



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 411-430

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i22.783

La abstención de la víctima-familia para rendir testimonio en el juzgamiento

The refusal of the victim's family to testify in the trial

Abstenção da família da vítima de testemunhar no julgamento

JOHN FRANCK HUERTA MOLINA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: johnfranckhuertamolina@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3062-0046>

RESUMEN

La importancia de la declaración de la víctima en el proceso penal peruano tiene tal envergadura que ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia del Perú. El Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116 instituyó que la declaración de la víctima debe pasar por un filtro —indicadores de veracidad— para ser considerada una prueba válida de cargo y suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado. Se tiene que el Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CJ-116 reitera que en la declaración de la víctima en los delitos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar se deben aplicar los indicadores de veracidad, ello luego ha sido legalizado en el Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP, de fecha 27 de julio de 2016. Por otro lado, el derecho de abstención del testigo familiar del acusado es un precepto legal y tiene raíces constitucionales; sin embargo, en muchos casos ese familiar

llamado a juicio oral para testificar se trata de la propia víctima. Entonces, cabe preguntarse si es admisible que dicho testigo-víctima se abstenga de declarar. La temática abordada contiene una impresión de problemática procesal penal, empero, existe un trasfondo más delicado, esto es, la finalidad del derecho procesal penal. Las reflexiones que se edificaron fueron a partir de un pragmatismo judicial que pretende viabilizar la búsqueda de la verdad y, por ende, el acercamiento de la justicia.

Palabras clave: abstención; víctima; testimonio; juzgamiento; acusado.

Términos de indización: procedimiento legal; familia; aplicación de la ley (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The importance of the victim's testimony in the Peruvian criminal process is so significant that it has been addressed by the Supreme Court of Justice of Peru. Plenary Agreement No. 2-2005/CJ-116 established that the victim's testimony must pass through a filter—truthfulness indicators—to be considered valid evidence capable of undermining the presumption of innocence of the defendant. Plenary Agreement No. 5-2016/CJ-116 reiterates that in cases of violence against women and family members, the truthfulness indicators must be applied to the victim's testimony. This has subsequently been legalized in the Regulations of Law No. 30364, Law to Prevent, Punish, and Eradicate Violence against Women and Family Members, Supreme Decree No. 009-2016-MIMP, dated July 27, 2016. On the other hand, the right of refusal of the defendant's family witness is a legal provision with constitutional roots; however, in many cases, that family member called to testify in the oral trial is the victim themselves. Thus, it raises the question of whether it is permissible for such a witness-victim to abstain from testifying. The issues discussed contain a sense of procedural criminal problematic; however, there is a more delicate underlying issue, which is the purpose of criminal procedural law. The reflections developed were based on judicial pragmatism that aims to facilitate the pursuit of truth and, therefore, the approach to justice.

Key words: refusal; victim; testimony; trial; defendant.

Indexing terms: legal procedure; family; law enforcement (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A importância da declaração da vítima nos processos criminais peruanos é tão grande que foi objeto de uma decisão da Suprema Corte de Justiça do Peru. O Acordo Plenário nº 2-2005/CJ-116 instituiu que a declaração da vítima deve passar por um filtro - indicadores de veracidade - para ser considerada prova válida de acusação e suficiente para derrubar a presunção de inocência do acusado. O Acordo Plenário nº 5-2016/CJ-116 reitera que os indicadores de veracidade devem ser aplicados à declaração da vítima em crimes de violência contra a mulher e membros do grupo familiar, o que foi legalizado no Regulamento da Lei nº 30364, Lei para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e membros do grupo familiar, Decreto Supremo nº 009-2016-MIMP, de 27 de julho de 2016. Por outro lado, o direito de abstenção da testemunha que é parente do acusado é um preceito legal e tem raízes constitucionais; entretanto, em muitos casos, o parente chamado a julgamento no tribunal é a própria vítima. Surge então a questão de saber se é admissível que essa testemunha-vítima se abstenha de depor. O assunto deste documento contém uma impressão de problemas processuais penais, mas há um pano de fundo mais delicado, ou seja, o objetivo do direito processual penal. As reflexões construídas foram baseadas em um pragmatismo judicial que busca viabilizar a busca da verdade e, portanto, a abordagem da justiça.

Palavras-chave: abstenção; vítima; testemunho; julgar; acusado.

Termos de indexação: procedimento legal; família; aplicação da lei (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 4/6/2023

Revisado: 28/6/2023

Aceptado: 24/7/2024

Publicado en línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

En la fase de examen de testigos de la actuación probatoria, el juez por precepto legal tiene la obligación de instruir a todo testigo sobre sus derechos y sus deberes; en esa parte instructiva se le pregunta al testigo su relación con el acusado, y si fuera de familiaridad hasta el cuarto grado de consanguinidad o segunda de afinidad, se le hace saber que le asiste el derecho a abstenerse de declarar, conforme lo reza el numeral 1 del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal.

Sin embargo, ¿qué ocurre si el testigo es un agraviado y tiene familiaridad con el acusado? ¿Se puede abstener a pesar de que en muchos casos fue la persona quien denunció el hecho criminal? ¿Corresponde su abstención pese a que la declaración de la víctima es una prueba relevante para la dilucidación del proceso penal? ¿Cabe la introducción de su declaración documental y su oralización en juicio oral no obstante su abstención? Considero que existen dos decisiones y que en efecto tendrá consecuencias en el resultado del caso.

La primera es aceptar la abstención del testigo víctima familiar y, en consecuencia, prescindir de su versión. La segunda es obviar la pregunta acerca de la familiaridad con el acusado y, en consecuencia, proseguir con el interrogatorio. El primer supuesto producirá indefectiblemente una debilidad probatoria en la acusación fiscal (aunque el órgano de prueba fue debidamente admitido en el auto de enjuiciamiento), máxime si se trata de la declaración de la víctima, sobre la cual en los delitos de violencia contra la mujer suele ser el único testigo y, por ende, se convierte en un medio de prueba relevante, pues los demás medios probatorios buscan corroborar su versión. Es relevante también porque ese relato fáctico de la parte agraviada es plasmado secuencialmente (precedentes, concomitantes y posteriores) en los hechos materia de imputación y, por tanto, es objeto de prueba del proceso penal.

El segundo supuesto es no preguntar a la víctima respecto al grado de familiaridad con el acusado, esto podría entenderse como una afrenta a lo regulado en el artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal y por ende la ilegalidad del interrogatorio, lo que supondría su no valoración para la emisión de la sentencia. Empero, esta opción tiene un fundamento

legal, el artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal exige que la parte agraviada declare. En ese contexto, cabe desarrollar cada postura y decantarse por una que tenga una solución de fondo y no sustentada en juegos de palabras y formalismos.

2. EL DERECHO DE ABSTENCIÓN A DECLARAR

El derecho de abstención a declarar es el que faculta a toda persona, por sus condiciones y relaciones especiales con el imputado, a no declarar respecto a lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.

Este derecho de abstención ha sido facultado a las personas que guardan un vínculo de familiaridad con el imputado, lo cual tiene un fundamento legal en el artículo 165.1 del Nuevo Código Procesal Penal, que establece:

Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.

También tiene sustento constitucional, pues el artículo 4 de la Constitución Política del Perú señala:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia** [énfasis añadido] y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Incluso cuenta con el sustento convencional que el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos instituye:

«Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, **en la de su familia** [énfasis añadido], en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

En ese contexto, el derecho de abstención no es un derecho constitucional explícito; sin embargo, su interpretación debe ser amplia y, por ende, se puede afirmar que sí tiene raíces constitucionales porque el Estado busca la protección de la familia, lo que implica actos de conservación y cohesión familiar. Desde este punto de vista, el derecho procesal penal al regular el derecho de abstención sigue la finalidad de conservación y cohesión de la unidad familiar.

Sin perjuicio de lo señalado, debe advertirse que en ciertas ocasiones en el proceso penal se encuentra una tensión entre dos polos opuestos, por así decirlo:

Por un lado, se encuentra el Estado de Derecho que debe garantizarle al ciudadano el descubrimiento de la «verdad de lo acontecido en los hechos» y, por el otro, el ámbito de lo privado donde el ciudadano debe vivir libre de injerencias arbitrarias para lo cual debe gozar de la garantía de resguardar y consolidar sus lazos familiares. (Conci y Salazar, 2022, p. 4)

3. LA RELEVANCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

La importancia de la declaración de la víctima en el proceso penal es notable, por su regulación legal y por los parámetros legales y jurisprudenciales para su valoración judicial.

Tenemos que la declaración del agraviado es un deber y así lo establece el artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal: «La intervención del agraviado como actor civil **no lo exime del deber** [énfasis añadido] de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral».

Los criterios para la valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal se encuentran regulados en el artículo 12 del Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP:

12.1. En la valoración de la declaración de la víctima, los operadores y operadoras de justicia, especialmente deben observar:

- a. La posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación.
- b. La importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.

12.2. Asimismo, deben observar los criterios establecidos en los Acuerdos Plenarios aprobados por la Corte Suprema de Justicia de la República. (Decreto Supremo n.º 004-2019-MIMP)

Los criterios a los cuales hace alusión el precitado artículo se encuentran señalados en los siguientes acuerdos plenarios:

- El Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116, sobre requisitos de la sindicación de un agraviado, en el cual se señala que esta sindicación tiene la entidad para ser considerada como prueba válida de cargo y por tanto la capacidad procesal para enervar la presunción de inocencia del acusado, siempre y cuando se cumplan las garantías de certeza: (i) ausencia de incredibilidad subjetiva, (ii) persistencia en la incriminación y (iii) verosimilitud.
- El Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CJ-116, sobre delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ámbito procesal: Ley n.º 30364. En el fundamento 15 de este acuerdo plenario se reiteran los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116, para valorar la declaración de la víctima.

- El Acuerdo Plenario n.º 1-2011, sobre apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. En este no solo se desarrollan parámetros para la valoración de la prueba en los delitos sexuales, sino también la declaración de la víctima e incluye aspectos procesales como la retractación de la víctima, que se encuentra instaurada en el fundamento 24 del acuerdo plenario. Por otro lado, en el fundamento 26, la Corte Suprema da pautas para validar la retractación de la víctima:
 - a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea —en los términos expuestos— que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado —venganza u odio— y la acción de denunciar falsamente [...], d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar.

González (2021) señala que

[la] prioridad que se reconoce a la víctima y a su declaración como fuente de prueba encuentra su razón de ser en motivos esencialmente procesales, sobre todo relacionados con el hecho incuestionable de que con frecuencia la propia víctima es, a su vez, el único testigo de los hechos. (p. 337)

En ese contexto, se puede entrever que ese desarrollo legal y jurisprudencial de la declaración de la víctima no hace más que revelar su importancia como prueba en el descubrimiento de la verdad histórica en el proceso penal, por lo que su actuación o prescindencia incidirá

indefectiblemente en la resolución del caso. Por otro lado, se entiende que las motivaciones de la parte agraviada para acudir al proceso penal son alcanzar justicia, probar su verdad y restaurar la lesión ocasionada por el delito.

4. LA ABSTENCIÓN DE LA VÍCTIMA PARA TESTIFICAR

La problemática judicial se encuadra en adoptar una posición respecto a si proteger la unidad familiar es un límite a la libertad probatoria en el proceso penal, al plantear si es que al testigo-víctima familia del imputado le asiste el derecho de abstención para testificar. De manera que se hace necesario adoptar una interpretación de la protección familiar como principio constitucional en su vertiente procesal penal respecto a la abstención del testigo víctima-familia, al darle un contenido práctico y no abstracto.

Considerando que el artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal no especifica si la abstención por vínculo de familiaridad abarca también a la víctima, dado que es genérico, debe realizarse una interpretación sistemática con el artículo 96 del mismo cuerpo normativo, que es más específico y señala que el agraviado tiene el deber de declarar.

En ese sentido, existe una disposición legal específica y taxativa para dilucidar el tema en cuestión, pero también es importante analizar si ese deber legal trastoca el derecho de abstención del testigo víctima-familia del acusado que se fundamenta en un precepto constitucional, esto es, la protección de la familia.

Al respecto, si partimos desde la premisa del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal, que tiene su fundamento constitucional en la protección familiar, es decir, el pariente se abstiene de declarar para evitar un quebrantamiento en la unidad familiar. Empero, se debe tener en cuenta que fue el propio imputado quien con su conducta afectó dicha relación y es por ello que la víctima denunció en su debido momento, o sea, la cohesión familiar que se trata de proteger legalmente con la abstención ya se encuentra resquebrajada. Por ello es un contrasentido advertir al testigo víctima-familia del imputado que puede abstenerse de declarar, máxime si fue esta parte quien denunció el hecho, y quien

en muchos casos declaró de manera indagatoria y en otros incluso se practicó su entrevista en cámara Gesell.

En esa misma posición, San Martín (2020) señala que

la abstención no rige cuando el delito aparece ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado, o cuando el emplazado fue quien denunció el delito. (p. 789)

Lo que se desea poner en relieve es que la víctima acudió al Estado para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva por la transgresión de sus derechos y/o intereses; y el Estado, que se encuentra obligado no solo por el principio de legalidad, sino además por sus compromisos internacionales para administrar justicia, moviliza todo el aparato estatal, que comprende a la autoridad policial, fiscal y judicial con el fin de velar por el derecho a la verdad de la víctima y así lograr una justicia restaurativa.

Por tal motivo, el hecho de que el fiscal, el juez en prueba anticipada o el juez en juicio oral, no realice la pregunta de abstención del testigo víctima-familia en una declaración documental no implica que se comete una ilegalidad y en consecuencia se genere una prueba ilícita. Ello en tanto existe un fundamento legal para no hacerlo y también una explicación constitucional, es decir, que ya no hay cohesión familiar que deba protegerse, pues esta ya fue resquebrajada.

En consecuencia, la solución práctica es que el juez no pregunte al testigo víctima-familia si se va a abstener de declarar, pues es un deber específico que se le ha impuesto al agraviado, y si alguna parte procesal objeta dicha omisión, el juez podrá sustentar su decisión con base en los fundamentos ya expuestos. Asimismo, el juez podrá conminar al testigo víctima-familia del imputado para que declare en juicio oral conforme a su deber establecido en el artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal y podrá señalarle que será pasible de ser denunciado por el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, tipificado en el artículo 371 del Código Penal.

Por otro lado, si el juez decidió (equivocadamente) realizar la pregunta de abstención, la experiencia judicial deja entrever que la

víctima por diversos motivos opta por abstenerse de testificar. Esta decisión de la víctima nos lleva a analizar otra problemática: si el testigo víctima manifiesta su voluntad de no declarar, ¿devienen en inutilizables sus declaraciones previas? Esto acarrea argumentaciones contrapuestas.

La primera es aceptar que la voluntad del testigo es no dar una versión inculpativa contra el acusado y, por consiguiente, se debe respetar su derecho de abstención de manera absoluta, por lo que no cabría incluso la lectura de la declaración previa en juicio oral. Además, la lectura de la declaración previa también supondría que se trata de una irregularidad procesal que contraviene el derecho de defensa del acusado, ya que se está ante una prueba contraria a sus intereses y que no podrá ejercer su derecho de interrogar, desacreditar y confrontar al testigo en el juicio oral y contradictorio.

Gudín (2009) denunció que el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Supremo propiciaban

el exacerbado valor de la dispensa al reconocerle efectos también en el caso de su ejercicio en el juicio oral e impedían la posibilidad de incorporar a través de otras vías procesales las declaraciones que prestó el pariente-víctima en la fase preparatoria o de instrucción cuando no hizo uso de su facultad de dispensa. (p. 8)

La segunda es tratar de subsanar el error e introducir su declaración previa ante el fiscal (con el debido emplazamiento al abogado defensor), dicha oralización deberá ser justificada e incluso podría sustentarse realizando un test de proporcionalidad entre el derecho a probar y el derecho a la abstención. Esto debido a que no existe obstáculo en dar lectura a una declaración previa que se ha realizado con todas las garantías materiales y procesales, sobre todo si en dicha declaración documental se emplazó y/o participó la defensa técnica del acusado, en razón de que el derecho de defensa es fundamental. Más aún, ¿cómo podría asumirse que la víctima se encuentre en la potestad de mutilar toda actuación o versión suya que fue debidamente recabada? ¿Acaso el proceso penal está a la merced del agraviado por un cambio de decisión de proseguir con su imputación? Ante ello, debe entenderse que uno de los fines del

proceso penal es la tutela de la víctima, que se alcanza con la búsqueda del derecho a la verdad y la restauración de sus derechos transgredidos a causa del delito, pero también cumple finalidades más grandes, como alcanzar justicia y paz jurídica, proteger los intereses de la sociedad, sus valores; en buena cuenta, los bienes jurídicos relevantes y necesarios para una adecuada convivencia. En esa línea de ideas, sería inadmisibles conceder a la víctima la potestad de declarar ineficaz e inutilizable su declaración previa por su abstención a testificar y peor aún que ello sea avalado por el juez.

Haciendo un interludio jurídico con el tema de la verdad, Taruffo (2008) sostiene:

la verdad que puede ser alcanzada dentro de este contexto se define como formal o convencional y se concibe, por varias razones, como una verdad bastante diferente de la no judicial o extrajudicial: porque los procesos judiciales constituyen un contexto muy especial; porque las partes y el juez no pueden valerse de cualquier medio posible para buscar la verdad (ya que este ámbito está regido por muchas reglas acerca de la admisibilidad y la pretensión de la prueba). (p. 24)

Con cierta razón Ferrajoli (2000) señala que no se puede hablar de una verdad en el proceso o verdad procesal, ni siquiera en un sentido aproximado ante la falta de garantías penales y procesales. En efecto, el juez que admite la abstención de la testimonial de la víctima, por desidia, por tener una concepción legalista o por ser un garantista extremista en favor del acusado, deja entrever su falta de compromiso y ejecución de las garantías procesales que le exige un Estado constitucional de derecho, así como su falta de capacidad de visión en las consecuencias procesales que acarrea esa decisión y que obviamente decaerá en una «sentencia injusta» que no se aproximará ni siquiera a una verdad procesal.

Lo relevante en el juzgamiento es evaluar todo el caudal probatorio y ser exhaustivo, ello dará como resultado una sentencia debidamente motivada: no pueden desdeñarse los medios probatorios con meras argumentaciones basadas en interpretaciones sesgadas de la norma para dejar

de lado la actuación de medios probatorios y, sobre todo, tan relevantes y especiales como la declaración de la víctima.

En este punto, cabe mencionar que el derecho español ha tenido una solución legislativa, el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece:

Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:
 - 1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
 - 2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
 - 3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.
 - 4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
 - 5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

En esa misma línea, el Tribunal Supremo Español en el fundamento 11 del Recurso n.º 2428/2018 se pronuncia respecto a la dispensa de la víctima:

Ya en la STS 449/2015, de 14 de julio, expresamos que no pueden mantenerse sucesivos estatus de la víctima a su voluntad, y si ciertamente la víctima renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al plenario como testigo/víctima, en la medida que con anterioridad había ejercido la acusación particular, ya no era obligatorio instruirle de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro estatus, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

En ese contexto, el derecho español también entra en razón legislativa y jurisprudencialmente respecto a la abstención de la víctima y se podría asimilar su posición al momento de dilucidar la problemática procesal que aún subsiste en el caso peruano.

Se debe puntualizar que esta problemática no ocurriría si la fiscalía tuviera una mejor estrategia investigativa para recabar la declaración de la víctima, pues a pesar de que ya existían recomendaciones jurisprudenciales sobre la toma de declaración de la víctima cuando se trate de delitos de violencia contra la mujer, la Corte Suprema en el fundamento 38 del Acuerdo Plenario n.º 1-2011, del 6 de diciembre de 2011, ya lo señalaba, esto es, que la declaración de la víctima debería realizarse mediante prueba anticipada. Ello conforme al deber de debida diligencia en su vertiente de no revictimización. Asimismo, esta recomendación se volvió una exigencia según el artículo 242 del Código Procesal Penal, modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley n.º 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015.

Respecto a la revictimización, Subijana (2018) sostiene que ello implica someter a la víctima a una experiencia adicional de daño o

sufrimiento como resultado de su participación en la investigación policial y el proceso judicial posterior al delito inicial. En otras palabras, la víctima sufre una segunda vez debido a la forma en que se maneja su caso en la investigación y en el juicio.

El deber de diligencia respecto a la revictimización ha sido materia de convenios y de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), verbigracia, el artículo 56.1 de la Convención de Estambul señala que los Estados deben evitar los riesgos de una nueva victimización; asimismo, el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará establece la debida diligencia reforzada para evitar una situación de revictimización. Hay que recordar que la Corte IDH, en el caso *V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua*, en el fundamento 163 indicó que

si se estima que la participación de la niña, niño o adolescente es necesaria y puede contribuir con la recolección de material probatorio, deberá evitarse en todo momento la revictimización y se limitará a las diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción de aquellos con su agresor en las diligencias que se ordenen.

De igual forma, en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, en el fundamento 201 se señaló que se debe hacer lo posible por que los niños y las niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar la revictimización o un impacto traumático en ellos.

Por otro lado, se debe precisar que el artículo 19 de la Ley n.º 30364 no ofrece una solución para la toma de la declaración de la víctima, puesto que le brinda la discrecionalidad al fiscal cuando se trata de una víctima mayor de edad y la realidad es que en el gran caudal de procesos penales de delitos de violencia familiar lo común es que la agraviada sea excónyuge, cónyuge, conviviente o exconviviente, es decir, personas mayores de edad, y que en su generalidad la fiscalía sigue optando por el ofrecimiento de su declaración en el juicio oral y no mediante prueba anticipada.

Por ello considero que es inexcusable que la fiscalía aún se espere en que la víctima-familia del acusado concurra al juzgamiento y

reproduzca su imputación en los mismos términos en que denunció, pues en algunos casos ha olvidado ciertos pasajes y en otros puede cambiar a una versión absolutoria. Con ello se merma el deber de diligencia, al revictimizar a la parte agraviada años después del suceso, ya que debe tenerse en consideración que, con suerte, el proceso penal llega a la etapa de juzgamiento en un tiempo aproximado de un año a más.

Finalmente, la mirada del operador de justicia para recabar la testimonial de la víctima, sobre todo en los delitos de violencia contra la mujer: (i) debe ser cautelosa, esto es, proceder bajo los parámetros que exige la ley (artículo 242 del Nuevo Código Procesal Penal), y si no fuera así, hacerla concurrir a juicio oral y tratar de obtener de manera imparcial su versión de los hechos; (ii) debe ser juiciosa para no desechar la versión de la víctima de manera ligera, como es el caso de la figura de la abstención; su testimonial debe darse así esta haya concurrido con una versión absolutoria, pues lo relevante será analizar ambas versiones (incriminadora y exculpatoria) y verificar cuál tiene más corroboración periférica; (iii) debe asumirse un enfoque de derechos humanos, puesto que al momento de resolverse alguna incidencia respecto a su testimonio, la motivación para decidir tendrá en cuenta la situación de vulnerabilidad de la víctima. En ese sentido, el operador de justicia debe entender que el cambio de versión suele ocurrir en juicio oral, ya sea por presión familiar; porque el agresor sigue sometiendo a la víctima basándose en una relación de confianza, responsabilidad o poder; bien porque la víctima normaliza las agresiones y las interioriza como algo usual; o por creencias comunes, como la falta de confianza en el sistema de justicia.

En suma, no puede admitirse la abstención de la víctima-familia del acusado en juicio oral, puesto que incide de manera cualitativa respecto al caudal probatorio que debe actuarse en el juzgamiento y, por ende, atañe a la valoración de la prueba penal. Además, puede afirmarse de manera enérgica que la víctima, con dicha decisión, y apañada por el juez, degenera el fin del proceso penal porque lo trata como un instrumento lúdico.

5. CONCLUSIONES

- El derecho de abstención del testigo familia del acusado tiene base legal y constitucional, que tanto la autoridad fiscal como la judicial deben respetar; obviar dicha advertencia para que declare convertiría su declaración en una prueba ilícita. Sin embargo, se exceptúa cuando el testigo familia también es el agraviado, ello conforme al artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal, que impone el deber del agraviado a testificar e incluso se le podría conminar advirtiéndosele que su conducta podría tipificarse en el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia.
- La lógica de que declare el agraviado a pesar de que con el imputado tiene una relación de familiaridad, dentro de los alcances del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal, se sustenta en que ya no existe la unidad familiar, es decir, el fundamento de protección u cohesión familiar está vacío, pues fue el acusado quien con su conducta causó un resquebrajamiento en la relación familiar. Considerando esto, asumir que la víctima-familia tiene el derecho de abstención solo se basaría en un contenido abstracto mas no real.
- Si fuera el caso (lamentable) en que el juez preguntó y aceptó la abstención al testigo víctima, entonces cabe la posible solución de oralizar su declaración previa en juicio oral, realizando un test de proporcionalidad entre el derecho a probar y el derecho a la abstención. No introducir la declaración previa luego de haber desechado al órgano de prueba sería un obstáculo para llegar a la «verdad probada». No se puede aceptar la afirmación de que al haberse abstenido de declarar la víctima-familia del acusado tenga como consecuencia la ineficacia de sus declaraciones previas, ello haría concluir que el testigo decide que no se actúe la declaración previa que proporcionó a nivel preliminar con todas las garantías de ley.
- La aceptación del derecho de abstención a testificar del agraviado familia del acusado y luego la prohibición de dar lectura a la declaración previa supondría un desmedro en la actividad probatoria. La mutilación de una prueba personal tan relevante como la declaración de la víctima implicaría un debilitamiento en la acreditación de los

hechos materia de imputación; no se puede afirmar tajantemente que conllevaría a una sentencia absolutoria, puesto que cada medio probatorio actuado en juicio oral, sea pericial, testimonial o documental tiene un aporte probatorio, luego en su valoración individual y conjunta supondrá una conclusión de acuerdo con lo que haya contribuido cada prueba al proceso penal.

- Esta problemática puede ser solucionada con una actuación fiscal diligente, tomando las declaraciones a las víctimas en cámara Gesell mediante prueba anticipada (exigencia legal), lo cual llevaría a no ofertar al órgano de prueba como testimonial en juicio oral. Ello no solo importaría el aseguramiento de su versión, sino también actuaría en fiel cumplimiento de los estándares internacionales mínimos respecto del tratamiento de la víctima, es decir, su no revictimización (secundaria).

REFERENCIAS

- Conci, M. P. y Salazar L. J. (2022). Facultad de abstención a declarar en el proceso penal. Análisis del artículo 220 del Código Procesal Penal de Córdoba en relación con el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Pensamiento Penal*, (215), 1-9. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/doctrina89918.pdf>
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (4.^a ed.). Trotta.
- González, J. J. (2021). La reforma de las agresiones sexuales. *Diario La Ley*, (9790).
- Gudín, F. (2009). El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (769), 1-8.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.^a ed.). Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales; Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Penales.

Subijana, I. (2018). La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales. En G. Varona (coord.), *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 367-389). Thomson Reuters Aranzadi.

Taruffo, M. (2008). *La prueba* (J. Ferrer, trad.). Marcial Pons.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (30 de septiembre de 2005).

Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (6 de diciembre de 2011).

Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CIJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (12 de junio de 2017).

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (18 de julio de 1978).

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (11 de mayo de 2011).

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. *Diario Oficial El Peruano* (27 de julio de 2016).

Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP. Decreto Supremo n.º 004-2019-MIMP. *Diario Oficial El Peruano* (7 de marzo de 2019).

Ley n.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. *Diario Oficial El Peruano* (23 de noviembre de 2015).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid* (17 de septiembre de 1882).

STS n.º 389/2020 (10 de julio de 2020). Rec. 2428/2018.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

El autor agradece a los colaboradores de la *Revista Oficial del Poder Judicial* por la atención que fue prestada en forma afable y constante.

Biografía del autor

John Franck Huerta Molina es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, maestro en Derecho Penal y Procesal Penal y doctor en Derecho por la Universidad César Vallejo. Actualmente es juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Mariscal Cáceres-Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Es autor de artículos de investigación en temas de derecho penal y procesal penal.

Correspondencia

johnfranckhuertamolina@gmail.com