hechas a las mujeres”. Se protegía el honor de la mujer, que era vinculado con su virginidad, por ejemplo, se podía leer que aquel hombre que “violentaba a una mujer virgen debía casarse con ella si era soltero, y en caso, la víctima se niegue o el responsable no aceptase contraer nupcias debería otorgarle la cuarta parte de su haber”. Además, la Ley N°1, refiere que si el hombre que agredió a la mujer no tuviese facultades para casarse debía trabajar en obras públicas, por el tiempo que la mujer agraviada permanezca sin casarse y le asignará una cantidad de dinero para su subsistencia.

Se aprecia que la institución jurídica del matrimonio permitía regular una conducta ilícita, pues se tenía la idea de que los actos sexuales solo debían darse dentro del matrimonio.

Se emitieron diversas Leyes:

- a) Ley 3, si esta afectación era producida por los clérigos, se les imponía la sanción de otorgar las dos terceras partes de sus rentas, si no tuviese dicho dinero se lo encerraba en una prisión por quince años.

- b) Ley 4 en el caso de los religiosos, debía el monasterio responder económicamente ante la ofendida.
- c) Mediante la Ley 5, se atenuaba la pena, así también lo indicaba la Ley 7 si la mujer era viuda o soltera y no se es virgen.
- d) Ley 11, se consideraba una agravante, si la mujer era casada.

También se debe recordar que existía una diferenciación entre personas y que esto se notaba en la Ley 13, que señalaba que las esclavas, no eran consideradas como personas, debido que se tenía la idea de que el propietario siempre debía emplear violencia para someter a sus esclavos; salvo el caso que la esclava agredida sea liberada, se impone al responsable el pago de quinientos pesos. Similar situación ocurría con las “domésticas”, quienes también se hallaban en una relación de dependencia y ante la agresión sexual, solo se les debía otorgar el doble de dinero que se le daba a una esclava, pero esto ocurría solo si eran vírgenes, caso contrario se consideraba que no se le había causado ninguna afectación.

En el primer Código Penal, se regulaban los delitos adulterio, violación y estupro y el “raptor de doncella menor de veintiún años”. Este último tuvo como consecuencia que al responsable se le condenaba a la restricción de su libertad, pero de no indicar dónde se encuentra la víctima era castigado como homicida.

El estupro se configuraba cuando un hombre había tenido relaciones sexuales con una menor de edad, la cual debía ser virgen y su edad debía oscilar entre 14 a 18 años.

Referente al delito de violación sexual, eran calificados como violación presunta, se tipifica aquellos supuestos como: el acto carnal cometido con una mujer de catorce años, aunque haya dado su consentimiento; el acto carnal con una mujer que presente alguna discapacidad; el acto carnal mediante engaño haciendo creer a la mujer que es su esposo; se equipara la violación sexual al estupro cometido contra una mujer mayor de dieciocho años.

Existen también agravantes cuando los delitos tipificados son cometidos por aquella persona que tiene cierto poder sobre la víctima se incluye como autores ascendientes, guardadores, maestros, se agrava la pena privativa de libertad e incluso se les inhabilitan del cargo que venían ejerciendo.

En este primer Código Penal Peruano del año 1859, específicamente sobre la regulación de los delitos sexuales, se deja notar que más que proteger la dignidad del ser humano y su indemnidad sexual, se protegían aspectos como la virginidad o castidad de la mujer, que en el caso de ser violentada la solución era que esta se case con el agresor esté o no de acuerdo y de esta forma evitar que las relaciones sexuales se den fuera del matrimonio; también observamos que hay una gran discriminación social al otorgar mayor protección a las mujeres

de clase social diferente a las mujeres que eran sometidas a la esclavitud o desempeñaban la función de domésticas; otro aspecto que tiende a marcar el inicio de la regulación de delitos sexuales cometidos por padres o personas que tienen una posición superior con respecto a la víctima y la imposición de una pena respectiva, es el inicio de la tipificación de los delitos sexuales cometidos en agravio de menores de edad, considerado actualmente como una agravante.

En el Código Penal de 1863 se presentó un avance en cuanto a la tipificación delictual, ya que se basa en la Constitución de 1860. Sin embargo, aún persiste la concepción sobre la familia, la mujer, la sexualidad, y se continúa protegiendo la virginidad.

Esta tipificación del delito de violación en el artículo 259 se emplean los términos fuerza o violencia al prescribir: “viole a una mujer empleando fuerza o violencia”.

En el segundo párrafo de dicho artículo se establecen dos supuestos, el primero cuando la mujer agredida no se halla consciente debido al empleo de sustancias por el agresor que generan que la mujer se halle en un estado de inconsciencia o debido a algún problema de salud o discapacidad, también se considera la edad y en caso sea menor de catorce años, el delito era considerado como un caso de violación; y en cuanto al segundo supuesto refiere a la astucia con la que actúa el agresor para engañar a una mujer casada que él es su esposo.

En el artículo 270, se regula sobre el estupro, el cual es definido como aquel delito cometido por un hombre en contra de una mujer virgen de 14 a 21 años mediante la seducción.

En este Código también se va a continuar protegiendo la virginidad en las mujeres, pues acá se hace diferencia entre mujeres casadas, a quienes se las consideraba como mujeres honestas, lo mismo sucedía con las viudas, mas no con las mujeres solteras o divorciadas.

Como era de esperarse, por ser un Código producto de aquellas épocas, se mantiene la idea de que las relaciones sexuales deben darse únicamente en el matrimonio, para evitar la deshonra de la familia.

Además, el Código reguló que la acción penal podía ser realizada por los miembros de la familia ante el conocimiento de los delitos indicados, pero cuando estos delitos son cometidos en contra de alguna mujer que es impúber y no tuviese familia, la acción penal puede ejercerla cualquier persona del pueblo y se procedería de oficio.

Otro aspecto tipificado relacionado a la sodomía se hallaba en el artículo 272 y 279, los cuales presentaban el supuesto que una persona favorezca a prostitución de menores de edad se aplicará sanciones similares a las que se imponen ante los delitos de estupro y violación.

Y frente al supuesto de violación, estupro, raptó de doncella, en estos delitos en caso la mujer fuera soltera se exime de penal agresor si este se casaba con ella.

Finalmente, señalamos, que mediante este código aún persiste la ideología del legislador de resguardar la virginidad de la mujer y considerarla como un factor imprescindible para imponer sanciones más graves, y viendo en el matrimonio la solución a esta clase de delitos.

El Código de 1924 implicó un gran cambio en la legislación penal peruana, pues los integrantes de la comisión redactores estaba conformada por juristas parlamentarios y no por jueces como fue anteriormente en la redacción de los Códigos anteriores, además se tomó como guía las reformas del Código Penal Suizo.

En cuanto a la regulación de los delitos sexuales, se estableció un capítulo titulado: Delitos contra las buenas costumbres y la libertad sexual.

Ello implicó un notable cambio en la forma de tipificar lo delitos, pero siempre bajo la influencia de conceptos moralistas, por ejemplo, al establecer que criterios deben considerarse para la tipificación de atentados contra el pudor de menores, se consideraron los criterios propios de la sociedad de aquella época.

De esta forma en el Código de 1924 se realiza la diferencia entre violación y estupro, el primero se define como el empleo de la

fuerza o violencia para agredir a la víctima sexualmente, y respecto al segundo se configura cuando se emplea el engaño contra una mujer de conducta irreprochable de más de dieciséis a veintiún años, no obstante, a pesar de ya no referirse a la virginidad, sin embargo las concepciones sociales que enmarcaban a la expresión “conducta irreprochable”, significaba que el juez valoraba que la mujer no haya tenido alguna experiencia sexual previa, si ello no se acreditaba entonces no había atentado contra la mujer.

Otros delitos tipificados encontramos al artículo 1924, se tipifica cuando aquella persona tiene una posición superior a la víctima comete el delito de violación; también se tipifica en el artículo 199, párr.2 y en el artículo 200, párr.2, todas aquellas conductas sexuales en contra de menores de edad, a fin de proteger la indemnidad sexual de los menores, se mujer o varón, y el normal desarrollo de su personalidad.

Además, se reprime aquellos actos contra el pudor cometidos en contra de menores de dieciséis años, cometidos por familiares, maestros, o personas encargadas de cuidarlos, se agravaba la pena.

En el artículo 203, se estableció una agravante general al delito de violación sexual, la cual se configuraba cuando la víctima moría a consecuencia de la violación o haya sido torturada.

En cuanto a las penas a imponer podía ser privación de la libertad o mediante la entrega económica, y sobre el

controvertido accionar de contraer matrimonio con la mujer violentada, se empezó a valorar si la mujer aceptase o no, es decir se tuvo en cuenta su consentimiento.

Un aspecto relevante, mediante la emisión de leyes como la Ley 17388 del año de 1969, la Ley 18968 del año 1971 y la Ley 20583 del año 1974, permitieron que las condenas a aplicar sean mucho más severas, en especial a los delitos de violación sexual cometidos en afectación de menores de edad, imponiéndose la pena de cárcel de no menor de diez años si la edad de la víctima oscilaba entre los siete y catorce años.

Podemos concluir que el Código Penal de 1924, significó un avance hacia la protección de algunos derechos en especial a proteger a los menores de edad, y referente a los delitos de violación al momento de valorar las pruebas presentadas aún existían rezagos de machismo en contra de las mujeres.

Finalmente llegamos al Código Penal de 1991 y sus modificaciones. Nuestro actual Código Penal influenciado por el constitucionalismo es mucho más garantizador de los derechos humanos a diferencia de los Códigos Penales comentados.

Ahora bien, en relación con los delitos sexuales hallamos tipificados los delitos de seducción, violación sexual, actos contra el pudor, y delitos conexos; cuya redacción es mucho más adecuada.

En cuanto al aspecto de la imposición de penas, existen diversas modificaciones imponiéndose las penas más severas ante la

comisión de delitos en contra de la libertad sexual frente a agravantes tipificadas en cada tipo penal y con relación al caso en concreto.

En nuestro Código Penal actual, se ha dejado de lado los criterios moralizadores que predominaban en las regulaciones antiguas, realizándose las modificaciones pertinentes, pues quedó derogada aquella disposición legal que eximía de pena al violador si se casaba con la víctima, y ello se dio mediante la aprobación de diversos proyectos de ley a fin de poder reafirmar un sentido distinto sobre el verdadero significado de la familia y de la legitimidad del matrimonio. Esta nueva perspectiva en la tipificación de los delitos contra la libertad sexual genera una mayor igualdad entre varones y mujeres, en respeto a su dignidad como personas (Peña Cabrera, 1994, pp. 683-689)

Otro aspecto relevante es la protección de la integridad sexual tanto de varones como de mujeres, por otro lado, se han creado mecanismos procesales necesarios para evitar la revictimización, en base a un criterio de igualdad y del respeto a la dignidad del ser humano establecido en nuestra Constitución Política de 1993.

Gracias al avance de la ciencia y del conocimiento jurídico, en especial nuestro Código Penal actual, que se ha organizado en el Libro Segundo, parte Especial: Delitos; en el Título IV los delitos contra la libertad y dentro de estos los delitos de violación de la libertad sexual, el proxenetismos y las ofensas al pudor

público, esta forma de tipificar los delitos bajo comentario se debió a la influencia de la doctrina alemana, pues gracias a los avances en la ciencia jurídico penal, se determinó que:

Los ciudadanos han establecido el poder público para que proteja al individuo de intrusiones ajenas a su esfera personal y los presupuestos indispensables para el desenvolvimiento de su personalidad. En consecuencia, el Estado no está legitimado para tutelar moralmente a los ciudadanos (Peña Cabrera, 1994, p.685).

Esta concepción sobre la regulación de los delitos contra la libertad sexual permite precisar que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual tanto de la mujer como del varón, es decir, la libre autodeterminación de las personas de iniciar su vida sexual, cuando lo consideren conveniente, y ante aquellas conductas que vulneran la libertad sexual se debe aplicar la pena correspondiente.

Siendo si indisponible dicha autodeterminación en el caso de los menores de edad (niñas, niños, adolescentes) y de aquellas personas que padeciesen de alguna limitación física o mental, que les impidiese expresar su voluntad.

2.4.2. Análisis dogmático del delito contra la libertad sexual

Antes de analizar la tipicidad objetiva a plenitud, se presentará en seguida las diversas modificaciones que han existido del tipo penal del artículo 170, el cual se presenta como el tipo base de toda la restante tipificación.

Así, en la versión original con la cual se presentó el Código es:

Artículo 170.- El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de cuatro ni mayor de doce años.

Transcurrieron menos de cuatro años para que fuera modificado, quedando regulado luego del 14 febrero 1994, fecha de la publicación de Ley N.º 26293, que quedó redactado del modo siguiente:

Artículo 170.- El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años.

Este artículo no sufriría modificatoria hasta que la Ley N.º 28251

lo modificará el 08 junio 2004 y queda redactado así:

El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos.

2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.

3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.

4. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.

5. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

Luego se producirá una serie de modificatorias hasta la actual, que tendría vigencia luego del 04 agosto 2018, con el siguiente texto:

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.

2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.

3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.

4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.

5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.

6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.

7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo,

Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.

8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.

10. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.

11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición.

12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.

13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia.

2.5. EL DERECHO PROCESAL PENAL

El derecho procesal también es denominado derecho adjetivo, pero se prefiere la de derecho procesal penal porque alude a las dos facetas por las que atraviesa todo el derecho, estas son las de las disposiciones normativas o la regulación, es decir los Códigos, y la etapa científica o disciplina.

En esta última faceta se desarrollan temas que involucran su concepto mismo, las diferencias entre proceso y procedimiento, los distintos sistemas procesales penales y el propio tratamiento dogmático, dentro del cual se tocan temas como las partes procesales y la teoría de la prueba.

En este sentido, existen múltiples definiciones de lo que sea el Derecho Penal, Oré Guardia nos presenta dos y la suya propia,

empieza citando la definición de Maier, para quién el derecho procesal penal es:

La rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad. (Como se citó en Oré Guardia, 2013, p. 18).

La otra definición útil es la de un connotado procesalista peruano, se trata de Mixan Mas, quien lo conceptúa como:

Una disciplina jurídica especial encargada de cultivar y proveer los conocimientos teóricos y técnicos necesarios para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas jurídicas procesales penales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un procedimiento penal, que, a su vez, según la verdad concreta que se logre, permitan al juez penal determinar objetiva e imparcialmente la concretización o no del *ius puniendi*. (Como se citó en Oré Guardia, 2013, p. 18).

Las dos definiciones previas son un ejemplo de las dos fases en que es comprendido o entendido el Derecho Procesal Penal, pues mientras Maier puntualiza en el carácter normativo de él, Mixan Mas lo hace en el sentido de disciplina. Oré Guardia (2013) se inclina por esta segunda forma pues lo define como “la rama del Derecho Público interno encargada del estudio de los principios, instituciones y normas jurídicas que regulan la actividad procesal destinada a la aplicación de la ley penal” (p. 18).

Comentando el modelo procesal penal regulado en el Perú, Pablo Sánchez (2009, p. 27) afirma que se trata de un código ubicado dentro del sistema de “corte acusatorio o predominantemente acusatorio”, cuyas características señala que son tres: la primera es

la separación de funciones entre el Ministerio Público y la actividad jurisdiccional, en donde al primero le corresponde la investigación, mientras que al segundo el juzgamiento en específico. Luego, la segunda característica es que existe un predominio de la oralidad y de la contradicción, y la tercera que se han fortalecido las garantías procesales a favor de imputado y agraviado con la intención de generar una equidad de condiciones entre ambos.

2.5.1. La teoría de la prueba

Una conceptualización adecuada de lo que es la “prueba” se encuentra dentro de lo que se denomina “teoría de la prueba”, por ello se aplica este nombre a los estudios producidos dentro de la rama procesal, que se refieran a los criterios de validez y de fundamentos en general de la existencia de una prueba, es decir de la acreditación de un hecho. Los estudios al respecto frecuentemente van a partir de Chiovenda o Carnelutti, y en nuestro país sobresale Talavera Elguera y el Clásico Florencia Mixán Máss.

Pero es importante puntualizar que el mismo término prueba resulta siendo polémico, pues puede aludir a los elementos de juicio, a la práctica probatoria y al resultado probatorio (Vásquez Rojas, 2015, p. 27). Pese a tan notoria ambigüedad, es posible afirmar que el papel de la prueba es la de acreditar los hechos, y la forma de hacerlo se llama actividad probatoria, que cumple con tres momentos: la producción de la prueba, su valoración y la decisión de los hechos probados (Talavera Elguera, 2017)

En cuanto a nuestra legislación procesal penal, en nuestro Código indicado, se encuentra regulada toda la actividad procesal en su libro segundo, en donde se hace mención del llamado “órgano de prueba”. Este viene a ser la persona física que trae consigo una prueba o en específico un elemento de prueba, el cual va al proceso y se convierte en el intermediario entre el juez y la prueba. Los ejemplos que se presentan son los testigos, el perito, el imputado. Siguiendo con lo especificado, el “medio de prueba” es el instrumento a través del cual se incorpora al proceso un elemento de prueba, estos pueden ser el testimonio, la confesión, y también el peritaje, un resumen puede verse en la siguiente figura.

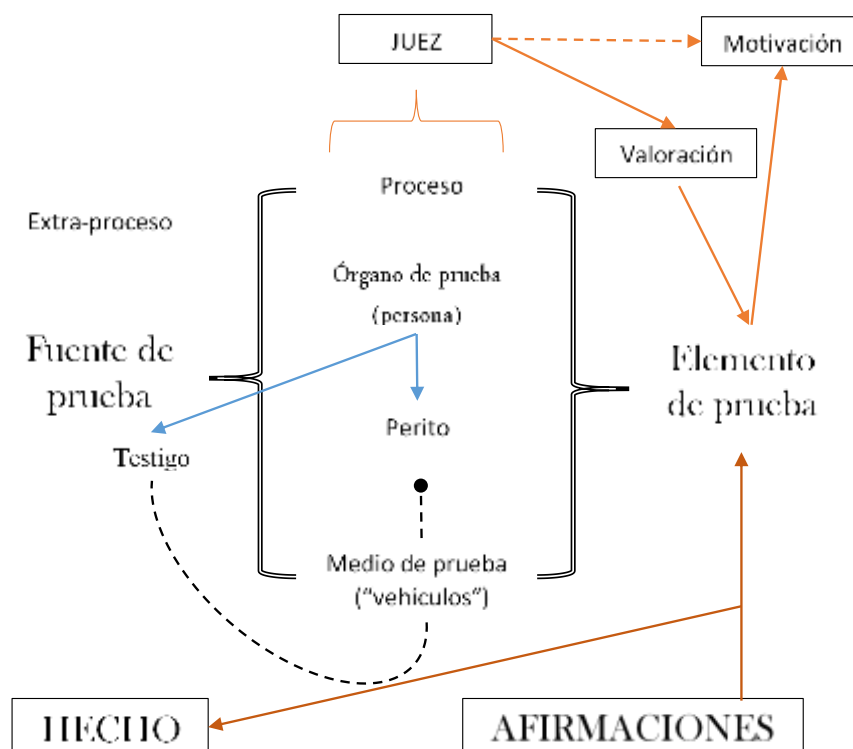


Figura 2. La teoría de la prueba en la legislación peruana.

Fuente: Alcalde Álvarez y Chavarry Lozano (2019, p. 33)

Dada la naturaleza de esta investigación, será la prueba pericial la que interese tratar en esta tesis, que se desarrollará en seguida.

A. La prueba pericial

Recibe este nombre la que es presentada por un perito. Ahora bien, entiéndase a bajo este nombre a los expertos en alguna materia. En el Código Procesal Penal se deja notado que su presencia servirá cuando se “requiera conocimientos especiales” (Art. 160). Y en el artículo siguiente aclara que son especialistas y que “a falta de profesionales nombrará a persona de reconocida honorabilidad y competencia en la materia” (Art. 161).

En Estados Unidos se cuenta la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*, en este caso destinadas a los peritos (*Expert Witnesses*), que fueron cambiadas el 2011 gracias a una jurisprudencia previa, quedando redactadas ahora, del modo siguiente:

Un perito, como experto por conocimiento, habilidad, experiencia, capacitación o educación puede declarar en forma de opinión o de otra manera si:

- (a) el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado del experto ayudará al experto a comprender la evidencia o determinar un hecho en cuestión;
- (b) el testimonio se basa en datos o hechos suficientes;
- (c) el testimonio es el producto de principios y métodos confiables; y
- (d) el experto ha aplicado de manera confiable los principios y métodos a los hechos del caso.

Con esto, también queda claro que un perito no necesariamente debe ser un profesional, es decir una persona con estudios calificados, pues un perito también puede ser un artesano, o un carpintero, por ejemplo.

Sin embargo, en la prueba pericial derivada de la neurociencia, el perito sí tiene que ser un profesional con estudios realizados, de modo tal que se cumpliría el presupuesto básico de ser un experto en la materia.

Ahora bien, en cuanto a la pericia en específico, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ya ha dejado establecido cinco criterios para su aceptación, las que han sido presentadas por Nieva Fenoll (2018), del siguiente modo⁴:

1. Que la técnica haya sido elaborada siguiendo el método científico, es decir que haya sido verificada empíricamente, lo que incluye intentos de falsificación y refutación.
2. Que la técnica empleada haya sido objeto de revisión por parte de otros expertos y haya sido publicada.
3. Indicación del grado de error de la técnica.
4. Existencia del mantenimiento de estándares y controles sobre la fiabilidad de la técnica.
5. Repitiendo el estándar *Frye* de 1923, consenso en la comunidad científica sobre la técnica empleada. (pp. 328-329).

Visto así, la aceptación de la prueba de la neurociencia en otros sistemas jurídicos ya ha sido discutida, y por ello, se profundizar su alcance para el sistema nacional. Se espera entonces que cuando exista una prueba que cumpla con esos estándares se pueda aplicar dicha prueba en la evaluación

⁴ También se los puede llamar como los criterios Daubert, por el proceso de *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*.

cerebral de los acusados. Pero se lo hará en el siguiente capítulo de la presente tesis.

B. Los estándares de la prueba

Los aspectos epistemológicos sobre la prueba judicial han venido en aumento en los últimos años dentro de nuestro sistema jurídico-romana. Las preocupaciones; sin embargo, datan de muchos años atrás, como puede notarse en los trabajos de Jeremy Bentham, quien vivió desde 1748 hasta 1832.

Como indica Pardo (2013), “gran parte de este trabajo ha incluido la aplicación de la estadística, la teoría de la probabilidad o la teoría de la decisión a los estándares de la prueba y, en términos más generales, al proceso probatorio” (p. 99).

Si bien es cierto la literatura existente muestra diversas posturas⁵, para esta tesis se ha creído por conveniente seguir el trabajo de Jordi Ferrer (2018), quien nos brinda una serie de estándares y de pasos para poder llegar a un óptimo de la prueba. Así, para hacerlo, en primer lugar, él nos brinda el sustento, esto es los criterios de los estándares de prueba.

⁵ Están también las posturas terminológicas que proponen que el uso de este nombre “estándar de prueba” no corresponde al sistema del *civil law*, del que nos regimos nosotros, sino que es propio del *common law*. Pese a esto también se sostiene que “En ambos sistemas, y cualesquiera que sean sus principios, es necesario establecer mecanismos de objetivación y control de la decisión judicial y en ambos sistemas el juez debe ser capaz de exteriorizar los motivos racionales de su decisión” (Abel Lluch, 2012, 200). Entonces, al margen de los nombres, lo que interesa acá es dejar en claro que el razonamiento por el cual se optó por una y no otra alternativa tiene que ser explicado correctamente por el juez para evitar arbitrariedades y subjetividades. Esto es lo que plantea Jordi Ferrer y es el planteamiento seguido en esta tesis.

Jordi Ferrer (2018) manifiesta que tienen que estar basados en dos criterios: los metodológicos y los políticos.

En cuanto a los criterios Metodológicos, nos expresa que deben tener:

(a) Capacidad justificativa respecto a las conclusiones que se establezcan. Interesa que se exprese en qué medida los elementos de juicio satisfacen la conclusión. Sin embargo, se pone en duda acá las creencias y los aspectos subjetivos del juez, es decir que no todo puede justificarse.

(b) Deben cumplir un umbral de suficiencia probatoria. Esto es que la justificación no debe ser insignificante, sino que debe ir más allá del límite que permite determinar cuándo esto sea posible.

(c) El umbral no se puede establecer sobre criterios matemáticos. Por cuanto no se puede traducir el razonamiento probatorio.

(d) El razonamiento es progresivo entre los primeros estándares de prueba y el estándar de prueba final.

Ahora bien, también se cuenta a los Criterios Político-morales, los que se refieren a:

(a) La gravedad del error de la condena falsa. Se trata de no dañar al inocente. No obstante, hay que tener en cuenta que, en nuestros tiempos, con el número tan amplio de tipos penales que han ido aumentando y la variedad de penas que existen en los ordenamientos jurídicos.

(b) La gravedad del error en la absolución. Es preciso ahora mirar desde el punto de vista de la víctima. Esto significa no fijar niveles tan altos de estándares de la prueba que nadie resulta ser condenado.

(c) Dificultades probatorias del tipo de casos, no de forma individual, esto debe evaluarse desde el tipo penal.

(d) Juego conjuntos de distribución del riesgo de error entre las partes: cargas de la prueba, presunciones y los estándares de prueba propiamente dichos.

Tomando en cuenta estos criterios, Jordi Ferrer (2018) plantea sus niveles de exigencia probatoria y presenta unos 6 estándares que van desde el más rígido al más relajado. Todos sus estándares involucran condiciones, las cuales van disminuyendo y que cumplen con la finalidad de “evaluar la hipótesis del caso”, es decir descubrir si son verdaderas o falsas. Estos son:

Estándar de la prueba 1. Involucra a las dos condiciones siguientes:

(a) La hipótesis debe ser capaz de explicar todos los datos disponibles y debe integrarlos sin entrar en contradicciones. Estas hipótesis permiten observar resultados confirmados.

(b) Se deben refutar “todas” las demás “hipótesis plausibles explicativas”. Estas hipótesis deben ser presentadas de acuerdo con la inocencia del investigado.

Estándar de la prueba 2.

(a) La hipótesis debe ser capaz de explicar todos los datos disponibles y debe integrarlos sin entrar en contradicciones.

Estas hipótesis permiten observar resultados confirmados.

(b) No se trata de refutar “todas las hipótesis” sino “solo la hipótesis formulada por la defensa (penal) o por la otra parte (civil)”.

Estándar de la prueba 3.

(a) La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

(b) El peso probatorio del conjunto de elementos de juicio incorporados al proceso sea completo.

Estándar de la prueba 4.

(a) La hipótesis sea la mejor explicación que la hipótesis de la parte contraria, disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

(b) El peso probatorio del conjunto de elementos de juicio incorporados al proceso sea completo.

Estándar de la prueba 5.

La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de la prueba 6.

La hipótesis sea la mejor explicación que la hipótesis de la parte contraria, disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

2.5.2. El control endoprocetal

Como su nombre lo indica, se está hablando de un tipo de control que se lleva a cabo dentro del desarrollo del proceso y se diferencia de la extraprocetal (fuera de él). Esta es una noción básica que puede ser empleada para todos los actos procesales y resoluciones emitidas. Así, se ha advertido en cuanto a la motivación de sentencias que en su

dimensión endoprocetal está encaminada a permitir un control técnico-jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollaran los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales (control institucional) (Colomer Hernández, como fue citado por Escobar y Vallejo Montoya, 2013, p. 44).

En ese sentido, se va a entender este tipo de control de tipo técnico-jurídico de las actividades de las partes y de la actuación judicial.

En específico, dentro del caso propuesto en la presente tesis, es evidente que esta evaluación se puede cumplir cuando en segunda instancia los magistrados pueden valorar la prueba. Esto ha sido expuesto por Jordi Ferrer Beltrán (2017), quién hace notar que la inmediación que tiene el juez también puede ser considerada en la segunda instancia. Esto lo hace

presentando un análisis sobre tres supuestos que deben ser tomados en cuenta, el cuarto que aparece en la lista es propiamente lo que se llama acá el control endoprocésal:

- 1) Las lagunas probatorias existentes en los medios probatorios del proceso
- 2) Las inferencias probatorias realizadas en primera instancia
- 3) Satisfacción de los estándares probatorios
- 4) Control de inferencias probatorias

La segunda instancia tiene la posibilidad de lograr revisar los puntos 1 al 3 para luego poder realizar el control de las inferencias probatorias y así analizar: (1) los errores de percepción y (2) los errores de inferencia.

Esta posibilidad surge en que la valoración que haga el juez de la prueba no tiene que ser subjetiva e irracional, sino que todo lo contrario tiene que posibilitar que, de los medios probatorios existentes, sus inferencias sean correctas y sólidas a la luz de un posterior análisis.

Jordi Ferrer Beltrán (2017) lanza unas preguntas guías para que esta evaluación sea posible:

¿Las conclusiones extraídas sobre la fiabilidad de las pruebas se basan en generalizaciones bien soportadas por información empírica contrastada? ¿Se han contrastado las previsiones o inferencias que la hipótesis que se considera probada permite realizar o hay lagunas probatorias al respecto? ¿Hay otras hipótesis, compatibles con la inocencia del acusado, que puedan explicar los hechos conocidos?, si las hay, ¿se han refutado sobre la base de pruebas incorporadas debidamente al proceso? (p. 33)

Entonces, el conjunto de estas preguntas son las que permiten un correcto análisis de la valoración en segunda instancia.

2.6. LA NEUROCIENCIA, SUS AVANCES Y LOS POSIBLES MEDIOS PROBATORIOS

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2014), define a la neurociencia como la “Ciencia que se ocupa del sistema nervioso o de cada uno de sus diversos aspectos y funciones especializadas” (s.v.).

Partiendo de esta definición, resulta importante conceptualizar a la neurociencia como la disciplina científica que es “una ciencia interdisciplinaria que trabaja en estrecha colaboración con otras disciplinas, como las matemáticas, la lingüística, la ingeniería, la informática, la química, la filosofía, la psicología y la medicina” (Nordqvist, 2018, párr. 3). Por todas las nociones previas, puede afirmarse que la neurociencia es el

conjunto de aproximaciones de tipo neurocientífico que tratan sobre las altas funciones mentales y comportamentales del ser humano y que intenta explicar campos del cerebro humano dedicados no sólo a funciones cognitivas, sino también sociales, afectivas y culturales (Marco Francia, 2017, p. 230)

Esto es así, y se puede usar esta definición para mencionar la Neurociencia cognitiva, la cual es definida como el “Estudio y desarrollo de la investigación de la mente y el cerebro, orientado a investigar las bases psicológicas, computacionales y neurocientíficas de la cognición” (OCDE, 2018, p. 417).

Partiendo de este concepto Giraldo Rojas (2016) formula una conceptualización de neurociencias forenses bajo los siguientes supuestos:

Es claro que existen múltiples relaciones entre neurociencia y derecho; sin embargo, la primera de ellas consiste en la posibilidad de auxilio que brinda la neurociencia a los cuestionamientos y a la toma de decisiones en el derecho, ubicándola en el cuadro de las ciencias forenses y originando la neurociencia forense. (p. 136)

2.6.1. La neurociencia y sus descubrimientos que pueden ser aplicables en el derecho penal

Es cierto que en nuestra realidad local no existen o existe de forma limitada, investigaciones que permitan hacer estudios o análisis del papel de las neurociencias en el derecho penal, esto, como se mostró en su lugar, no sucede en la práctica mundial. Así, en una revisión de literatura, se concluye que:

Está claro que hay un interés considerable en las implicaciones sociales, éticas y legales de las ciencias del cerebro. Aquí presentamos un resumen detallado de la literatura de revistas revisadas por pares en inglés que aborda la intersección de la ley (instituciones legales, normas y procedimientos) con las ciencias del cerebro. Nuestro objetivo fue describir la amplitud de esta literatura y sus temas dominantes. Los comentaristas están invocando la neurociencia en una amplia gama de contextos legales, incluso dentro de un año. El trabajo futuro podría extender este análisis para examinar los cambios en los campos legales de interés a lo largo del tiempo, o en literaturas relacionadas adyacentes, como la criminología o la sociología jurídica. Nos parece probable que el continuo interés público y científico en el cerebro continúe alimentando los desarrollos científicos y tecnológicos en el área. La ley, junto con otras instituciones y prácticas sociales, tendrá que considerar el significado legal de estos desarrollos. (Chandler, Harrel y, Potkonjak, 2018, p. 11).

Lo que interesa acá es que se reconozca que existe una amplitud de la literatura dedicada a la relación entre derecho y neurociencias. En otro estudio se resalta lo siguiente:

en los Países Bajos también permite [observar] un enfoque integrador. Como los sistemas de justicia penal se configuran sobre la base de largas tradiciones legales y desarrollos temporales, la eventualidad de estas características no da ningún motivo para la complacencia. También en los Países Bajos, el debate descrito no está silenciado por esta situación y aún queda mucho por ganar en la integración de la neurociencia y el derecho. Sin embargo, esperamos haber demostrado que las perspectivas nacionales pueden informar el debate internacional y que la comparación legal puede ayudar a enviar los debates sobre la integración de la información neurocientífica en otros sistemas de justicia penal en todo el mundo (Noyon, van der Wolf, Mevis y van Marle 2019, p. 9).

Los avances actuales en neurociencia pueden lograr una reformulación total en nuestros planteamientos en cuanto a quién merece castigo y por qué. En efecto, analicemos la siguiente conclusión a la que ya se hacía alusión en el 2013⁶:

Las acciones de una persona no se basan en sus propias decisiones de libre albedrío, sino que se crean en el sistema límbico del cerebro humano. En el sistema límbico se graba toda la experiencia del ser humano por así decirlo; dicho sistema empieza de funcionar en el seno materno y ya está definido en gran parte en la infancia. En este sistema se depositan en última instancia todos los sentimientos del ser humano y, con ellos, toda su experiencia, sus conocimientos, necesidades y deseos. Todas las acciones del ser humano se basan en las informaciones almacenadas en el sistema límbico. Es por ello que todas nuestras acciones de ninguna manera están llevadas a cabo de manera libre, aunque todavía lo sintamos así. (Weiber, 2013, p. 146)

⁶ Este artículo fue publicado en dos ediciones de libros distintas, en una de ellas se precisa que el artículo se presentó en un congreso en el 2011.

Esta cita es sumamente pertinente por cuanto hace notar la necesidad de cuestionarnos por qué castigamos y hasta qué punto es permitido. En efecto, si la llamada voluntad no existe, sino que es una consecuencia natural del actuar de nuestro sistema límbico, no estaría justificado el castigo. Antes de seguir con el debate es pertinente realizar una descripción de lo que es el sistema límbico y su funcionamiento.

La neurociencia explica del siguiente modo el papel del sistema límbico:

Tiene un papel destacado en el control de las respuestas fisiológicas ante el estrés, en las conductas complejas de aprendizaje o motivación y en las respuestas emocionales (miedo, agresividad, etc.), e interacciona con el sistema endocrino y el sistema nervioso periférico de manera muy estrecha y con una rápida respuesta de acción. Además, ha resultado ser de vital importancia para el estudio de trastornos como la esquizofrenia, el alzhéimer o la depresión, pues existe correlación entre estas y daños en el sistema límbico. (Pereda Pérez, 2018, p. 100)

2.6.2. La neurociencia y su aplicación en los delitos contra la libertad sexual

Los estudios han evidenciado que los violadores suelen tener deformaciones patológicas que influyen en su comportamiento.

Así, por ejemplo:

No estamos intentando decir que los pedófilos y abusadores sexuales sean enfermos que no deban enfrentarse a una pena de prisión. Lo que pretendemos es analizar cuál puede ser la causa de que, a pesar de que sepan que la conducta de abusar de un niño está mal, lo realicen o sigan haciendo, sin importarles ni el reproche social ni las duras consecuencias jurídico penales de sus actos. (p. 228)

En efecto, en el nivel de conocimiento que se posee el día de hoy resulta siendo aún complicado descartar por completo a todas las personas, pero existen ciertas patologías cerebrales que sabemos que influyen en la conducta y que, por tanto, estas personas merecen un trato especial. Esto está resumido y explicado en Gomez Pavajeau (2017, pp. 235-240), en donde se resalta el papel de la corteza prefrontal en el comportamiento de las personas que sufren una lesión en él. Es contundente esta afirmación de la descripción de aquellos que han sufrido una lesión en él: “siendo los pacientes individuos monótonos e indiferentes, sin ninguna consideración con los demás por su incapacidad de controlar su conducta social...se concluye que han perdido la capacidad de razonamiento moral” (pp. 237-238). ¿Cómo pueden ser aplicables tales consideraciones a los hechos perpetrados por un violador? La inferencia resulta siendo simple, pues la falta o ausencia de dominio es lo que determina que esto sea posible.

Ahora bien, es necesario puntualizar que el estado actual de las neurociencias no puede servir para condenar, pues una condena dependerá de múltiples factores concurrentes que tendrán que ser evaluados por el juez en su debido momento y porque no se puede confundir una configuración cerebral, natural y propia de cada sujeto, con el delito que es una creación y obedece a circunstancias culturales, como muy bien ha sido expuesto por Julià Pijoan (2020). La pericia solo puede decir que la persona es

una persona “normal”, más no, y de eso no puede seguirse ninguna condena.

Sin embargo, si la pericia determina que el acusado es una persona con alguna deficiencia cerebral que no le permite tener dominio de ciertos actos: los delitos contra la libertad sexual en este caso, esto hará que ya no se recurra a una pena carcelaria, sino a una medida de seguridad.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo se pondrá a prueba las razones que se propusieron al inicio de la investigación donde se afirma que los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial, derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual, las cuales son: a) Garantizar la seguridad jurídica, b) Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal y c) Permitir el control endoprocesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.

Evidentemente una investigación jurídica como la que se realizó se la hizo bajo un diseño no experimental, por cuanto las variables en nuestro estudio se las observó tal cual han estado presentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin que sea necesaria su manipulación.

Además, que es pertinente recordar el carácter cualitativo de la investigación, por lo cual solo se hizo un recojo de unidades de análisis: sentencias sobre el delito de violación sexual y pericias de los agresores que cumplen un papel referencial. Estas unidades de análisis son tomadas de forma directa en el caso de Cajamarca o de forma indirecta mediante la consulta de otros estudios existentes en el territorio peruano. Se precisa que su función no es estadística, lo que es propio de las investigaciones cuantitativas, en cambio en esta tesis se las toman como evidencias que han sido estudiadas dentro del marco normativo vigente, para evaluar la propuesta de la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en nuestra realidad nacional.

2.7. ESTRATEGIA DE ANÁLISIS DE RESULTADOS EN LA CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Hay que empezar indicando que esta tesis combina resultados empíricos y los de análisis dogmático. Así pues, se ha creído conveniente distribuir esta sección de un modo que pueda ser entendible, para lo cual se parte de la propuesta de hipótesis y de los objetivos generales, los cuales permitirán mostrar el tratamiento en las sesiones correspondientes, como se aprecia en la tabla 1.

Tabla 1. Estructura de la presentación del análisis de resultados en la discusión dentro de la contrastación

Hipótesis (variables/categorías)	Objetivos específicos	Sección Específica	Sección Contrastación
Garantizar la seguridad jurídica	Analizar la garantía de seguridad jurídica en relación con la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual.	3.2.1	
Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal en supuestos de violación sexual	Establecer la necesidad del uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el artículo 20 inc. 1 del Código Penal.	3.2.2	3.2
Permitir el control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior	Identificar los alcances positivos del uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual para el control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.	3.2.3	

Fuente: elaboración propia.

2.8. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En esta sección utilizaré toda la información disponible que ha sido expuesta en las secciones previas. Se partirá la siguiente figura 3, la que representa el razonamiento y funcionamiento de la hipótesis propuesta para esta tesis. Se observa que la prueba derivada de la neurociencia va a servir para que el proceso penal se desarrolle cumpliendo el principio general de seguridad jurídica, esta será entendida como certeza, pues permitirá conocer la estructura cerebral del procesado, de modo tal que se pueda también hacer un uso adecuado del artículo 20 inc. 1 del Código Penal. Así, la valoración que de esta prueba hagan los jueces en primera instancia podrá ser luego corroborada por los de segunda, permitiéndose así cumplir con el control endoprocésal.

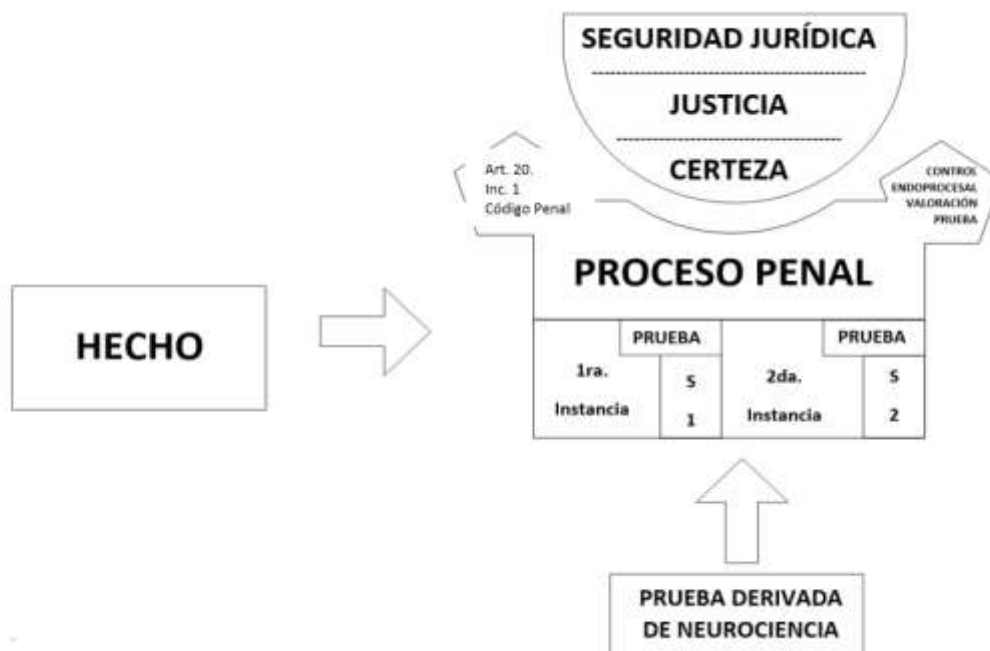


Figura 3. Contrastación de la hipótesis.
Nota. La figura es de elaboración propia

Antes de realizar la propia fundamentación de la hipótesis propuesta, he creído conveniente iniciar aclarando que, tal y como se hizo notar en el marco teórico previo, la teoría de la prueba brinda los lineamientos para que sea posible entender el concepto y validez de lo que se conoce como prueba, en el derecho. Siendo así, en el ámbito del derecho procesal penal, se habla de prueba únicamente en juicio y su valoración se realiza solo en esta etapa por el juez o colegiado. Lo que sucede previo a esta etapa no puede llamarse prueba.

Si bien es cierto que se habla únicamente de prueba en la etapa de juicio, en esta misma etapa debe distinguirse entre la actuación de los medios de prueba y la valoración de la prueba. Se entiende como la primera a la sustentación que hará cada una de las partes intervinientes en el proceso para defender su teoría del caso. Esta actuación de los medios probatorios se debe realizar bajo las prescripciones del artículo 356, inciso 1 del Código Procesal Penal, en específico a lo correspondiente de que se rige “especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria”.

Es en esta etapa de juzgamiento en donde el abogado y el fiscal tendrán que sustentar sus posturas y refutar la del otro, con la intención de que su teoría del caso sea la que sobreviva. Por lo que acá se actúan los medios probatorios y es acá en donde, se procede a utilizar el artículo 375 del Código Procesal Penal, que establece el orden y modalidad del debate probatorio, acá se prescribe que el debate probatorio seguirá el siguiente orden:

- a) Examen del acusado;
- b) Actuación de los medios de prueba admitidos; y,
- c) Oralización de los medios probatorios

Pero este orden debe entenderse en el marco del inciso dos del citado artículo, es decir que “El Juez Penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos”.

Todos estos hechos en conjunto sirven para aclarar que, en nuestros días no puede hablarse de una prueba tasada pues el juez debe evaluar en conjunto los medios probatorios que existen y valorarlos a todos ellos. En realidad, la valoración y por ello, la fundamentación de esta valoración es lo que excluye del sentido tradicional en que aparece la prueba legal o tasada, es decir como aquel sistema donde es la “ley procesal la que prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia” (Rosas Yataco, 2016, p. 119). De este sistema probatorio también puede decirse que es el legislador el que fija “el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba y las condiciones y requisitos en que han de sucederse para alcanzar un determinado valor absoluto o parcial” (Talavera Elguera, 2017, p. 160).

Entonces, es evidente que la propuesta que acá se sostiene no puede ser —por ninguna razón— una prueba tasada, ya que solo le va a brindar al juez o jueces un elemento de convicción que deberá ser evaluado en relación con otros elementos que se actúen en juicio.

Tan es así que se debe realizar esta valoración conjunta, que en nuestros días se muestran su relevancia en la Sentencia de Casación recaída en el Expediente N.º 1707-2019-Puno, de reciente aparición. La que, está destinada para la valoración conjunta, pero en relación con el perito. Así, en esta Casación, en su fundamento noveno se lo destina para la valoración de las pruebas periciales, que consta de tres partes: (1) evaluación del conocimiento teórico de la materia del peritaje, (2) evaluación de la integridad moral y jurídica del perito, (3) revisión del peritaje propiamente dicho y (4) análisis completo de las tres partes previas de forma individual por el juez.

En cuanto a la primera parte para realizar una evaluación objetiva de la prueba pericial se precisa que se debe observar la correcta utilización de la teoría en la pericia respectiva. Se espera que esto deba ser puesto en debate y avalado por los sujetos procesales, en donde podría someterse a un debate entre peritos, para que los magistrados tengan un panorama claro de lo que se está debatiendo. En el caso de las neurociencias este debate sería enriquecedor para el juzgador y le permitiría tener un elemento a tomar en cuenta para el momento de decidir, pues también debe quedar en claro el margen de error de los resultados de la pericia actuada.

La casación llama la atención en el elemento subjetivo de quien realizó la pericia, es decir que evalúa las conductas del sujeto; es decir al perito, bajo supuestos de sanciones previas, intereses en el resultado, cuestionamientos previos, prejuicios con los que él/ella asumen la pericia.

Como en el caso anterior, son las partes procesales, quienes de forma activa deben hacer notar al juez estos hechos.

Finalmente se debe analizar el informe pericial por sí mismo, esta ya es la actividad de los magistrados en donde deben advertir que se haya empleado toda la información relevante al caso, las condiciones de observación y el aporte de la información por los sujetos procesales. También tomar en cuenta las conclusiones y el lenguaje “claro, preciso y sin ambigüedades”. Todo esto también debe salir a resaltarse en el debate del juicio.

Finalmente, la casación cita a Carmen Vázquez para dejar notar que la valoración de la pericia se realiza de forma individual, conjunta y razonada, la cita que utilizan es la siguiente:

No se puede llegar a conclusiones racionales sobre la calidad de una prueba pericial solamente considerando formalidades, puesto que, obviamente, (i) un informe claro podría ser falso o tener un grado de fiabilidad bajo y (ii) un perito con las mejores credenciales siempre puede cometer algún error en el caso concreto en que participó. (Como fue citada en el fundamento 9.4)

Una vez más se deja en claro que no se puede hablar de una prueba tasada, sino que únicamente de la aceptación de una nueva prueba pericial para los casos de violación sexual, por ello, el objetivo principal de esta investigación es determinar los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el ordenamiento jurídico peruano. Lo que se empezará a realizar, de forma individual, en seguida.

2.8.1. Garantiza la seguridad jurídica

Los estudios sobre seguridad jurídica han hecho notar que su concepto no es claro y que puede interpretarse desde predictibilidad de las decisiones judiciales hasta justicia, pasando por la certeza (ver marco teórico 2.2). Esto hace notar que la seguridad jurídica, para esta tesis, tiene que enmarcarse en una noción de certeza.

Visto así, es la certeza de las características neuronales y su funcionamiento en el agresor lo que va a permitir que se pueda saber con exactitud, es decir con certeza, sobre la constitución neuronal del acusado y de sus implicaciones en su conducta sexual. En esta tesis es importante asumir que este conocimiento debe ser siempre tomado en cuenta para poder establecer una responsabilidad por parte del agresor.

En efecto, cuando se analizó la seguridad jurídica, desde punto de vista teórico, pudimos notar que de ella existen múltiples definiciones, perspectivas o formas de verla, por ello la forma en que sea aceptada va a depender de eso.

Sin embargo, considero que la que se puede aplicar de forma directa a esta investigación es la equivalencia entre seguridad jurídica como certeza, esto es:

Seguridad Jurídica = Certeza = Verdad

Pues bien, tomando en cuenta el concepto de verdad por correspondencia, una afirmación será verdadera sí y solo sí,

corresponde con la realidad, servirá esto para. Entonces, ahora corresponde apreciar a cómo se produciría la seguridad jurídica en los casos contra la libertad sexual cuando se afirme que determinado sujeto fue capaz por su propia voluntad de realizar el acto. Esta afirmación es la crucial para la investigación, porque de esto dependerá que se pueda hacer uso del artículo 20 inc. 1 del Código Penal. Entonces debemos analizar sobre la base de qué evidencias, “certezas”, es que se está condenando en nuestros días a estos “agresores”.

Para evaluar la certeza con la que contamos en las sentencias emitidas por nuestro Poder Judicial, vamos a tomar en cuenta los datos producidos en una investigación previa, en la Corte del Callao.

Tabla 2. Aceptación y clase de sentencia emitida

	Aceptación del agresor de la incriminación		Clase de sentencia emitida	
	Frecuencia	Proporción	Absolutoria, proporción	Condenatoria, frecuencia
Sí	50	14%	18%	111
No	300	86%	82%	24
Total	350	100%	100%	135

Nota. Se presentan de forma conjunta los datos de dos gráficos elaborados por la UNICEF en la Corte del Callao 2009, presentado por Arbulú Martínez (2019, pp. 156, 165).

Si identificamos la seguridad jurídica con certeza, se espera encontrar que exista relación entre la aceptación y el tipo de condena impuesta. Sin caer en la ingenuidad, pues todo

acusado va a negar la realización de su acto, es importante notar que los porcentajes son inversos entre los que niegan y los que la aceptan, y existe entre ellos una diferencia de 72%, lo que evidencia que hay algo que está fallando en la determinación de la condena, pues se excede el 50%, que se tomaría como punto neutral de la negación del acto delictivo.

Ahora bien, en la tabla tres se presentan la clase de pruebas actuadas, en donde sobresalen las testimoniales con el 57%. En esta tabla también se observa que está presente en un altísimo número las periciales (42%).

Tabla 3. Clase de pruebas actuadas

	Frecuencia	Proporción
Testimoniales	183	57%
Periciales	133	42%
Documentales	2	1%
Total	318	100%

Nota. Se presentan los datos elaborados por la UNICEF en la Corte del Callao 2009, presentado por Arbulú Martínez (2019, p. 158).

Se ha creído conveniente presentar también dos tablas (4 y 5) que muestran de forma significativa la actual inseguridad jurídica en cuanto a la forma de resolver los casos contra la libertad sexual, por cuanto existe un alto número de sentencias impugnadas y un alto número de sentencias de segunda instancia que observan el fallo o la producción del fallo de la primera.

Tabla 4. Sentencias impugnadas

	Frecuencia	Proporción
Consentidas	93	77%
Impugnadas	27	23%
Total	120	100%

Nota. Se presentan los datos elaborados por la UNICEF en la Corte del Callao 2009, presentado por Arbulú Martínez (2019, p. 168).

En la tabla 5 se muestra que es alto el porcentaje en donde se revoca o anula la sentencia, con un 41% Esto hace ver que sí está funcionando el control endoprocésal, pero no se sabe si este control se debe a la valoración de la prueba, para saber esto último será necesario recurrir a los datos de Cajamarca.

Tabla 5. Resultados en segunda instancia

	Frecuencia	Proporción
Revoca	1	4%
Anula	10	37%
Confirma	16	59%
Total	27	100%

Nota. Se presentan los datos elaborados por la UNICEF en la Corte del Callao 2009, presentado por Arbulú Martínez (2019, p. 168).

De estos datos mostrados en estas dos tablas es posible darse cuenta de que existe una posibilidad de fallo, por lo que la seguridad jurídica, en el sentido de verdad, puede estarse vulnerando en nuestros días. Si bien es cierto que las sentencias que son confirmadas son mayores con un 59% (según se observa en la tabla 5), esto deja que en un 41% exista la duda sobre su certeza.

Si bien es cierto que el debate persistente sobre la verdad procesal y la verdad material pueden ser considerados parte del debate en cuanto a la seguridad jurídica, se debe recordar que acá interesa hacer notar que debe seguirse el principio de que es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente, pues, lo que hará la prueba neurológica será señalar quién, por su estado mental de anomalía psíquica, no debe ser condenado por el delito de violación y, en sentido contrario, solo vamos a condenar a todos aquellos que se lo merecen.

La seguridad jurídica a la que aludimos acá no significa impunidad en cuanto al acto realizado, aún más, no significa que la pericia sea tomada como una prueba tasada y que sin más se desestime por el resultado obtenido en la pericia, eso sería incorrecto, pues, como se vio en la sección anterior, la evaluación de la pericia misma —en el juicio— se enmarca en la tendencia adversarial que recoge nuestro código con la intención de generar convencimiento en los magistrados, pero además, la pericia se evalúa con una serie de circunstancias, de medios de prueba y de órganos de prueba que concurren al debate del juicio.

Por ello, el sistema brinda todas las garantías para que la pericia derivada de la neurociencia pueda considerarse como una prueba idónea que deba ser analizada por los magistrados y así decidir conforme a los resultados que se encuentren. No hay que perder de vista que

si para realizar un verdadero ejercicio del derecho es necesaria la psicología y si para explicar el cauce de la voluntad y el pensamiento es necesario conocer la profundidad del cerebro, entonces es inevitable que los juristas observen con más atención las investigaciones existentes sobre el cerebro y la conducta. (García, 2007, p. 91)

Por ello es necesaria la participación de los peritos, quienes, mediante su informe, van a permitir que se resuelva mejor, con un mayor grado de certeza, la capacidad de comprensión de su conducta que haya tenido el sujeto al momento de perpetrar el delito contra la libertad sexual, pero acá ya vamos entrando en el siguiente fundamento que será analizado de forma independiente.

2.8.2. Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal en casos de violación sexual

De la certeza, o seguridad jurídica que se hizo mención en el acápite anterior, es el punto de partida para indicar una idónea atribución de las prescripciones del artículo 20 inc. 1 del Código Penal. En efecto, sin afirmar que la pericia derivada de la neurociencia sea una prueba plena, no cabe duda de que su rol es determinante para poder establecer las deficiencias neuronales que posee el sujeto activo, las cuales marcan su comportamiento sexual frente a otros. En efecto, se sabe que los niveles alcanzados en nuestros días son abismalmente significativos y distintos de los primeros estudios como los de Lombroso, que vistos hoy resultan siendo ingenuos, inseguros y hasta discriminatorios.

Al respecto, es oportuno señalar que existe una diferencia notoria entre lo que se propone en esta tesis y lo realizado por Lombroso, pues, como se sabe, su idea estuvo inmersa dentro de lo que se ha llamado el “criminal innato”, es decir que parió del supuesto en que se podría conocer al criminal por ciertos rasgos físicos observables, vale decir: ojos, pelo, mentón, ancho de espaldas, etc. Esta idea ha sido abandonada desde hace décadas y no es lo que se busca acá.

En efecto, al contrario que Lombroso, que buscaba incriminar, lo que busca la neurociencia es dar algunas pistas que le permiten al juez decidir que, un sujeto, no puede responder por sus actos pues tiene una anomalía detectable que se lo impide. Esto se debe a que “Las neurociencias facilitan la posibilidad de saber, de acuerdo con sus posibilidades cognitivas cerebrales, qué tan consiente estaba una persona al momento de la comisión de un delito” (Sánchez Páez, 2020, p. 173). Con la consiguiente decisión sobre la culpabilidad o no.

En efecto, el aporte científico de las neurociencias debe ser asimilado por el derecho para así dar una mayor seguridad jurídica en cuanto a la aplicación de la eximente, que aparece en nuestro ordenamiento penal en el artículo 20 inciso 1. Por ello es necesario, entonces, revisar brevemente este artículo con el inciso correspondiente, el cual, literalmente dice:

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Como se dejó notar en las páginas previas del marco teórico, este artículo presenta las excepciones que se vinculan con las características psíquicas del agresor. En específico se habla de las anomalías psíquicas del agresor, las cuales son tomadas como:

perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcional-anatómicas radican en el cerebro, y que deben ser de tal magnitud que el individuo no puede valorar los vínculos con el mundo interior, o no puede sobreponerse a los estímulos o motivos que lo impulsa a la acción para dominarlos, frenarlos o realizar una selección. (Pérez López, 2016, p. 15)

Lo que significa que este conocimiento al que debe llegar el juez tiene que estar basado en un informe de un experto que así lo acredite, es decir en una pericia.

En cuanto a lo que acontece dentro del proceso del delito contra la libertad sexual, se ha encontrado que a los investigados por delito contra se les realiza un examen físico y un psicológico, los cuales consisten en:

A. Examen físico

En este examen se evalúa la capacidad de erección, la fuerza física para vencer a la víctima, los signos de coito reciente

(también se evalúa su violencia) y signos que lo vinculen con el delito investigado (Tapia Vivas, 2020, p. 232).

B. Examen psicológico

Se trata de una pericia psiquiátrica para reflejar “la condición mental del individuo y por medio del cual el psiquiatra [sic] cumple la finalidad de asesoría para la correcta administración de justicia” (Tapia Vivas, 2020, p. 234).

Es evidente este examen psicológico está orientado a encontrar alguna eximente de la responsabilidad penal vinculada al artículo citado y que tiene un grado exploratorio en relación con el psiquiátrico. En nuestro medio no se ha evidenciado pericias psiquiátricas para los procesados por delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, se pudo encontrar un resultado de la ciudad de Lima, que se muestra en la tabla 6.

Tabla 6. Diagnostico pericia psiquiátrica en el proceso Lima (2003-2005)

	Frecuencia	Proporción
Psicosis	0	0.0%
Otras enfermedades mentales	0	0.0%
Sin enfermedades mentales	38	0.0%
Total	38	100.0%

Nota. El numero de 38 representa una muestra no probabilística aleatoria. La información que se presenta ha sido obtenida de Alcalde Muñoz (2007).

Resulta siendo curioso que no se haya detectado a ninguna persona con ninguna enfermedad. Aunque la investigación no es probabilística, dice mucho que no exista esta.

Por otro lado, frente a un diagnóstico externo se pudo encontrar una cierta normalidad en los reos, con los resultados que se muestran en la tabla 7.

Tabla 7. Diagnostico psicológico externo

	Frecuencia	Proporción
Se consideran talentosos, ambiciosos, egocéntricos y seguros de sí mismos	186	82.4%
Buscan atención, son simpáticos, inteligentes y manipuladores	165	73.2%
Enérgicos, dominantes, socialmente agresivos e intrépidos	155	68.6%

Nota. La muestra fue determinada en virtud de la información estadística de la población penitenciaria de sentenciados por el delito de violación sexual contra mujeres (penales de Huancayo, Pucallpa y Huacho, registrados hasta agosto del 2012). El universo es de 1067 y la muestra de 226. En la tabla no se suman las frecuencias ni proporciones por cuanto son resultados distintos obtenidos de Correa López (2016).

Estas tablas demuestran que el uso de las pericias debe afirmarse en el Perú, pues son incipientes y resultan siendo escasas para la realidad carcelaria nacional. Es más, la pericia propuesta de la neurociencia puede venir a remplazar a las que se hacen actualmente pues, si hacemos una analogía, las pericias que se muestran en las tablas 6 y 7 son el equivalente al procedimiento de determinar la paternidad por tipo sanguíneo, y

la propuesta del dictamen pericial de la neurociencia propuesto acá, sería como una prueba de ADN. Nuevamente, no se mal interprete y se confunda la propuesta de esta tesis como una prueba plena, la única intención de comparar la prueba de sangre con el ADN es hacer notar que, si se cuenta con un ADN, ya nadie va a solicitar una prueba de sangre. Pero recordemos que el ADN encontrado en la víctima de una violación solo puede acreditar que ese semen le pertenece a una persona "X", pero no dice nada de las circunstancias en que ese semen llegó a la víctima, eso es motivo de investigaciones conjuntas y del debate en el juicio.

Esto es expresado de forma general como tarea de los abogados para Vargas Miñan (2021), quien considera como su tarea la de lograr persuasión en el "juzgador con pericias psiquiátricas o pruebas de laboratorio que los sujetos afectados (sin estar privados de discernimiento) presentaban trastornos neurológicos, carencia de capacidad volitiva para actuar en forma distinta, entre otros, al momento de la comisión de los hechos" (p. 79). Recordemos que esta pericia va a ser el producto del conocimiento científico que se tiene en la actualidad de las neurociencias pues estas

Han demostrado a través del análisis de pacientes don lesiones en el lóbulo frontal que no se requiere únicamente un conocimiento teórico sobre lo bueno y lo malo para que dicha información factual se traduzca en comportamientos socialmente adaptados, sino que se requiere algo del orden emocional para que dichos conocimientos se traduzcan en inhibiciones efectivas. (Mercurio, 2009, p. 68)

Pero esta pertinencia de los avances de esta disciplina debe ser correctamente encaminado para que la pericia cumpla su rol, y acá retomamos lo que se ha venido manifestando antes sobre el análisis conjunto de los medios probatorios:

Resulta evidente que los jueces no solo fundamenta [sic] su fallo de inimputabilidad o imputabilidad disminuida en el resultado de los dictámenes periciales y su ratificación (o examen), sino que los concatena con otros indicios periféricos u otros medios probatorios objetivos. (Vargas Miñan, 2021, p. 76)

Entonces debe entender la pericia como toda pericia, es decir como una ayuda que recibe el juzgador para que pueda tomar la decisión que más considera idónea dentro del marco de un proceso, es decir de la evaluación de un conjunto de medios probatorios dentro del contexto del debate que se produce en juicio.

2.8.3. Permitir el control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior

En el control endoprocésal, el órgano superior puede revisar, evaluar y corregir la valoración que haya realizado en primera instancia el órgano competente. Esto resulta ser importante pues permite que se tenga, no solo una segunda opinión, sino que una evaluación más pausada, a cargo de un observador externo. En caso de existir la prueba derivada de la neurociencia, la forma en que ha sido valorada esta prueba va a permitir que se verifique los criterios argumentativos y de coherencia.

Si partimos de una verdad que todo producto humano es perfectible, esto es que son susceptibles de mejorar, no se puede negar que se cumpla también para las sentencias. Así, el reconocido jurista español Jordi Ferrer Beltrán (2017) hace notar que es posible corregir la mala valoración de la prueba gracias a la segunda instancia. Él analiza un caso peruano donde se llega a condenar a los acusados, pero, según su análisis realizado en el expediente:

La única conclusión justificada a partir del acervo probatorio aportado al proceso y las pruebas actuadas en el juicio oral es la de ausencia de prueba suficiente para acreditar su participación en el delito de colusión, por lo que hubiese correspondido concluir el proceso con su absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. (Ferrer Beltrán, 2017, p. 18)

Visto así, surge necesario un control en segunda instancia pues este tipo de errores pueden estar presentes en las sentencias⁷. y en específico pueden presentarse errores en la motivación general o en la valoración de la prueba, en específico, por lo cual existen sentencias que merecen un control endoprocésal para corregir estos errores. Ahora bien, la prueba derivada de la neurociencia va a permitir que este control se realice de forma más objetiva, bajo los supuestos planteados.

⁷ Existen múltiples estudios en el Perú donde se deja notar las deficiencias en cuanto a la motivación. Así luego de la revisión de las sentencias del Colegiado Penal de la Corte de Tarapoto: “De acuerdo a los resultados se ha observado que el nivel de motivación de las sentencias condenatorias por el delito robo agravado, expedidas por los jueces, es regular, representado por el 47%, mientras que solo un 33% de sentencias el nivel de motivación es bueno; lo que significa, que no se estaría impartiendo una adecuada justificación en las decisiones condenatorias, circunstancia que reflejaría la vulneración del debido proceso como garantía constitucional” (Vega Sandoval, 2019, p. 41). También se ha encontrado que, de las sentencias emitidas en el 2019 por la Sala Penal de Cajamarca, el 25% sufren de falta de motivación (Aliaga Almestar y Paredes Márquez, 2020).

En efecto, el análisis que van a realizar los magistrados debe tomar en cuenta los “errores de percepción” y los “errores inferenciales”. Estos errores son mucho más fáciles de detectar frente a una pericia que ante una reconstrucción total de los hechos. Así, como lo sostiene Jordi Ferrel Beltrán (2017), en una doble instancia es posible realizar el “control de las inferencias probatorias y la posibilidad de revisión en sede de recurso en ulteriores instancias sin que ello afecte en absoluto la inmediación y menos aún a la oralidad del procedimiento” (p. 18).

Los datos mostrados muestran que existen casos en donde es necesario un control endoprocésal a cargo de la segura instancia para cubrir las deficiencias que pudieran presentarse y es ahí en donde la pericia cumple un papel fundamental, pues el análisis del razonamiento de los magistrados puede realizarse de forma más objetiva, al tener la pericia y la valoración que de esta hicieron los magistrados de primera instancia.

Como se manifestó desde el planteamiento de la hipótesis de esta tesis, la pericia permitirá tener la certeza (seguridad jurídica), que cuando se recurra a exención contenida en artículo 20 inc. 1 del Código Penal: “1. por anomalía psíquica [...] que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”. Se lo hará con

evidencias que no permitan dudar de este estado del acusado y permitirá una mejor valoración a cargo de los magistrados.

Visto desde la parte de la víctima, esto permitirá que quede mejor convencida de que esta persona resulta teniendo una exención de responsabilidad y, por tanto, otorgue mayor credibilidad al razonamiento del juez e incluso puede hasta sentirse aliviada por los resultados de la pericia.

Como puede advertirse el desarrollo de la neurociencia actual no permite tener un grado de credibilidad en cuanto a los comportamientos del procesado y esto es porque, en términos generales, cómo bien se indicó en la parte correspondiente del marco teórico, las verdades a las que está llegando la Neurociencia actual no son de causalidad, es decir no son de causa efecto, sino que solo llegan a ser correlacionales, con lo que sus resultados son limitantes, pues no se habla de “siempre que se presente una tal forma del cerebro se va a tener como consecuencia una disminución del correspondiente pudor sexual” (esto implica la causalidad). En el nivel actual de la investigación solo se puede llegar a decir que “Si está presente una tal forma del cerebro es probable que traiga como consecuencia una disminución del correspondiente pudor sexual”.

Esta realidad no la niega la presente tesis, sino que, conociendo las limitaciones actuales, quiere proponer su uso cuando sea posible. Lo que va a implicar que su desarrollo probablemente

alcance conclusiones más sólidas. Entonces partiendo de esta realidad, debemos adaptarlas a premisas jurídicas, lo que implica traducir este accionar científico forense en preguntas propias del Derecho. Para esto será necesario emplear algunas preguntas de Jordi Nieva Ferrol (2016): ¿esta prueba vulnera los derechos fundamentales? ¿podemos garantizar que esta persona no vuelva a cometer delitos contra la libertad sexual? Y ¿podemos asegurar que la persona que está bajo el análisis de esta prueba está mintiendo o no?

Las muy importantes preguntas planteadas por este doctrinario hacen observar la necesidad de afinar la postura sostenida en esta tesis para que no se confunda como una postura ingenua en cuanto al uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia. En efecto, desde las primeras líneas de este trabajo se ha sostenido que el cerebro aún se encuentra en estudio y que, aunque es mucho lo que sabemos hoy, en comparación de tiempos pasados, aún es mucha nuestra ignorancia. Por ello nuestra propuesta tiene un alcance futurista, por decirlo de algún modo.

Las preguntas más fáciles de responder son las dos últimas, por cuanto nuestra propuesta de la prueba pericial derivada de la neurociencia se centra no para el análisis de una respuesta verdad o mentira, al estilo del polígrafo, sino que tienen que ver con la estructura cerebral que imposibilita al agresor detenerse frente a estos delitos contra la libertad sexual. Por lo cual, no

que haría esta pericia será orientar para otorgar unas idóneas medidas de seguridad y así evitar que se sigan perpetrando los crímenes que, si siguieran su tratamiento común, entendiéndose “cárcel”, el condenado al salir de ella, y tener un problema físico-mental no resuelto, volvería a delinquir. En cambio, ante la posibilidad de un tratamiento idóneo incluso podría hablarse de una resocialización del condenado. Por lo manifestado, estas preguntas de Nieva Ferrol permiten respaldar dos de nuestras razones jurídicas esgrimidas para sustentar la utilización de la pericia proveniente de la neurociencia en el proceso penal peruano, estas son: Garantiza la seguridad jurídica y, Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal en los delitos de violación.

La pregunta sobre si ¿esta prueba vulnera los derechos fundamentales? Merece ser estudiada con mayor detenimiento, pues, si bien es cierto que para Nieva Ferrol (2016) esto es así, en esta tesis se plantea un enfoque distinto, limitante para la utilización de la prueba, con la intención de evitar esta vulneración de derechos.

En efecto, la principal restricción que ve el jurista citado es que esta prueba pericial tendría un enorme de contenido informativo para los Estados, no es una huella digital, ni una prueba de orina ni mucho menos una prueba de ADN, pues el estudiar el cerebro contiene un potencial informativo enorme, es permitirle al Estado ingresar a todo nuestro ser, por eso no es recomendable que se

permita su empleo en un proceso judicial, ya que vulnera nuestros derechos fundamentales. Estas son en resumen sus ideas y por ello, la propuesta para su aplicación en el sistema peruano plantea que el momento de actuación de la prueba debe hacerse ya en el juicio, pero su realización se debe hacer antes, a pedido del acusado, con consentimiento del juez y solo para evaluación de zonas cerebrales que se han mostrado que su ausencia o poco desarrollo traen consecuencias directas en el comportamiento sexual del acusado.

2.8.4. *Excursos: debate sobre la intervención corporal y la pericia derivada de la neurociencia*

Como consecuencia de los debates previamente expuestos, se ha creído oportuno reservar un lugar especial para introducir una visión que en paralelo se ha venido presentando y contestando, pero que, dada su naturaleza, será mejor tratarla como un punto a parte.

En nuestro Código Procesal Penal, en el artículo 211, se regula el examen corporal del imputado en varios incisos. Interesa revisar el primero, en donde se señala que siempre que el fiscal lo solicite, el Juez de la Investigación Preparatoria “puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación”. Y estas se pueden hacer “aún sin el consentimiento del imputado”. Es decir que la coerción es un elemento clave que no debe ser dejado de lado, pues es el que permite hablar de “intervenciones corporales”.

La duda surge ahora cuando se desea saber qué es el “examen corporal”. En el párrafo siguiente el mismo Código nos da algunos ejemplos para entenderla mejor: “Pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genéticomoleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas”.

Será necesario recurrir a la doctrina para tener una mayor comprensión de este concepto, así partiremos de la definición de Neyra Flores (2010) de lo que es una intervención corporal, la cual la toma como “la utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de los delitos” (p. 628). El mismo autor amplía el concepto utilizando a Gonzales Cuellar de Serrano, precisando que estas medidas se realizan “sin la necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción si es preciso” (p. 628).

También es importante citar al maestro Gimeno Sendra, quien es más preciso al puntualizar que estas intervenciones corporales son todo acto “de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se extraen de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado” (como fue citado por Deza Arbildo, 2018, p. 37).

Algunos ejemplos de intervenciones corporales:

1. Espiración de aire (alcoholímetro)
2. Exploraciones radiológicas
3. Extracción de elementos externos e internos del cuerpo humano (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.)
4. Operaciones quirúrgicas
5. Extracción de líquido encéfalo raquídeo.

El ejemplo número dos es el que se encuentra en el código y es el que más parecido podría tener con la pericia neurocientífica. Como se ha dejado notar en el transcurso de las páginas anteriores de la tesis, aún no queda establecida la forma en que se pueda realizar esta pericia, pero tomando en cuenta los actuales estudios, lo más probable es que se realice mediante un escaneo cerebral o combinación de varias de las modalidades de estudio actual⁸. Mediante este escaneó, que se debe realizar con la colocación de algunas sustancias en el organismo del paciente, se puede observar el cerebro y se puede ver si cuenta con estructuras cerebrales normales.

Ahora bien, el sentido de la propuesta de incorporar a la pericia derivada de la neurociencia no es otra que de brindar elementos que le permitan al juez tener en claro que nos encontramos en el supuesto de un eximente de la responsabilidad, siendo así esta pericia debe ser pedida por el imputado y su abogado defensor y, dada la naturaleza de la prueba, aprobada por el juez de

⁸ En la actualidad existen cinco formas de estudiar el cerebro, estas son: 1. Electroencefalografía, o EEG, 2. Tomografía axial computerizada, o TAC, 3. Tomografía por emisión de positrones, o TEP, 4. Angiograma y, 5. Imagen por resonancia magnética (MRI y fMRI).

garantías. Entonces se nota que el elemento coerción no está presente, pues su realización es voluntaria, a pedido de la defensa y previa aceptación del juez, por lo que no se puede confundir esta pericia con una intervención corporal.

CONCLUSIONES

1. La incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual se fundamenta en que la neurociencia traerá como consecuencia que se garantice la seguridad jurídica, se logre una atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal y exista un el control endoprosesal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior. Se precisa que su uso solo será posible a pedido del acusado y con conformidad del juez, esto en aras de conservar los derechos y evitar la intromisión del Estado en el ser del ser humano a través de su cerebro.
2. La garantía de seguridad jurídica es un fundamento para la implementación de la prueba pericial derivada de la neurociencia, en los delitos contra la libertad sexual, pues permitirá que exista una mayor certeza en las características personales del agresor, logrando de este modo cumplir con dicha garantía. La certeza no puede usarse para condenar, pues los resultados de la pericia neurocientífica solo pueden evidenciar que el cerebro del acusado no sufre de perturbaciones y, la condena, va a obedecer a otros criterios que no son objeto de esta tesis.
3. El artículo 20 inc. 1 del Código Penal es un fundamento para la implementación de la prueba pericial derivada de la neurociencia, en los delitos contra la libertad sexual, pues evidencia de forma certera las anomalías psíquicas que le impiden “comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”. Lo que va a permitir la utilización de este artículo de forma objetiva.

4. El uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia, en los delitos contra la libertad sexual, se fundamenta en que va a permitir que se realice un mejor el control endoprosesal en la valoración de la prueba pericial por el órgano superior del Poder Judicial, por cuanto contarán con una pericia idónea que pueda ser evaluada en este nivel y así poder tener mayor claridad y objetividad en cuanto a las valoraciones realizadas en primera instancia.

RECOMENDACIONES

1. A los futuros juristas e investigadores en general, consideren que se debe realizar investigaciones sobre las características psico-criminales de los que cometieron delito contra la libertad sexual en el Perú en los últimos 20 años
2. A los futuros juristas e investigadores en general, consideren que se debe evaluar las pericias que sirvieron para condenar a los acusados por el delito contra la libertad sexual en relación con la motivación de la valoración empleada por el órgano jurisdiccional correspondiente.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abel Lluch, X. (2012). La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 35, 173-200. <http://xurl.es/eqzy6>
- Alcalde Muñoz, E. J. (2007). *Apreciación de las características psicosociales de los violadores de menores*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos] Cybertesis. <http://xurl.es/rlb88>
- Aliaga Almestar, M. y Paredes Márquez, C. E. (2020). *Aplicación de la adecuada motivación en las sentencias penales sobre violación sexual emitidas por la sala penal en el distrito judicial de Cajamarca en el año 2019*. <http://xurl.es/5meo5>
- Álvarez Dávila, V. M. (2017). *La culpabilidad jurídico penal y la actio libera in causa* (Tes. Para optar el título de Magíster en Derecho Penal, PUCP), Lima. Recuperado de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9822>
- Arrázola, F. (2018). *El concepto de seguridad jurídica*. Santiago de Chile.
- Atienza, M. y, Ruiz Manero, J. (2009). Edición digital a partir de *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 27 (octubre 2007), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], pp. 7-28. Recuperado de <http://xurl.es/qzwgk>
- Bacón, J. (1994). *La seguridad jurídica*. Lima: s/e.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. (Trad. de E. Díaz, E. Garzón Valdés, A. Greppi y A. Ruiz Miguel). Madrid: Trotta.

Brieskorn, N. (2009). *Filosofía del derecho*. (Trad. C. Gancho). Madrid: Herder.

Bulygin, E. (2005). *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.

Campos, M. (2018). *El problema de la seguridad jurídica en todo proceso de reforma*. Lima: UCP.

Caro, D. (2017). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Lima: UNAM.

Cea, J. (2004). *La seguridad jurídica como derecho fundamental*. Coquimbo: Sección Estudios.

Chandler, J. A., Harrel, N., & Potkonjak, T. (2018). Neurolaw today – A systematic review of the recent law and neuroscience literature. *International Journal of Law and Psychiatry*. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2018.04.002>

Contreras, F. J. (2014). *La filosofía del derecho en la Historia*. Madrid: Tecnos.

Contreras, M. (2018). *La necesaria aplicación del principio de seguridad jurídica*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Correa López, M. (2016). *Perfil socio-psicológico de los varones sentenciados por violación sexual contra mujeres, en los establecimientos penitenciarios de Pucallpa, Huancayo y Huacho*. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. <https://hdl.handle.net/20.500.12702/8>

Deza Arbildo, F. A. (2018). *La intervención corporal en el imputado y los derechos fundamentales en el marco del código procesal penal peruano*. (Tesis de

maestría, Universidad Nacional Federico Villareal) Disponible en

<https://xurl.es/ceda7>

Escobar, J. A. y Vallejo Montoya, N. (2013). *La motivación de la sentencia*.

(Monografía para optar el título de abogado, Universidad EAFIT). Medellín.

Recuperada de <http://xurl.es/5iw8i>

Espinosa, E. (2018). *El Tribunal constitucional y la seguridad jurídica*. Lima.

Ferrer Beltrán, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias. *Revus* 33.

<https://doi.org/10.4000/revus.4016>

Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=wiNMJEG2dhU>

Freedman, D., & Woods, G. W. (n.d.). The developing significance of context and function: Neuroscience and law. *Behavioral Sciences and the Law*, 36(4), 411–425. <https://doi.org/10.1002/bsl.2351>

Gálvez, L. (2017). *El Derecho Procesal penal y sus garantías*. Lima.

García, E. (2007). Neurociencia, conducta e imputabilidad. *Quark: Ciencia, medicina, comunicación y cultura*, 39-40, 88-92 <https://cutt.ly/7UABKFF>

Garrigues, M. (2013). *Relación de la seguridad jurídica y el derecho*. Lima.

Genaro, L. (2018). *Garantías del Derecho penal*. Lima.

- Giraldo Rojas, J. D: (2016). Relaciones Entre la neurociencia y el derecho. En *EL derecho probatorio y la decisión judicial*, (pp. 121-137). Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Gómez Pavejeau, C. A. (2017). *Neuroderecho penal y disciplinario*. Bogotá: Universidad de Externado.
- Gutiérrez, J. (2016). *Legalidad y seguridad jurídica en la jurisdicción de menores*. Cardanyola del Valles: Bellaterra.
- Hervada, J. (2008). *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. (4^a ed.). Madrid: Eunsa.
- Julià Pijoan, M. (2020). *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*. Madrid: Marcial Pons.
- Kaufmann, A. (2006). *Filosofía del derecho*. (Trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya). Bogotá: Universidad Externado.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del derecho*. (2 ed.). (Trad. de R. J. Vernengo). México: UNAM.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría general de las normas*. (Trad. de H. C. Delory Jacobs). México: Trillas.
- Kerlinger, F. y Lee, H. (2002). *Investigación del comportamiento humano*. México: McGraw Hill.
- Lacasa, L. (2003). *Relación entre Derecho y seguridad*. Juricidad SAC.

- Largo Fernández, J. J. (diciembre, 2009). Luis Alfredo Garavito Cubillo y su marca indeleble. *Revista Electrónica de Psicología Social "Poiésis"* 18. <http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/viewFile/152/141>
- López, S. (2011). *La seguridad Jurídica y constitución*. Lima: Lexus.
- Losing, N. (2002). *Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico*. Barcelona: Stifung.
- Marco Francia, M. P. (2017). Neurociencias, sistema neuroendocrino, derecho penal y abusos sexuales en la infancia. *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud* 23, 227-241. Recuperada de: <http://xurl.es/77hh3>
- Mercurio, E. N. (2009). Neurociencias y derecho penal: Nuevas perspectivas para viejos problemas. *Rev. Arg. de Psiquiat*, 20. 62 – 70. <http://xurl.es/patun>
- Moreso, M. (2004). *Garantías del derecho penal*. Lima: Lexus.
- Neyra Flores, J. A. (). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: IDEMSA.
- Nieva Fenoll, J. (2018). Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro? En *Derecho procesal del siglo XXI, visión innovadora*. (pp. 317-441). Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Nieva Ferrol, J. (2016). *La Neurociencia*. (Conferencia con los semilleros de derecho procesal del Norte de Santander) Disponible en <https://bit.ly/3ry5nsY>
- Nordqvist, C. (2018). What is neuroscience? En *Medical News Today*. Recuperada de <https://www.medicalnewstoday.com/articles/248680.php>

- Noyon, L., van der Wolf, M. J. F., Mevis, P. A. M., & van Marle, H. J. C. (2019). Integrating Neuroscience in Criminal Law: The Dutch Situation as an Example. *International Journal of Forensic Mental Health*. <https://doi.org/10.1080/14999013.2018.1525778>
- OCDE. (2018). *Neurociencia, la comprensión del cerebro*. (2ª ed.). (Trad. de M. Silva Sthandier). Santiago: Universidad Católica Silva Henríquez.
- Oliver, G. (2009). *Seguridad jurídica y derecho penal*. Lima: Estudios de la Justicia.
- Oré Guardia, A. (2013). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (t. 1). Lima: Reforma.
- Pereira, L. (2018). *Una garantía del derecho y la justicia como la seguridad jurídica*. Lima: Vox.
- Pérez López, J. (2016). Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez Luño, A. (1994). *La seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel S.A.
- Pérez Luño, A. (2000). *La seguridad jurídica, una garantía del derecho y la justicia*. Sevilla.
- Pérez, R. (2019). *Seguridad Jurídica del Sistema de Transferencia de Propiedad Inmueble en el Código Civil*. Lima.
- Rivera, F. (9 de octubre de 2018). La seguridad jurídica y la constitución peruana. *Diario El Peruano* <http://xurl.es/l0z6a>

- Rosas Yataco, J. (2016). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Ediciones Legales.
- Rubio, E. (2012). *La seguridad Jurídica en el ámbito Constitucional*. Lima: S.E.
- Sagüés, N. P. (1997). Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. *Pensamiento Constitucional* 4, 217-232.
- Sala, P. (2011). *La seguridad jurídica y la realización judicial del derecho*. Madrid: Civitas.
- San Martín, C. (2013). *El derecho procesal penal*. Lima: Juristas.
- Sánchez Hernández, H. (2018). Hallazgos neurobiológicos recientes de la pedofilia. *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, 11(21), 38–43. Consultado de <http://xurl.es/48wq3>
- Sánchez Páez, L. D. (2020). Neurociencia e inimputabilidad en el sistema de justicia penal acusatorio. *Revista Mexicana de Ciencias Penales* (3)12, 161-174. <https://bit.ly/3zgKxIq>
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 14, 317-358. Recuperado de <http://www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 004-2004-CC/TC (Tribunal Constitucional 31 de diciembre de 2004).

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 1546-2002-AA/TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 28 de enero de 2003).

Sentencias Tribunal Constitucional, EXP. N.º 2488-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional 18 de marzo de 2004).

Talavera Elguera, P. (2017). *La prueba penal*. Lima: Instituto Pacífico.

Tapia Vivas, G. R. (2020). *La Valoración Judicial de la Prueba*. Lima: Grijley.

Taylor Navas, L. (1999). Evolución Legislativa de los delitos sexuales. *Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Recuperado de: <http://xurl.es/ngbm8>

Terán, M. (2004). *La seguridad Jurídica como valor*. LEX.

Torres, J. (2017). *Principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia del tribunal*. Trujillo.

Vargas Miñan, W. (mayo, 2021). Desafíos de la neurociencia en la atribución de responsabilidad según los artículos 20 y 21 del Código Penal. *Gaceta pena & procesal penal 143*, 65-81.

Vásquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.

Vega Sandoval, J. P. (2019). *Motivación de las sentencias condenatorias en los delitos de robo agravado, resueltos por el Juzgado Penal Colegiado de Tarapoto – Año 2016* (Tesis para obtener el título profesional de: abogado, Universidad Cesar Vallejo), Tarapoto. Recuperado de: <http://xurl.es/1h205>

Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho penal, parte general*. Lima: Grijley.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Metodología
<p>Problema General</p> <p>¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>a. Analizar la garantía de seguridad jurídica en relación con la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual.</p> <p>b. Establecer la necesidad del uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual en el artículo 20 inc. 1 del Código Penal.</p> <p>c. Identificar los alcances positivos del uso de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual para el control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.</p> <p>d. Proponer la incorporación de la prueba pericial de manera obligatoria en los delitos contra la libertad sexual.</p>	<p>Hipótesis</p> <p>Los principales fundamentos jurídicos que justifican la incorporación de la prueba pericial derivada de la neurociencia en los delitos contra la libertad sexual son que permitirá:</p> <p>a) Garantizar la seguridad jurídica,</p> <p>b) Atribución idónea del artículo 20 inc. 1 del Código Penal</p> <p>c) Permitir el control endoprocésal en la valoración de la prueba personal por el órgano superior.</p>	<p>No aplica</p>	<p>Tipo de Investigación:</p> <p>Básica. Explicativa-Propositiva Diseño de investigación que se aplicó es el no experimental.</p> <p>Métodos de Investigación:</p> <p>Análisis y Síntesis, Deductivo Método Exegético, Teleológico – valorativo, Dogmático Funcional,</p> <p>Técnicas para la recolección de la información:</p> <p>Fichaje, observación documental</p> <p>Unidad de análisis:</p> <p>- Expedientes. - Fiscales de la provincia de Cajamarca.</p>