

*Análisis de los Criterios Jurídicos
en la Evaluación de la Prueba
Testimonial en Casos de
Violación Sexual: Estudio de la
Sede Judicial de Huancabamba
(2011-2013)*

*Edgar Leonel Benites Jiménez, Ramón Joel Benites
Jiménez, Karin Jamil Benites Jimenez, Raúl Othiel
Benites Jiménez, Iris Melva Ambulay Piñin*

**Análisis de los Criterios Jurídicos en la
Evaluación de la Prueba Testimonial en Casos de
Violación Sexual: Estudio de la Sede Judicial de
Huancabamba (2011-2013)**

Editor



Análisis de los Criterios Jurídicos en la Evaluación de la Prueba Testimonial en Casos de Violación Sexual: Estudio de la Sede Judicial de Huancabamba (2011-2013)

Edgar Leonel Benites Jiménez, Ramón Joel Benites Jiménez, Karin Jamil Benites Jimenez, Raúl Othiel Benites Jiménez, Iris Melva Ambulay Piñin

Editado por

CENTRO DE INVESTIGACIÓN & PRODUCCIÓN CIENTÍFICA
IDEOS E.I.R.L

Dirección: Calle Teruel 292, Miraflores, Lima, Perú.

RUC: 20606452153

Primera edición digital, Abril 2024

Libro electrónico disponible en www.tecnohumanismo.online

ISBN: 978-612-49651-0-4

Registro de Depósito legal N°: 202404098



DEDICATORIA

A DIOS: por brindarme la sabiduría, el entendimiento y la fortaleza para alcanzar la meta propuesta, por estar siempre a mi lado y ser la luz en mi camino.

A LA VIRGEN MARIA: por su bondad infinita y su intercesión constante hacia Jesús.

A MI MADRE: María Jiménez Forero, por su amor, dedicación y por su apoyo incondicional

A MI ESPOSA E HIJAS: Iris Melva, María Esther y María Fátima, por su amor, su apoyo y por ser las razones que hacen que mis esfuerzos se conviertan en ejemplo de superación

A MIS HERMANOS: Karin Jamil, Ramón Joel y Raúl Othiel, por su cariño y apoyo constante.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a todos mis profesores de la Maestría en Derecho Penal, por sus conocimientos impartidos que de una u otra forma han direccionado mi actitud respecto al derecho penal.

Mi sincero agradecimiento a mi patrocinador de la tesis Dr. Manuel Enemecio Castillo Venegas, por su apoyo en la elaboración de la tesis.

A mi jurado de tesis Dr Florentino Alberto Calle Enrriquez, Dr. Juan Wilder Cebrian Barzola y Dr. Santiago Herrera Navarro Por su apoyo en la corrección y mejoras efectuadas en la elaboración del presente trabajo de investigación.

Mi eterna gratitud a mi familia, en especial a mi madre María Jiménez Forero, a mi esposa Iris Melva, a mis hijas, María Esther y María Fátima; a mis hermanos Ramón Joel y Raúl Othiel y a mi hermana Karin Jamil; por su apoyo incondicional y apoyo moral.

Gracias infinitas a todos, los que de una u otra forma me han apoyado en la presente tesis, que Dios los bendiga.

RESUMEN

Este libro constituye una exhaustiva exploración de la valoración de la prueba en los casos de violación sexual, especialmente en aquellos que afectan a menores de edad, un tema de suma sensibilidad y relevancia en el ámbito jurídico contemporáneo. A lo largo de sus páginas, se aborda detalladamente cómo se aplican los principios fundamentales de la justicia, como el principio de libre valoración, en las decisiones judiciales, equilibrando la necesidad de proteger los derechos de los menores con el respeto a la presunción de inocencia del acusado. Se destaca la importancia crucial de la sana crítica razonada como herramienta esencial para una evaluación objetiva y fundamentada de la prueba, procurando así evitar cualquier forma de arbitrariedad en las sentencias emitidas por los tribunales.

Una parte central de este análisis se centra en examinar los criterios y juicios de valor utilizados por los jueces en los casos de violación sexual en la Provincia de Huancabamba. Esta investigación se lleva a cabo con el objetivo de enriquecer el debate académico y jurídico sobre este tema tan delicado y de gran trascendencia social. A través de un estudio detallado de las decisiones judiciales y un análisis crítico de los mismos, se busca arrojar luz sobre los desafíos específicos que enfrentan los operadores del derecho al enfrentarse a casos de violencia sexual, particularmente en contextos donde las costumbres y tradiciones locales pueden influir en el proceso judicial.

En última instancia, este libro aspira a contribuir significativamente a la comprensión y abordaje de los delitos de violación sexual, especialmente en lo que respecta a su evaluación y tratamiento en el sistema judicial. Al examinar de cerca las prácticas y decisiones judiciales en la Provincia de Huancabamba durante los años específicos de estudio, se busca no solo identificar posibles áreas de mejora en el proceso judicial, sino también promover la protección efectiva de los derechos de las víctimas y la aplicación justa y equitativa de la ley.

Palabras clave: Valoración de la prueba, Delitos de violación sexual, Menores de edad, Principio de libre valoración, Presunción de inocencia, Sana crítica razonada, Arbitrariedad judicial, Criterios judiciales, Provincia de Huancabamba, Investigación de campo

ABSTRACT

This book constitutes a thorough exploration of the evaluation of evidence in cases of sexual assault, especially those involving minors, a topic of utmost sensitivity and relevance in contemporary legal discourse. Throughout its pages, it meticulously addresses how the fundamental principles of justice, such as the principle of free evaluation, are applied in judicial decisions, balancing the need to protect the rights of minors with respect for the presumption of innocence of the accused. The crucial importance of reasoned critical analysis is highlighted as an essential tool for an objective and well-founded evaluation of evidence, thus seeking to avoid any form of arbitrariness in the judgments issued by the courts.

A central part of this analysis focuses on examining the criteria and value judgments used by judges in cases of sexual assault in the Province of Huancabamba. This research is conducted with the aim of enriching the academic and legal debate on this delicate and socially significant topic. Through a detailed study of judicial decisions and a critical analysis thereof, it seeks to shed light on the specific challenges faced by legal practitioners when dealing with cases of sexual violence, particularly in contexts where local customs and traditions may influence the judicial process.

Ultimately, this book aims to make a significant contribution to the understanding and addressing of sexual assault offenses, especially regarding their evaluation and treatment within the judicial system. By closely examining judicial practices and decisions in the Province of Huancabamba during the specific years under study, it seeks not only to identify possible areas for improvement in the judicial process but also to promote the effective protection of victims' rights and the fair and equitable application of the law.

Keywords: Evidence evaluation, Sexual assault offenses, Minors, Principle of free evaluation, Presumption of innocence, Reasoned critical analysis, Judicial arbitrariness, Judicial criteria, Province of Huancabamba, Field research

ÍNDICE DE CONTENIDO

CAPITULO I.- INTRODUCCION

1. INTRODUCCION	14
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	16
1.2.1 Formulación de los problemas específicos.....	17
1.2.2 Delimitación del Problema científica.....	17
1.3. OBJETIVOS.....	17
1.3.1 Objetivo general	17
1.3.2 Objetivos específicos.....	17
1.4. JUSTIFICACIÓN	18
1.5. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1.6. HIPÓTESIS.....	19
1.7. VARIABLES.....	19
1.7.1 Variable dependiente	19
1.7.2 Variables independientes	19

CAPITULO II. MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	21
2.1.1 Antecedentes a nivel internacional	21
2.1.2 Antecedentes a nivel nacional	22
2.2 MARCO TEÓRICO - DOCTRINAL	24
2.2.1 La prueba	24
2.2.1.1 Concepto de la prueba	24
2.2.1.2 Los principios de la prueba	29
• Principio de oficialidad	29
• Principio de legitimidad	29
• Principio de libertad probatoria	30
• Principio de pertinencia	30
• Principio de conducencia y utilidad	30
• Principio de comunidad	31

2.2.1.3 la prueba en el proceso penal	31
A. Concepto.	31
B. La prueba en el Proceso Penal Peruano	31
2.2.1.4 La valoración de la prueba	35
2.2.1.5 Oportunidad para la valoración de la prueba	40
2.2.1.6 Sistemas de valoración de la prueba	54
A. La prueba legal	54
B. Íntima convicción	55
C. La sana crítica racional o libre convicción	56
D. Criterio de conciencia	56
2.2.1.7 Los medios de prueba	59
A. La prueba testimonial	60
B. La confesión	64
C. La prueba pericial	69
D. La prueba indiciaria	71
E. La prueba documental	79
2.2.2 La pericia médico legal en los delitos de violación sexual en menores.....	81
2.2.2.1. Examen de la agraviada o agraviado	82
A. Interrogatorio	84
B. Inspección.....	84
C. Examen de lesiones.....	84
❖ Examen genital en niñas violadas	85
❖ Examen Genital de mujeres que antes del hecho delictivo no habían sido desfloradas.	85
➤ Diagnóstico de ruptura	86
➤ Diagnóstico diferencial con escotadura congénita	87
➤ Elasticidad del Orificio	87
❖ Examen genital de mujeres que antes del hecho delictivo, ya habían sido desfloradas.	88
❖ Examen médico legal de la vía anal	88
➤ Aspectos de los pliegues radiados	88

➤ Tonicidad del esfínter anal	88
➤ Diagnóstico de ruptura	89
❖ Examen médico legal del área paragenital	91
❖ Examen médico legal del área extragenital	91
D. Muestras para laboratorio	91
❖ Establecer penetración del pene del agresor	91
❖ Establecer grupos sanguíneos de víctima y agresor	91
❖ Establecer la administración de tóxicos a la víctima	92
❖ Establecer las enfermedades de transmisión sexual preexistentes en la víctima y embarazo preexistente a la agresión	92
❖ Determinar la presencia de fibras y pelos para identificar el lugar del hecho y el agresor	92
E. La pericia psicológica	93
2.2.2.2. Examen del agresor	94
❖ Examen físico	95
a. Signos generales	95
b. Signos especiales	95
c. Examen médico legal del área genital	95
❖ Muestras para laboratorio	95
❖ Pericia psiquiátrica	96
❖ Examen de la escena del delito	98
2.2.3. Delitos contra la libertad sexual	99
2.2.3.1. Libertad e indemnidad sexual	99
❖ Tipos penales	103
a) Violación Sexual	104
b) Violación de Persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir	107
c) Violación de persona en incapacidad de resistencia	108
d) Violación de Menor de catorce años de edad	109
e) Violación de personas bajo autoridad o vigilancia	110
f) Seducción	110
g) Actos contra el pudor	111

h)	Actos contra el pudor en menores	112
i)	Violación seguida de muerte	113
2.2.4	La tipificación del delito de violación sexual en las legislaciones europeas y latinoamericanas	114
1.	Códigos penales europeos	114
a)	Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal Español	114
b)	Código Penal Francés	119
c)	Código Penal Italiano	122
d)	Código Penal Alemán	124
2.	Códigos penales latinoamericanos	125
A.	Bienes jurídicos protegidos	127
➤	Libertad Sexual	127
➤	Indemnidad Sexual	127
2.2.5.	Violación sexual de menores en el Perú	128
A.	Concepto de violación sexual de menores	128
B.	Bien jurídico protegido	130
C.	Tipicidad objetiva	131
D.	Tipicidad subjetiva	132
E.	Tentativa y consumación	132
2.2.6.	Marco formal de la valoración de la prueba en los delitos de violación sexual de menores	133
1.	El proceso penal en los delitos de violación sexual de menores	133
A.	Procedimiento penal	134
❖	La declaración preventiva	134
❖	La declaración Preventiva en los delitos sexuales en agravio de niños y adolescentes	136
❖	La declaración de personas vinculadas al imputado	146
❖	La Pericia Médico Legal.	148
2.	La ley 27115 y sus modificaciones al procedimiento penal en los delitos contra la libertad sexual	148
3.	Valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual	150
A.	El principio de la verdad procesal	150

B. El principio de la libre valoración	151
4. La libre valoración y el derecho a la presunción de inocencia	154
A. Valoración	155
B. El principio de solución de la incertidumbre	155
C. El principio indubio pro reo	156
5. Medios de prueba	158
A. Clasificación de los medios de prueba	158
B. El testimonio de la víctima en los delitos contra la libertad sexual – violación de menor	159
C. Versiones circunstanciadas, detallando el tiempo, lugar, modo y demás datos relevantes de la comisión delictiva.	161
D. La valoración de la prueba indiciaria en los delitos sexuales	164
6. Valoración de la pericia en los delitos contra la libertad sexual – violación de menor	166

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	173
3.2. NIVEL	173
3.2. FUENTES DE INFORMACIÓN.	174
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA	174
3.3.1. Población	174
3.3.2. Muestra	174
3.4. TECNICAS	175

CAPÍTULO IV. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. DATOS GENERALES	176
1. Tipo de sentencias	176
2. Agraviados menores de 14 años según sexo y tipo de sentencia	176
3. Inculpados según tipo de condena	177
4. Del vínculo del agresor con la víctima	178
5. Lugar de los hechos según vínculo familiar	179
6. Relación entre las sentencias condenatorias y las edades de las víctimas y sus sexos.	179
7. Relación entre los años de condena y las edades de las víctimas y sus	

sexos.	181
8. Relación entre las condenas impuestas, vínculo familiar y edad de los Agravados	184
4.2 CRITERIOS QUE UTILIZAN LOS MAGISTRADOS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL – VIOLACION DE MENOR	188
4.2.1 Aplicación del principio de la libre valoración de la prueba	188
A. Sentencias absolutorias	190
➤ Principio de solución de la incertidumbre – indubio pro reo.	190
B. Sentencias condenatorias	194
➤ Declaración de la víctima	194
➤ Valoración de la pericia	199
4.2.2 Relación entre atenuación de la pena por confesión sincera y antecedentes penales	201
CAPITULO V.- CONCLUSIONES	203
CAPITULO VI.- RECOMENDACIONES	206
CAPITULO VII.- BIBLIOGRAFIA	207

CAPITULO I

CAPITULO I.- INTRODUCCION

INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurídico contemporáneo, la correcta valoración de la prueba es un aspecto crucial para garantizar la justicia y proteger los derechos fundamentales, especialmente en casos sensibles como los delitos de violación sexual contra menores de edad. Este trabajo se centra en explorar cómo se incorpora y analiza la prueba en tales delitos, con un enfoque particular en los casos donde la declaración de la víctima es el principal o único elemento de cargo.

Nos proponemos abordar cuestiones clave, como la aplicación del principio de libre valoración en las resoluciones judiciales de estos delitos. ¿Cómo se equilibra la necesidad de proteger a los menores con el respeto a la presunción de inocencia del acusado? ¿Qué papel juega la sana crítica razonada en la valoración de la prueba?

La sana crítica se presenta como un instrumento esencial en este análisis, combinando lógica, psicología y experiencia común para evaluar la prueba de manera objetiva y fundamentada. Se busca evitar la arbitrariedad y la improvisación en las decisiones judiciales, haciendo que los jueces sean responsables de sus resoluciones.

A lo largo de este trabajo, se examinarán los desafíos y problemas específicos que surgen en la valoración de la prueba en casos de violación sexual contra menores, buscando contribuir al debate académico y jurídico sobre este tema tan relevante en nuestra sociedad.

Creemos que al final del análisis de los fallos judiciales se pueda establecer las razones que invocan los jueces en esos casos así, y poder verificar si dichos criterios de valoración al momento de sentenciar carecen de criterios objetivos y si se transgreden algunas reglas que hagan aceptables la solución dada al caso en concreto, en el caso materia de la presente investigación se pretende analizar algunas de las sentencias expedidas en los juzgados de Huancabamba e identificar qué criterios y juicios de valor se vienen utilizando al momento de resolver estos delitos.

Se ha considerado la Provincia de Huancabamba, dado que en esta provincia se vienen dando gran incidencia de delitos de violación sexual, atendiendo a diversos factores sociales y psicosociales que en su mayoría, ven este tipo de actos como actos normales y

que en su gran mayoría no son denunciados por las víctimas por diversos factores sociales y culturales.

Así mismo debemos indicar que la Provincia de Huancabamba, es una provincia donde las costumbres y tradiciones tienen gran importancia en el quehacer diario de la población.

En ese sentido nuestro trabajo de análisis dogmático y crítico se complementará con una investigación de campo, tomando como base los procesos penales sobre la materia correspondiente a los años 2011 y 2013 de las Cortes Superior de Piura en su sede judicial de Huancabamba.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Esta investigación busca analizar los criterios de valoración que los profesionales del derecho utilizan al evaluar pruebas en casos de violación sexual, especialmente en la sede judicial de Huancabamba, donde se registran numerosos casos de este tipo. Actualmente, los juzgados de Huancabamba resuelven casos de violación basándose frecuentemente en la declaración de la víctima como prueba principal. Esta declaración se considera crucial para dictar sentencias condenatorias, sin considerar la posibilidad de que pueda ser falsa, lo que podría llevar a una parcialidad del tribunal a favor de la denunciante. Es importante recordar que nuestro sistema penal permite a los jueces decidir según su criterio de conciencia, respaldado por el principio de libre valoración de la prueba.

Por lo anterior es necesario buscar en las sentencias judiciales, las razones que tuvieron los jueces en los casos de violación sexual para su deliberación, si los mismos carecen de criterios objetivos para resolver o cuentan con reglas que hagan justa la solución dada en cada caso en concreto, tomando en consideración los casos de violación sexual ocurrido en la sede judicial de Huancabamba puesto que sólo la prueba que se desarrolla con legitimidad constitucional puede servir para condenar.

El presente trabajo analizará los procesos penales en caso de violaciones sexuales realizados en la sede judicial de Huancabamba, a fin de poder establecer si los mismos justifican las sentencias condenatorias y absolutorias emitidas.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cuáles son los criterios usados por los operadores del derecho en la valoración de la prueba testimonial en los delitos de violación sexual en sede judicial de Huancabamba años 2011 - 2013?

1.2.1 Formulación de los problemas específicos

1. ¿Cuáles son los criterios usados por los operadores del derecho en la valoración de la prueba testimonial en delitos de violación sexual en sede judicial de Huancabamba años 2011 - 2013?
2. ¿Cómo valorar la prueba testimonial para poder inferir los hechos delictivos y la participación del procesado en los delitos de violación sexual en la sede judicial de Huancabamba años 2011 - 2013?
3. ¿Cuales fueron los criterios adoptados por los operadores del derecho, las sentencias condenatorias y sentencias absolutorias emitidas en los años 2011 y 2013?

1.2.2. Delimitación del Problema científica

Se tomará como base las sentencias sobre delitos de violación sexual emitidos por los juzgados penales de la sede Judicial de Huancabamba durante los años 2011 y 2013.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

Identificar, los criterios usados por los operadores del derecho en la valoración de la prueba testimonial en los delitos de violación sexual en sede judicial de Huancabamba en los años 2011 – 2013.

1.3.2. Objetivos específicos

1. Conocer el número de sentencias emitidas en casos de violación sexual en la sede judicial de Huancabamba años 2011 - 2013 en el caso de los menores de edad

2. Conocer los criterios usados por los operadores del derecho en la valoración de la prueba testimonial en delitos de violación sexual en sede judicial de Huancabamba años 2011 - 2013.
3. Valorar la prueba testimonial para poder inferir los hechos delictivos y la participación del procesado en los delitos de violación sexual en sede judicial de Huancabamba años 2011 - 2013.
4. Comprender y entender la justificación de los criterios adoptados por los operadores del derecho, las sentencias condenatorias y sentencias absolutorias emitidas años 2011 y 2013.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Con este trabajo de investigación, se busca identificar y comprender los diferentes criterios que los profesionales del derecho emplean al valorar la prueba testimonial en casos de violación sexual en la sede judicial de Huancabamba durante los años 2011-2013. El objetivo es determinar si estos criterios son adecuados para justificar las sentencias condenatorias y absolutorias emitidas en esos casos.

Mediante dichos conocimientos sobre la valoración de la prueba en los delitos violación sexual, en la sede judicial de Huancabamba, se pretende medir si el número de sentencias emitidas tanto condenatorias como absolutorias, han causado un amanamamiento en la consecución de dichos casos.

Con el análisis de las sentencias emitida, valorando los criterios impartidos en ellas se pretende compararlas con lo que contempla la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional, a fin de establecer si se siguen los mismos lineamientos a nivel nacional.

Los estudios en derecho comparado sobre la materia investigada permiten tener una visión más global de los requisitos exigidos para la valoración de los medios de prueba, que utiliza el juez al momento de emitir sentencia condenatoria y determinar la responsabilidad del procesado esta investigación es de gran relevancia, porque permitirá formular alternativas de solución, que subsanen las deficiencias legales frente a esta problemática.

1.5 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

La aplicación del presente estudio de investigación tiene como escenario los diversos procesos sobre casos de violación sexual, que han sido sentenciados tanto de manera condenatoria y absolutoria en la sede judicial de Huancabamba, durante los años 2011 y 2013 y se ejecutara durante los meses de Julio - diciembre afín de evaluar las sentencias.

1.6 HIPÓTESIS

1. La prueba testimonial de la víctima crea convicción en el juez, y conlleva a la parcialidad de este con la denunciante conduciéndolo a condenar al acusado en los delitos de violación sexual

2. En los delitos contra la libertad sexual – violación de menor de edad, la prueba indiciaria, debe estar plenamente acreditada con pruebas directas, para que el juez, a través de la lógica o de la experiencia, infiera los hechos delictivos y la participación del acusado.

1.7 VARIABLES

1.7.1 VARIABLE DEPENDIENTE

La prueba testimonial en delitos de violación del denunciante, constituye prueba fundamental para crear convicción en los operadores del derecho.

La prueba indiciaria, es prueba suficiente para crear convicción en los operadores del derecho acerca de la culpabilidad del presunto autor

1.7.2 VARIABLES INDEPENDIENTES

1. Criterios usados por fiscales, operadores del derecho que valoran la prueba testimonial como medio conveniente para la denuncia penal.
2. Criterios usados por el juez, quien valora la prueba testimonial durante el proceso penal, a fin de dictar sentencia en los casos de violación sexual.
3. Criterios valorados para dictaminar la inocencia o culpabilidad del presunto autor.

4. La declaración de la víctima puede ser prueba suficiente para crear convicción en los operadores del derecho
5. Responsabilidad penal del inculpado del delito de violación sexual.
6. Actos que demuestren la actuación de parcialidad y/o imparcialidad del juez con la denunciante.

CAPITULO II. MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1 ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL

VILLAVICENCIO Modesto, en su libro "el hombre y el derecho", señala que la prueba penal es la arquitectura de todo proceso penal. Fue la preocupación dominante del sistema inquisitivo, del acusatorio y del mixto. Puede decirse que todo el derecho procesal penal gira alrededor de la angustia de obtenerla de modo que la verdad material que presente ante la inteligencia del juez con sus contornos precisos, obedeciendo al designio de actualizar los hechos, de reconstruirlos como ocurrieron en la realidad. Esta actividad investigatoria, que descansa sobre presupuestos de los derechos de la persona humana y de los fines del Estado, que tiende a defender a la sociedad del ataque del delito, no se desarrolló, a través de la historia del hombre en igual forma. Como ocurre en otros órdenes de la actividad humana la prueba debió ser influida por las concepciones de la época. En la horda, en el clan o en la tribu, la actividad probatoria debió ser muy simple respondiendo a la organización primitiva de aquellos núcleos sociales. En realidad las pruebas penales adquieren complejidad y se revisten de formas cuando el hombre llega a ciertos grados de civilización en que los problemas penales se hayan influidos por el destino del hombre, considerados filosóficamente. La prueba entonces adopta un carácter objetivo. Se halla tasada. Enrico Ferri citado por el autor, señala que la prueba ha atravesado cuatro fases, en la primera las pruebas se hallan confiadas al empirismo de las impresiones personales, en la segunda fase, fase religiosa se hace intervenir a la divinidad para establecer quien es el culpable del delito, como ocurre en las ordalías, mediante las pruebas del fuego, el duelo judicial, etc., en el tercer periodo el sistema de la prueba aparece la fase legal. El valor de la prueba, en este momento, se halla fijado por la misma ley. La confesión, conforme a este sistema, ofrece un valor decisivo para conseguir la certeza en el espíritu del juzgador. Posteriormente surge la fase sentimental. Es el periodo de los jurados que juzgan de acuerdo con su convicción íntima, con su conciencia dispensándola de toda obligación relativa a las pruebas. A esta fase se le agrega el periodo científico de la prueba que es la etapa de la prueba pericial donde se ponen de manifiesto las comprobaciones físicas, químicas, mecánicas, caligráficas, psiquiátricas, médicos legales, etc. El autor señala que en la fase científica, que debe condicionar todo el desarrollo de la prueba penal, los principios y las técnicas de la psicología judicial deben ser las normas utilizadas por los jueces. Cabe destacar la definición de la prueba penal que realiza Vicenzo Manzini citado por el autor quien define "la actividad procesal dirigida con el fin de

obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación, de las afirmaciones que interesan a la decisión del juez¹”.

Podemos concluir manifestando que en materia procesal penal, la prueba implica una confrontación, la cual consiste en verificar si las afirmaciones contenidas en la denuncia, coinciden con los hechos.

2.1.2 ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

MENDOZA RETAMOZO, Aissa Rosa: (2010) En su tesis “*La Valoración de la Prueba en los Delitos de Actos Contra el Pudor, en el Distrito Judicial del Cono Norte de Lima*” “...

Que un proceso penal adecuado, debe interpretar el apartado e) inciso 24 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado puede servir para obtener una efectiva realización de la justicia en cuanto valor supremo de nuestro ordenamiento en el que se garanticen, de verdad, los derechos del justiciable, de la víctima y de la sociedad. Sólo la prueba que se desarrolla con legitimidad constitucional puede servir para condenar. En otro caso será nula de pleno derecho únicamente la prueba anticipada, practicada con todas las garantías, merecen la consideración de tal, aunque se haya realizado fuera de las sesiones propiamente dichas del juicio oral. Si no hay actividad probatoria de cargo, razonablemente, no puede, entrarse a valorar porque no existe. A pesar de que, de la lectura de las sentencias, se ha podido apreciar que la denuncia fiscal, se fundamenta básicamente solo en el dicho de la presunta agraviada, los jueces en el 80% de los casos dictó mandato de detención al dictar el auto de procesamiento. .

MONTOYA VIVANCO, Ivan (2012) en su libro **Discriminación Sexual y Aplicación de la Ley**. Sostiene que “al realizar un estudio de la jurisprudencia peruana sobre delitos sexuales señala que no es su propósito establecer una evolución lineal en el criterio interpretativo jurisprudencial sobre el valor del testimonio de la víctima e invita a las futuras investigaciones a corroborar o no las afirmaciones preliminares”.

LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE VÍCTIMAS MENORES DE EDAD..... hemos apreciado un mayor número de resoluciones judiciales en las que diversas instancias judiciales han acogido la manifestación de una víctima menor de catorce años, reconociéndole así valor de prueba de cargo susceptible de desvirtuar el principio de presunción de inocencia o el in dubio pro reo. La mayoría de las sentencias muestran mucha flexibilidad de parte del operador judicial para acoger el valor probatorio de estas declaraciones. Una expresión de esta revaloración testimonial lo constituye la sentencia de

¹ VILLAVICENCIO Modesto. El Hombre y el Derecho. Lima Perú. 1957. P. 95-118

la Sala de Apelaciones de Lima (Exp. N° 8145-97) “... se ha llegado a acreditar tanto la comisión del delito instruido como la responsabilidad penal del encausado, estando a que conforme se desprende de su manifestación a nivel policial admite haber bajado el pantalón del menor perjudicado, en tanto que a nivel judicial varía su versión argumentando que lo hizo por haberse portado mal; que sin embargo estando a la manifestación referencial (víctima) en la instancia policial y judicial el menor perjudicado en forma coherente y uniforme argumenta que el procesado lo introdujo dentro de su domicilio a fin de invitarle más choclo que consumir para aprovechar dicha circunstancia para desear consumir el trato carnal con el mismo...” **Frente a la declaración contradictoria del inculpado, la declaración coherente y uniforme de la víctima (menor de 14 años) asume pleno valor probatorio.**

Una sentencia interesante, por las razones que se expresan para dar valor al testimonio de la víctima, es la emitida por la Sala Penal de Loreto (Exp. N° 0601-96) el 18 de marzo de 1997. “... según versión de la menor agraviada mantenida a lo largo del proceso, donde indica que éste (agresor) se aprovechaba de esos momentos para hacerle tocamientos en sus partes íntimas, para posteriormente pretender penetrarla en sus partes íntimas.... por su parte la agraviada en todo momento (y coherentemente) sindicó al inculpado como autor de los actos que motivan los hechos materia del proceso.... por otra parte en el entorno que rodeaba al acusado y agraviada se ha establecido que no existen conflictos ni rencillas de ningún tipo, no existiendo en este extremo razón que lleve a pensar en consideraciones de otra índole para la incriminación de cargo.....”. Si bien la sentencia incluye algunos indicios que corroboran la manifestación de la víctima, la valoración del testimonio es interesante. **Se recoge por lo menos tres elementos de la declaración de la agraviada para reconocerle carácter de prueba de cargo: la constancia, la coherencia y que no haya elementos que permitan pensar en algún motivo de venganza en la imputación.”**

2.2 MARCO TEÓRICO - DOCTRINAL

2.2.1 LA PRUEBA

2.2.1.1 CONCEPTO DE LA PRUEBA

El concepto de la prueba, es muy amplio y al respecto se han escrito múltiples definiciones, para lo cual se ha seleccionado algunas de ellas para de esa manera comprender mejor dicho concepto:

José Ovalle Favela, Manifiesta que la prueba “es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las

afirmaciones de hechos expresados por las partes. Esta verificación se produce en el conocimiento del juzgador, una vez que tiene la certeza de los hechos. Si bien la certeza o el cercioramiento del juzgador tiene un carácter subjetivo -en cuanto que se dan dentro de un sujeto-, se manifiesta, sin embargo, en forma objetiva en lo que denomina motivación de la sentencia, en la cual el juzgador debe expresar sus juicios sobre los hechos, así como las razones y los argumentos con base en los cuales llegó a formarse tal juicio”².

Domingo García Rada, Señala que la prueba “vista desde un ángulo objetivo sirve para acreditar un hecho desconocido, es decir, el Juez se vale de hechos u objetos conocidos para descubrir lo que no conoce, en efecto, desde un punto de vista objetivo, prueba es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho. Se amplía esta concepción comprendiendo a los objetos, actividades judiciales, situaciones o realidades de la persona, como es el caso de la inspección judicial, de la corporal, de la pericia, etc”. Esta acepción es empleada por Carnelutti y Florian³.

Sentis Melendo Afirma que “Desde el punto de vista procesal el concepto de prueba aparece indisolublemente unido a la finalidad de obtener la certeza, procurando el convencimiento judicial, en relación a la verdad o falsedad de una afirmación o a la existencia o inexistencia de un hecho⁴”.

Miranda Estrampes señala que al conceptualizar la prueba, se pueden distinguir tres aspectos importantes, “el primero de carácter objetivo, se considera pruebas a todo medio que sirve para llevar al juez el conocimiento de los hechos, en tal sentido, prueba es aquel medio o instrumento que se utilizan para lograr la certeza judicial; el segundo, de carácter subjetivo, pues se equipara la prueba al resultado que se obtiene con la misma; es decir, al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del Juez”. La prueba es el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el resultado de la actividad probatoria. El tercer aspecto combina las dos anteriores, el criterio objetivo de medio y el subjetivo de resultado y se define a la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran

² OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. México. 1991. P. 305

³ GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. VII Edición Editorial SESATOR. Lima. Perú. 1982. P. 150

⁴ SENTIS MELENDO, Santiago. Estudio de Derecho Procesal II. Edic. Jurídicas Europa. Buenos Aires-Argentina. 1967. P. 432

el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que se deducen de los medios aportados⁵”.

Casimiro Valera, considera la prueba judicial “como todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, por ejemplo los mismos hechos u objetos y también actividades como la inspección judicial, dictamen de peritos, la confesión, la declaración de tercero; esto es la totalidad de medios que pueden servir de conducto al conocimiento del juez de la cuestión debatida o planteada en un determinado proceso. Menciona que otra concepción se encuentra expuesta por quienes, desde una apreciación subjetiva, consideran a la prueba como la convicción que con ella se produce en la mente del juez, sobre la verdad o realidad de los hechos que configuran la materia del pleito, bien sea con cada medio en particular o con el conjunto de los aportados al proceso. Señala que tanto el punto de vista objetivo como el subjetivo constituyen complemento indispensable en el lenguaje jurídico procesal, dado que no puede desligarse la noción de prueba de los medios utilizados para suministrarla, ni tampoco de la finalidad o resultado alcanzado con ella⁶”.

Devis Echeandía la prueba permite que el jurista reconstruya el pasado, para conocer quien tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador, el arqueólogo, el lingüista, etc., lo hacen no sólo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los hechos actuales y calcular los futuros⁷”.

Domingo García Rada, la prueba, señala vista desde un ángulo objetivo sirve para acreditar un hecho desconocido, es decir, el Juez se vale de hechos u objetos conocidos para descubrir lo que no conoce, en efecto, desde un punto de vista objetivo, prueba es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho. Se amplía esta concepción comprendiendo a los objetos, actividades judiciales, situaciones o realidades de la persona, como es el caso de la inspección judicial, de la corporal, de la pericia, etc. Esta acepción es empleada por Carnelutti y Florian⁸.

⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M. La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal. Editorial BOSCH- Barcelona 1997. P. 20-21

⁶ VARELA Casimiro. Valoración de la Prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires- Argentina. 1990. PP 23-24.

⁷ DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial V. I. Editorial Zavallá. Buenos Aires. Argentina. 1976. P. 10

⁸ GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. VII Edición Editorial SESATOR. Lima. Perú. 1982. P. 150

Arsenio Oré Guardia⁹, señala respecto a la prueba, que ésta puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado conviccional de su valoración.

Mixán Mass, señala “la prueba es aquello que, en un primer momento, consiste en la actividad jurídica regulada y dirigida por el funcionario que actúa en el ejercicio de la actividad debido a su legítima potestad para hacer el acopio oportuno, selectivo, eficiente e integral de los medios de prueba que sean idóneos, pertinentes y útiles para el conocimiento del tema probandum; acopio que, a su vez permitirá, en la fase siguiente de juzgamiento, la concreción de una valoración metódica, con criterio de conciencia, para obtener la significación probatoria, examinando primero uno a uno cada medio probatorio, y luego la totalidad, para así alcanzar finalmente la certeza de la verdad o falsedad o error en la imputación que originó el procedimiento¹⁰”.

Cubas Villanueva¹¹, manifiesta que prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. En el caso del proceso penal esta hipótesis es la denuncia, esta afirmación es la acusación. Señala además que si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de un proceso, prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin. La prueba penal puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de los resultados.

Juan Marcone Morello¹², en su libro tratado de derecho penal expresa que inicialmente hay que comenzar por distinguir dos conceptos fundamentales: a) Probar y b) prueba. a) Probar es establecer la verdad como fin y b) Prueba que es el camino; los medios de que nos valemos para lograr este fin, siendo la verdad, su objetivo. Efectuada esta distinción dialéctica, entre el fin (probar) y el medio (prueba), también es preciso señalar que

⁹ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Alternativas. Lima Perú. 1996. P. 278. RUBIANES Carlos J. Derecho Procesal Penal. T. II. Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina. 1983. P. 210

¹⁰ MIXAN MASS, Florencio. La Prueba en el Procedimiento Penal. Derecho procesal penal. T. IV -A. Ediciones Jurídicas. Lima Perú. 1990. P. 137

¹¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, Tercera Edición. Editores Palestra. Lima Perú. 1998. P. 265

¹² MARCONE MORELLO, Juan. Tratado de Derecho Penal. Afa Editores. Lima-Perú.

prueba, encierra al mismo tiempo un doble contenido; uno de carácter subjetivo, y otro de objetivo: a) prueba, es todo medio susceptible de producir el conocimiento de una cosa, ya sea cierta o probable (subjetivo); b) prueba, es también el conjunto de motivos que nos proporcionan ese conocimiento (objetivo).

Sánchez Velarde señala que “la prueba es la mejor forma de demostrar la verdad y la relación que existe entre ambas es imprescindible pues en el ámbito procesal la verdad depende de la prueba. La verdad constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador, debido a que no se podrá sancionar a la persona que tiene la calidad de imputado sin haberse probado que es culpable”¹³.

Podemos concluir que la prueba es aquella que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que se investigan, sirviendo esta prueba como medio, a cargo de las partes y como resultado, que constituye la valoración que hace el juzgador para alcanzar a la convicción necesaria sobre la veracidad o falsedad de un hecho.

2.2.1.2 LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

- **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.**- Esta referido a que el Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal es el interesado en alcanzar la verdad material. Este principio, dice Víctor Cubas¹⁴, llamado inquisitivo, se constituye en un deber del Ministerio Público de esclarecer los hechos.
- **PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD.**- Un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir con certeza; cuando no es contrario a la ética, ni a la dignidad e integridad de las personas. La legitimidad del medio de prueba implica, además que aquél que proponga la realización de una actividad probatoria, esté legitimado procesalmente para ello.
- **PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA.**- La libertad probatoria está referida, a que en todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento y por tanto importante para la decisión final, puede ser probado. En

¹³ SANCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA. Lima Perú. Año 2004. P. 637

¹⁴ CUBAS VILLANUEVA. El Proceso Penal. Palestra Editores. Lima Perú 1998. P. 272

el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y si bien se debe recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios. Se pueden emplear medios de prueba no reglamentados siempre que sean adecuados para descubrir la verdad. La libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio pues éste se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.

- **PRINCIPIO DE PERTINENCIA.-** Pertinencia de la prueba es la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar.

Mixán Mass, expresa que el principio de pertinencia “consiste en la necesaria relación directa o indirecta que deben guardar la fuente de prueba, el medio de prueba y la actividad probatoria, con el objeto de prueba y, por tanto con el *thema probandum*”¹⁵.

Para Devis Echeandía la pertinencia consiste en que debe haber alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar.

- **PRINCIPIO DE CONDUCENCIA Y UTILIDAD.-** Víctor Cubas señala que “se podrá hablar de conducencia y utilidad de la prueba cuando los medios de prueba se emplean para acreditar hechos que son relevantes o útiles para resolver el caso particular y concreto”¹⁶.
- **PRINCIPIO DE COMUNIDAD.-** Denominado también de adquisición procesal de la prueba en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia; puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció.

¹⁵ MIXAN MASS, Florencio. OB. CIT. P. 27.

¹⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. OB. CIT. P. 274

2.2.1.3 LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

A. Concepto.

Montero Aroca¹⁷, sostiene que la prueba en el proceso penal es la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigidas a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hechos aportados. Agrega además que la prueba es una actividad jurídica – específicamente, jurídico procesal- y, por ello, es consustancial a la misma estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos y también, por consiguiente, la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importe solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción.

B. La prueba en el Proceso Penal Peruano

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no cuenta con un capítulo especial destinado a la prueba. En el libro segundo se ocupa de la etapa investigatoria, llamada instrucción, sin establecer lo que constituye prueba, objeto, ni sujeto de la misma. Dedicó a testigos y peritos capítulos propios, para, en el denominado diligencias especiales, agrupar lo no tratado en los anteriores capítulos.

Es así que en el art. 72° del Código Procedimientos penales modificado por la Ley N° 24388 establece lo siguiente: “La instrucción tiene por objeto reunir las pruebas de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establece la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna de los resultados”.

El Código Procesal de 1991 sólo pudo entrar en vigencia parcial, esto es, los artículos 239° al 245° relacionados con las diligencias especiales (levantamiento de cadáver, necropsia, indicios de envenenamiento, examen en caso de lesiones, de aborto y en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la cosa materia del delito) entre otros artículos; pues su aplicación íntegra fue sometida a *vacatio legis* que se extendió por un tiempo indefinido. Luego de la entrada de la Constitución de 1993 se publicó el Proyecto del CPP de 1995, texto que luego de la discusión parlamentaria fue aprobado en el Congreso pero con observaciones

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal. José María Boch Editor. S.R. Barcelona España. 1996. P.267.

por el Poder Ejecutivo y dejado en el olvido; después de muchos años más, el Poder Ejecutivo impulsó la creación de la Comisión de Alto Nivel mediante Decreto Supremo n° 005-2003-JUS del 14 de Marzo 2003, cuyo propósito fue proponer modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal.

En ese orden de ideas, la estructura del Nuevo Código Procesal 2004 (Decreto Legislativo n° 957), ha merecido una minuciosa regulación legal, conceptual y de principios en relación a la prueba, dada la importancia que tiene para la búsqueda de la verdad procesal y la afirmación del Estado Democrático de Derecho. Se ha regulado que las pruebas se admiten por el Juez a solicitud del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales y que la actividad probatoria en el proceso penal se halla regulada en la Constitución, los Tratados ratificados por el Perú y por lo dispuesto en el Código Procesal Penal. Asimismo se ha regulado la distinción entre objeto de prueba y medios de prueba, se alude a la noción de fuentes de prueba, se norma criterios sobre la valoración de la prueba en la que el Juez debe tener en cuenta las reglas de la lógica jurídica, la ciencia y las máximas de la experiencia, se ha precisado que no hay límites probatorios en el proceso penal como ocurre en las leyes civiles, salvo excepciones (art. 175.2). Se ha señalado reglas y trámite para la prueba anticipada en audiencia.

La regulación de la prueba en el Código Procesal Penal 2004 toma en cuenta tanto los medios probatorios tradicionales de prueba (confesión, testimonio, pericia, careos, prueba documental, reconocimiento, inspección judicial, reconstrucción) como medios especiales de prueba ya nombradas anteriormente, pero agregándose el examen de agresión sexual (art. 199°) y en cuanto a los delitos patrimoniales deberá acreditarse la preexistencia del objeto material del delito, así como se fija reglas de evaluación del valor del mismo.

Un extenso título que integra la sección destinada a la prueba, es la denominada “La búsqueda de pruebas y restricción de derechos” (artículos 202° al 252°), que incluye figuras como el control de identidad policial y la videovigilancia, las pesquisas, intervenciones corporales, allanamiento, exhibición forzosa e incautación de bienes y documentos, control de comunicaciones y documentos privados, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, clausura o vigilancia de locales e inmovilización, medidas de protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervienen en el proceso penal.

Cabe señalar algunas opiniones de García Rada y César San Martín sobre la Prueba en el Proceso Penal.

En el proceso penal, manifiesta García Rada¹⁸, existen dos clases de verdad a alcanzar: a) Verdad en cuanto a los hechos: Procurar que la idea que se forme el Juez concuerde con la realidad; b) Verdad en cuanto al derecho: Que la Ley que se aplique al hecho sea la exacta. Cuando mediante probanza, el Juez establece la realidad de lo ocurrido y aplica la ley que corresponde, entonces puede decirse que se ha alcanzado la verdad. Prueba y Verdad se correlacionan, porque mediante la prueba adquirimos la verdad. La verdad debe resistir a la duda y vencerla mediante la prueba. La misión del Juez es alcanzar la verdad de los hechos y de la ley.

La prueba judicial tiende a formar convicción en el juzgador acerca de la exactitud de lo afirmado en autos. Para Calamandrei, señala García Rada, “la sentencia es juicio de verosimilitud, que no excluye el error judicial”

César San Martín¹⁹ al citar Vincenzo Manzini señala que la prueba exige una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: de producción, de recepción y de valoración.

(a) **Actos de Producción.-** Conducen a poner la prueba a disposición del Juez para que sea incorporada al proceso como medio probatorio. Al Ministerio Público corresponde la carga de la prueba. Sólo el Juez puede aceptarla y ordenar su incorporación a la instrucción.

La aceptación significa que ha sido considerada oportuna y más tarde debe ser apreciada. Una prueba que nada acredite, no es aceptada por el juzgado. La aceptación constituye una calificación de la prueba, no es pronunciamiento valorativo, sino sólo sobre su oportunidad y conveniencia.

(b) **Actos de Recepción.-** Son aquellos destinados a incorporar la prueba en el proceso penal. Para que sea apreciada es necesario que previamente se incorpore a los autos por mandato del juzgado. De lo contrario no será tomada en cuenta por el juzgador. Las pruebas actuadas en otro proceso, pueden ser incorporadas al proceso, pero tendrán la condición de documentos; así una declaración no será considerada como

¹⁸ GARCÍA RADA. OB. CIT. P. 151.

¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Vol II. Editorial Grijley. Lima-Perú. 1999. P. 583.

testimonio, porque no ha sido recibida por el Juez y controlada por las partes. Se incorpora como documentos y tendrá el valor de tal.

(c) **Actos de Valoración.-** Consiste en el análisis crítico hecho por el Juez. Se denomina aprehensión mental de la prueba por el Juez.

2.2.1.4 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba se conceptúa como la apreciación subjetiva que hace el magistrado, respecto a las pruebas producidas y aportadas por las partes, realizándose esta valoración con las reglas de la sana crítica o libre convicción.

Casimiro Varela conceptualiza la valoración de la prueba como:

“Un acto de trascendental importancia dentro del proceso y de la etapa probatoria, dado que el resultado que se obtenga a través de él dependerá la suerte del juicio que tanto se puede traducir en la condena como en la absolución del acusado en materia criminal, como en la obtención de la justa reparación del daño sufrido o de su pérdida, e incluso de la solución o no de un conflicto familiar con las pertinentes derivaciones que de ello surgen²⁰”.

El mismo autor señala que la evaluación que debe efectuar el juzgador, implica adquirir, a través de las leyes lógicas del pensamiento, una conclusión que pueda señalarse como consecuencia razonada y normal de la correspondencia entre la prueba producida y los hechos motivo de análisis en el momento final de la deliberación.

Cafferata Nores conceptúa a la valoración de la prueba como la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Tiende a determinar cuál es su realidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso²¹.

Miranda Estrampes precisa que mediante la valoración o apreciación se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al

²⁰ VALERA Casimiro. OB. CIT. P. 87.

²¹ CAFFERATA NORES, José. La Prueba en el Proceso Penal. Ediciones de Palma 1994. Buenos Aires Argentina. P. 37.

proceso, mediante los oportunos medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador²².

De la Cruz Espejo, respecto al concepto de la valoración de la prueba, señala que: “El tema de valoración de la prueba busca una respuesta a la pregunta ¿Qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos por la ley?. Si Tenemos que la valoración de la prueba es la operación mental que tiene por objeto conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse del contenido de dicha prueba, veremos que el Juez ha de seguir un camino para alcanzar la certeza y el concepto de certeza en el Juez. El Juez para alcanzar la certeza recoge los datos sobre los hechos aportan las partes y el propio Juez y con tales datos reconstruye el pasado. Tal apreciación exige tener una suerte de experiencias, sociales y psicológicas, con las cuales el Juez realiza una reelaboración de los hechos recogidos en el proceso penal, lo cual viene a ser una representación subjetiva de la realidad por lo que es el reflejo de la verdad dentro de las limitaciones humanas²³.

Sentis Melendo Santiago, considera que sólo hay un sistema de valoración de las pruebas que es aquel en que puede actuar libremente la conciencia del juez. Todo lo demás está constituido por normas que el legislador le da al juez para que pueda llegar a pronunciar su sentencia.

“Creo en definitiva, que sólo hay dos sistemas de contemplar (no digo valorar) la prueba: el sistema de la denominada generalmente prueba legal o tasada, esto es, de predeterminación por el legislador de lo que vale cada elemento aportado a los autos; y el sistema de prueba judicial, de valoración por el juez. El primero no es un sistema de valoración de medios o de fuentes, sino de directrices de formación de la sentencia. No se puede ni se debe hablar de pruebas legales sino de normas legales sobre la manera de hacer funcionar en una sentencia los elementos aportados a los autos o de impedir que lleguen a ella. Si la prueba es de verificación para llegar a una convicción, las pruebas legales nada tienen que ver con la verificación ni con la convicción²⁴”.

²² MIRANDA ESTRAMPES. La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal. Editorial BOSCH. Barcelona-España, 1997. P. 105.

²³ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. Derecho Procesal Penal-Volumen I. Editora FECAT. P. 382.

²⁴ SENTIS MELENDO, OB. CIT. P. 647.

García Valencia²⁵, señala que las pruebas deben ser valoradas dentro del proceso. Esa valoración, a su vez, debe estar regida por principios complementarios como son la adquisición de la prueba; la unidad de la prueba y la sana crítica.

- **Adquisición de la prueba:** Implica que las pruebas una vez producidas pertenecen al proceso o son patrimonio del mismo y no de los sujetos procesales. Por esa razón las partes no pueden solicitar el retiro de las pruebas. Estas producen efectos universales.
- **Unidad de la prueba:** Las pruebas al tenor de este principio se deben valorar en conjunto, sin perjuicio del análisis individual que debe hacerse de cada prueba. El acervo probatorio constituye para estos efectos una unidad. Esta apreciación unitaria implica que una vez realizado el estudio individual o de análisis del mismo. O sea que en la valoración juegan papel fundamental las categorías de análisis y síntesis.
- **Sana crítica:** El principio de la sana crítica significa que las pruebas se deben valorar teniendo en cuenta las leyes de la experiencia, la lógica y la psicología.

La valoración en conjunto está estipulando los principios de comunidad, universalidad o adquisición de la prueba, en virtud de los cuales las pruebas se integran al proceso para producir efectos generales en relación con las pretensiones de los sujetos procesales que las hayan propuesto y, por tanto, conforman “una unidad” para efecto de la valoración. Por tanto en la valoración el juez debe observar las siguientes reglas:

- La valoración debe efectuarse conforme a criterios racionales. No se puede invocar la inspiración divina o del más allá. No basta con la intuición subjetiva o la certeza moral o la verdad sabida y buena fe guardada,

²⁵ GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Pruebas en el Proceso Penal. Segunda Edic. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá.D.C. 1996. P. 80-251.

- La valoración comprende la valoración individualizada de los medios de prueba. En consecuencia se debe expresar qué conclusiones se derivan de cada uno de ellos,
- La valoración se debe hacer luego en conjunto, para que mediante el análisis dialéctico, de confrontación, se extraiga el resultado de todo el acervo probatorio.
- La valoración debe expresar el razonamiento inferencial que conduce de lo conocido a lo desconocido. Tanto en la prueba indiciaria como en la testimonial. El juez no puede simplemente invocar la existencia de unos testigos para dar por demostrado un hecho. Debe invocar una regla de la experiencia para decir por qué merecen credibilidad. De la misma manera ante la existencia de un hecho indiciario, debe invocar una regla de la experiencia que vincule ese hecho con la posible responsabilidad penal.
- Para una correcta valoración, el razonamiento inferencial debe ser correcto tanto interna como externamente. La corrección interna del razonamiento indica que la conclusión a que se llega ha de ser el resultado lógico de las premisas que se han aceptado. Si no así necesita justificación externa.
- La valoración conjunta debe ser racional.

Para García Rada, valorar la prueba es: Realizar una operación mental que tiene por fin el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración judicial. No existe pauta que indique cuántos y cuáles son necesarios para formar convicción. Escapa a la Ley por ser una operación en la esfera de lo espiritual. La valoración debe entenderse como conjunto de operaciones mentales referentes al estado crítico de las pruebas actuadas en un proceso, tanto las aportadas por las partes como las adquiridas directamente por el Juez. Es actividad exclusiva del Juez. Las personas del proceso son colaboradores. Colabora con el Juez el testigo que relata los hechos que vió; el perito que señala la naturaleza de una mancha; el inculpado que al negar su autoría,

ofrece datos sobre quienes pudieron ser los responsables; el agraviado que cuenta la forma como se desarrollaron los hechos; el Ministerio Público cuando interroga a los testigos, inculcado y agraviado; etc., es decir, todas las personas del proceso -principales y auxiliares-, colaboran con el Juez en su tarea de formarse convicción. De la apreciación prueba depende que exista armonía entre sentencia y justicia. Libertad, honor y patrimonio del inculcado dependen de que el Juez obtenga éxito en esta tarea²⁶.

El Dr. **Florencio Mixán Mass** sostiene que la valoración de la prueba como una condición del debido proceso requiere que "ese acto cognoscitivo sea integral, metódico, libre, razonado e imparcial; que refleje independencia de criterio al servicio de la solución justa del caso. Además de la ciencia la experiencia, de la independencia de criterio, debe constituir un ingrediente especial el conocimiento adicional (la vivencia) adquirida por el juzgador..."²⁷

Oré Guardia señala que la valoración de la prueba es la tercera fase de la actividad probatoria. Tiene su momento culminante en la sentencia definitiva, pero está presente a lo largo del procedimiento desde el auto de apertura del proceso. "La valoración de la prueba consiste en el análisis crítico del resultado del examen probatorio; es decir se trata de un análisis razonado del resultado de la prueba introducida definitivamente en el proceso"²⁸

Para **Cubas Villanueva**, la valoración de la prueba es la operación intelectual o mental que realiza el Juez destinada a establecer el mérito o valor -eficacia conviccional- de los elementos de prueba actuados en el proceso. Con la valoración de la prueba se establece cual es su utilidad a los fines de búsqueda de la verdad y reconstrucción del hecho imputado²⁹.

Jorge Rosas Yataco, manifiesta que la valoración de la prueba es una operación intelectual que realizan los operadores del derecho, con la finalidad de establecer su eficacia conviccional, a través de un análisis crítico y lógico, para luego ponderarla y finalmente resolver un caso en concreto. De ello depende el destino de los sujetos procesales (imputado y agraviado). Además el autor señala que si bien es cierto la valoración de la prueba de mayor

²⁶ GARCIA RADA. OB. CIT. PP. 168-169

²⁸

²⁷ MIXAN MAS, Florencio. El Debido Proceso y el Procedimiento Penal en. Vox Juris. Lima. abril 1995. P. 30.

²⁸ ORE GUARDIA, OB. CIT. P. 296.

²⁹ CUBAS VILLANUEVA. OB. CIT. P. 270.

trascendencia es la que hace el órgano jurisdiccional, sin embargo, también le corresponde al Ministerio Público, al defensor y al procesado³⁰.

2.2.1.5 OPORTUNIDAD PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Marco de la Cruz Espejo, manifiesta: “puede darse en tres momentos; ya sea para aperturar el procedimiento, durante el transcurso de éste, o para el momento de expedir resolución final, sea cual fuere el resultado.”³¹

a. **Oportunidad para la valoración de la prueba:** Esta puede darse hasta en tres momentos: ya sea para iniciar o aperturar el procedimiento, durante el transcurso de éste, o para el momento de expedir resolución final, sea cual fuere el resultado:

- **Para Iniciar o Aperturar el Procedimiento** - esta se da cuando se procede a analizar y evaluar todos los elementos de prueba que se han propuesto y presentado en la denuncia inicial y que persiguen el generar la relación jurídico-procesal penal y por ello; si es que es suficiente para originar el procedimiento penal, se determinará con la correspondiente resolución el inicio de la investigación penal; pero, por el contrario también se puede sacar como conclusión que no existe fundamento necesario para generar un procedimiento, la que se expresará en la correspondiente resolución de “no ha lugar al inicio de la investigación”.
- **Durante el Procedimiento.-** puede ocurrir que durante el desarrollo de la actividad procesal, las partes efectúen diversas peticiones cuyas soluciones se dan mediante los correspondientes autos; en cuyo caso, para emitir la resolución se ha de valorar los elementos de las pruebas aportadas; y luego de un cuidadoso análisis se ha de emitir el pronunciamiento que a criterio del magistrado sea el pertinente; tal es el caso por

³⁰ ROSAS YATACO, Jorge. La Valoración de la Prueba Penal. Revista Jurídica del Ministerio Público del Distrito Judicial del Cono Norte de Lima. Noviembre del 2003. Año I N° 1. P. 122

³¹ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. Derecho Procesal Penal. Editora FECAL. Lima-Perú. P. 383.

ejemplo cuando se deduce una cuestión prejudicial o previa, o cualquiera de las excepciones previstas en el C de P.P. cuando se plantea un pedido de libertad provisional o una transferencia de competencia, etc.

- **Para poner fin al Proceso.**- ésta se entiende que se daría al momento de finalizada la investigación o el juzgamiento, en donde, llegado el momento para expedir una resolución que ponga fin al proceso se acrecienta la responsabilidad de la valoración tanto analítico como global de todo el medio probatoria que legítimamente se haya incorporado al proceso.

Para **Moisés Del Valle Tambini**³², en su libro la prueba en el derecho penal, las oportunidades procesales para valorar la prueba en el proceso penal peruano son:

- **Valoración de la prueba al elaborar el atestado policial:** La Policía Nacional es la encargada de elaborar el Atestado Policial por delitos y faltas. La Policía debe prevenir el delito y cometido éste debe reunir las pruebas que permitan establecer la comisión del delito e identificar a los responsables. La intervención de la policía apenas producido el delito, otorga valor probatorio al Atestado Policial que se hizo con participación del Abogado Defensor del denunciado y del Fiscal Provincial. La Policía no puede detener a una persona más de veinticuatro horas por ningún delito, a excepción de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, conforme lo dispuesto el artículo 2º inciso 20, párrafo g) de la Constitución Política del 1979. En la actual constitución de 1993, también se establece lo mismo, en su artículo 2º inciso 24, parágrafo f). En consecuencia dentro de este breve término de tiempo la policía tiene que hacer la investigación correspondiente, luego remitir el Atestado Policial al Despacho del Fiscal Provincial. Al momento de redactar el Atestado, el Jefe de la Delegación Policial y el Instructor tienen que valorar las pruebas que han actuado para decidir en sus conclusiones si ha probado o no la

³² DEL VALLE TAMBINI, Moisés. "La Prueba en el Derecho Penal". 2º Edic. Lima-Perú. 2000.

comisión del delito, si el detenido ha declarado ser autor o no del hecho investigado. Asimismo tiene que valorar las manifestaciones policiales de los testigos, los dictámenes periciales, etc. Nuestro sistema procesal penal prohíbe a la policía que en los atestados policiales se pronuncien por la responsabilidad penal de los detenidos, motivo por el cual en los atestados siempre sólo prefieren poner a disposición de la Fiscalía Provincial a los presuntos autores del delito. El órgano jurisdiccional es el único que establece la responsabilidad penal de un procesado al momento de dictar sentencia condenatoria.

- **Valoración de las pruebas al formalizar la denuncia:** El Fiscal Provincial al momento de recibir el Atestado Policial, personalmente debe leer y estudiar dicho instrumento, para calificar el atestado, tipificar el delito y formalizar la denuncia ante el Juez Penal. El Fiscal tiene que ser una persona responsable que haga honor a su investidura, por lo tanto tienen que estudiar personalmente el atestado policial y valorar las pruebas que contiene para formalizar la denuncia ante el Juez Penal. El Fiscal es el titular de la acción penal pública, tiene la obligación de velar por la legalidad del proceso penal y al recibir el atestado policial denunciar a los presuntos autores y si no hay pruebas suficientes ordenará el archivamiento de la investigación policial.

Para todo esto es necesario que el Fiscal personalmente, en forma responsable estudie el atestado policial y después de valorar las pruebas actuadas proceda conforme a sus atribuciones. De acuerdo al texto actual del artículo 62° del Código de Procedimientos Penales la investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Fiscal, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por el juzgador con el criterio de conciencia que faculta la ley. Si interviene además el abogado del detenido en la investigación policial, el atestado policial tendrá mayor valor probatorio. De tal manera que el Fiscal debe tener en cuenta esta disposición legal para estudiar el atestado policial y luego formalizar la denuncia correspondiente.

- **Valoración de la prueba al dictar el Auto Apertorio de Instrucción:** El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales modificado mediante Ley 28117 de fecha 10 de Diciembre de 2003 establece que recibida la denuncia y sus recaudos, el juez sólo abrirá

instrucción si considera que tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en su instrucción. Si considera que la acción no procede expedirá un auto de no ha lugar a apertura de instrucción.

El Código Procesal Penal, D. Leg. 638 en su artículo 135° vigente en la actualidad establece que el Juez al abrir instrucción puede dictar mandato de detención atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:

- ✓ Que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- ✓ Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; y,
- ✓ Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intente eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida.

El mandato de detención debe ser motivado con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenten.

El artículo 143° del Código Procesal Penal, también en vigencia, ordena que el Juez Penal dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención, es decir en los casos que no estén comprendidos dentro de los alcances del artículo 135° antes referido.

Para que el Juez Penal pueda cumplir adecuadamente con lo que dispone la ley, es necesario que estudie personalmente con la seriedad que el caso requiere la denuncia del Fiscal Provincial, así como el contenido del

Atestado Policial. Sólo así podrá valorar las pruebas actuadas hasta ese momento para abrir o no instrucción.

Para dictar mandato de detención o de comparecencia.

Nadie puede jugar con la libertad de un hombre, porque la libertad vale tanto como la vida, por lo tanto los jueces deben estudiar minuciosamente la denuncia y el atestado policial y después de valorar las pruebas actuadas hasta ese momento abrir o no instrucción contra los denunciados y en caso de abrir instrucción ordenar la detención o comparecencia de los procesados.

- **Valoración de las pruebas al emitir los informes finales:** De acuerdo con el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales el plazo de la investigación es de cuatro meses prorrogables a sesenta días máximo.

Vencido el plazo o terminada la instrucción el Juez debe remitir el expediente al Despacho del Fiscal Provincial para que dictamine sobre su mérito. (Art. 197° del Código de 1940 y 95°.7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). El dictamen de conformidad con lo dispuesto en el Art. 198° del Código de Procedimientos Penales de 1940 modificado por la Ley N° 27994 del 06 de Junio del 2003, presenta dos particularidades, según el estado de la instrucción: en primer lugar, si considera que se han omitido diligencias sustanciales (indispensables o decisivas para un debido agotamiento de la instrucción) y siempre que anteriormente se haya ampliado el plazo de la instrucción, devolverá los autos al juez, indicando las que sean necesarias actuar y pidiendo la ampliación del plazo instructorio; en segundo lugar, si considera que se han cumplido las diligencias sustanciales o vencido la ampliación del plazo de instrucción emitirá un dictamen cuyo contenido es: 1) enumeración de la diligencia solicitada y de las que se hubiera practicado (indicación de ella, no la glosa o crítica de su contenido). 2) Indicación de las diligencias que no se hayan actuado. 3) Precisión

de los incidentes promovidos y de los resueltos. 4) Opinión sobre el cumplimiento de los plazos. Como se ve, a diferencia de la norma originaria, que exigía un razonamiento acerca del mérito de lo actuado y una conclusión acerca de la responsabilidad o no del imputado, el Fiscal se limita a realizar un informe de control acerca del plazo instructorio y de lo efectivamente realizado sin valorar su contenido. El objetivo de la norma es simplificar el proceso, en tanto que un informe de mérito es más complejo y demora más, y el entendimiento de que un informe de esas características no tiene mayor significación procesal, explican el campo legislativo.

Emitido el dictamen fiscal estipula el Art. 199° modificado por la Ley 27994, corresponde al Juez hacer lo propio en los mismos términos, precisando adicionalmente la situación jurídica de cada imputado.

- **Valoración de las pruebas por el Fiscal Superior Penal:**

Después de los Informes Finales el proceso penal ordinario es puesto a disposición de las partes en el Despacho de Juez por el término de tres días. Vencido este término a la Sala Penal Superior. La Sala Penal Superior remite al Despacho del Fiscal Superior Penal para que emita el dictamen que le corresponde dentro del plazo de ocho días si hay reo en cárcel o de veinte días si es reo libre.

De conformidad con el artículo 220° del Código de Procedimientos Penales, el Fiscal Superior después de estudiar el expediente puede solicitar a la Sala Penal que conceda un plazo no mayor de sesenta días para que pueda actuarse las pruebas y diligencias que falten en el proceso, siempre que la prueba sea posible de actuarse y que no pudiera practicarse en el juicio oral. En este caso la Sala concederá el plazo ampliatorio por el término que el Fiscal indique.

Si después de estudiar el expediente, de analizar y valorar las pruebas que obran en el proceso, el Fiscal llega a la convicción de que el inculpado es inocente, solicitará a la Sala Penal Superior que dicte el auto de sobreseimiento y se archive el proceso, puede pedir el archivamiento provisional o definitivo de la instrucción.

Si el Fiscal Superior llega al convencimiento de que en el expediente se ha probado la comisión del delito y la responsabilidad del procesado, formulará su acusación escrita.

El artículo 92° inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que el Fiscal Superior en lo Penal formulará Acusación Sustancial si las pruebas actuadas en la investigación policial y la instrucción lo han llevado a la convicción de que el procesado es

autor del delito que se imputa. Este mismo dispositivo legal ordena que el Fiscal Superior también puede formular acusación formal si abrigase dudas razonables sobre la imputación del procesado. En ambos casos la acusación escrita contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, la relación ordena de los hechos probados de aquellos que a su juicio no lo hayan sido, la calificación del delito, la pena y la reparación civil que propone.

En la Acusación Formal ofrecerá las pruebas que deben actuarse para establecer la responsabilidad del acusado.

Si el Fiscal Superior solicita el archivamiento del proceso y la Sala Penal Superior está de acuerdo con este criterio dictará el auto de sobreseimiento de la causa, si la Sala no está de acuerdo puede ordenar la ampliación de la instrucción señalándose las diligencias que deben actuarse para el mejor esclarecimiento de los hechos a fin de que vencido ese plazo y actuadas las diligencias ordenadas el Fiscal se pronuncie nuevamente al respecto. También puede elevar directamente la instrucción al Despacho del Fiscal Supremo en lo Penal. Si el Fiscal Supremo está de acuerdo con la opinión del Fiscal Superior se archiva el expediente, pero si no está de acuerdo el Fiscal Supremo ordenará que el Fiscal Superior formule la acusación escrita correspondiente.

En los procesos penales sumarios quien pide se archive la instrucción o formule acusación es el Fiscal Provincial en lo Penal, después de valorar las pruebas actuadas en el proceso penal. En estos casos quien dicta el auto de sobreseimiento ordenando el archivamiento del proceso es el Juez y si el Fiscal Provincial formula acusación, el Juez Penal, antes llamado Juez Instructor es quien dicta la sentencia Absolviendo o Condenando al procesado.

- **Valoración de las pruebas actuadas en la etapa del juzgamiento para el retiro de la acusación:** Formulada la acusación escrita por el Fiscal Superior, obligatoriamente la Sala Penal Superior debe dictar el auto de enjuiciamiento o auto de debate oral para ingresar a la segunda etapa del proceso penal, señalando día y hora para la realización del juicio oral.

Iniciado el Juicio Oral, continuará las audiencias consecutivas que sean necesarias, hasta su conclusión.

Muchas veces en el curso del juicio oral se actúan nuevas pruebas que demuestran la inocencia del acusado. En este caso, el Fiscal Superior puede retirar su acusación escrita de conformidad con el artículo 274° del Código de Procedimientos Penales, se requiere para ello que se hayan producido y actuado en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica del acusado anteriormente apreciadas. El Fiscal Superior después de esgrimir los argumentos por los cuales retira su acusación escrita deberá presentar sus conclusiones por escrito.

Cuando se produce el retiro de la acusación escrita; el Abogado del acusado, en el momento oportuno tiene que respaldar forzosamente el planteamiento hecho por el Fiscal a favor de su patrocinado, ahondando en argumentos, razones y consideraciones. Al concluir su alegato debe entregar sus conclusiones por escrito.

El retiro de acusación escrita por el Fiscal no es si no consecuencia o efecto de la valoración de las nuevas pruebas que se han actuado en el curso del juicio oral y que demuestran fehacientemente la inocencia del acusado.

Las pruebas actuadas en el curso del período de la instrucción o investigación judicial no pueden servir de fundamento para el retiro de la acusación. Tienen que ser nuevas pruebas que se actúen en el juicio oral.

Retirada la acusación por el Fiscal, después de oír al abogado de la parte civil y al defensor del acusado, de conformidad con el artículo 275° del Código de Procedimientos Penales, la Sala Penal suspenderá la audiencia para resolver lo que corresponda.

Si la Sala Superior encuentra fundadas las conclusiones del Fiscal, dictará un auto dando por retirada la acusación y si el acusado estuviera preso ordenará su inmediata libertad, así como el archivamiento definitivo del expediente.

El Código Procesal Penal de 1991 en su artículo 291° y su artículo 292°, al respecto de este tema establece lo siguiente: “terminado el debate, el Fiscal, puede retirar la acusación escrita por el mérito de la nueva prueba actuada durante el juzgamiento. En este supuesto, después de oír al abogado del actor civil y el abogado defensor, el juzgador suspenderá la audiencia para resolver lo que corresponda en el término de dos días hábiles. Si el juzgador está de acuerdo con los fundamentos expuestos por el fiscal, dictará auto dando por reiterada la acusación, ordenará la libertad del procesado si estuviese detenido y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa.

En caso de que el parecer del juzgador fuese contrario, mantendrá suspendida la audiencia y remitirá el expediente al Fiscal de mayor jerarquía para que se pronuncie en el término de cinco días. Recibidos los autos si el Fiscal dictamina coincidiendo con el retiro de la acusación, el juzgador expedirá el auto de sobreseimiento definitivo. En cambio, si aquel discrepare, ordenará al Fiscal jerárquicamente inferior que mantenga la acusación, debiendo reiniciar el juzgamiento dentro del tercer día como máximo, bajo responsabilidad.

En el Código Procesal Penal del 2004, en su artículo 387 inciso 4, establece en relación al tema: “Si El Fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación. En este supuesto el trámite será el siguiente: A) El Juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles. B) Reabierta la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará el auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. C) Si el Juzgador discrepa del requerimiento del Fiscal, elevará los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior. D) La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal anterior y al Juzgador.

- **Valoración de las pruebas al momento de expedir sentencia:** En el desarrollo del juicio oral o juzgamiento las últimas etapas son muy importantes, porque en ella las partes hacen una exposición de los hechos, invocan los fundamentos en que basan sus puntos de vista, valoran las pruebas actuadas en el proceso y tratan de convencer a los vocales miembros de la Sala Superior para que dicten sentencia condenatoria o absolutoria.

El Fiscal en su requisitoria oral, llamada también acusación oral, antes de pedir la pena para el acusado y el pago de la reparación civil debe referirse a las circunstancias como se cometió el delito, haciendo una exposición minuciosa de los hechos, debe basar su acusación en las pruebas actuadas en el proceso y en el curso del juicio oral, valorándolas adecuadamente con el propósito de convencer a los vocales a fin de que condenen al acusado; el Representante del Ministerio Público tiene la oportunidad de lucirse poniendo de

manifiesto sus conocimientos doctrinarios, científicos y filosóficos, empleando un lenguaje jurídico adecuado y dando muestras de que ostentan dotes personales para ejercer la función de fiscal, además, debe cumplir con lo que dispone el artículo 273° del Código de Procedimientos Penales, haciendo una exposición de los hechos que considere probados en el juicio, la calificación legal, la responsabilidad del acusado y todas las consideraciones conducentes a ilustrar al Tribunal. En su acusación oral debe mantenerse dentro de los límites de su acusación escrita.

El abogado de la parte civil, si concurre al juicio oral, ya que su presencia no es obligatoria ni indispensable, deberá basar su defensa en las pruebas que obran en el proceso y las actuadas en el juicio oral. El artículo 276° del Código de Procedimientos Penales establece que la parte civil podrá esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos que originan la responsabilidad y demás circunstancias que influyan en su apreciación, absteniéndose únicamente de calificar el delito. Sus conclusiones serán presentadas por escrito.

El Abogado defensor del acusado en el momento que le corresponde intervenir para hacer su alegato a favor de su patrocinado tiene la libertad de hacer una amplia y minuciosa exposición del desarrollo del proceso, de las pruebas actuadas en la instrucción y en curso del juicio oral, esgrimir los fundamentos en que se basa para pedir la absolución de su patrocinado o la rebaja de la pena solicitada por el Fiscal.

De hacer uso de la oratoria forense, empleando un vocabulario sencillo, preciso y adecuado. Es el momento oportuno en que pone de manifiesto su talento, sus conocimientos doctrinarios y jurídicos. Tiene la libertad para emplear el tiempo necesario para su defensa. Es necesario que el abogado prepare su defensa estudiando el expediente, revisando la doctrina y la legislación aplicable al caso.

Su defensa debe basarse en las pruebas actuadas que obran en el expediente, por tanto, haciendo referencia al folio donde se encuentran debe valorar dichas pruebas explotando al máximo el valor probatorio de las mismas. Sus conclusiones deben ser presentadas por escrito, en armonía con los hechos y las pruebas actuadas.

Después de estas tres últimas etapas del juicio oral, que son importantes por sí mismas, porque el Fiscal, el abogado de la parte civil y el abogado del acusado han planteado sus puntos de vista, llega el momento en que la Sala Penal Superior, tengan que votar las cuestiones de hecho y la sentencia que ponga fin al juicio.

En el proceso penal se llega así al momento culminante y más importante en que se resolverá la situación jurídica del acusado.

La Sala Penal para fallar conforme lo dispone el artículo 281° del Código de Procedimientos Penales planteará y votará previamente cada una de las cuestiones de hecho teniendo en consideración para formularlas, las conclusiones escritas del Fiscal, del defensor de la parte civil y del defensor del acusado.

Las cuestiones de hecho son las preguntas que se formulan los vocales miembros del Tribunal o Sala Penal sobre sí cada uno de los hechos expuestos en el proceso están probados o no. Las cuestiones de hecho planteadas, discutidas y votadas por los Vocales forman parte integrante de la sentencia.

La sentencia es la resolución solemne que pone fin al juicio penal, resolviendo la situación jurídica del acusado, es decir, absolviéndolo o condenándolo.

Para votar las cuestiones de hecho y la sentencia es necesario que los vocales analicen y valoren en justa dimensión cada una de las pruebas actuadas en el proceso.

La sentencia puede ser absolutoria o condenatoria, pero conforme lo dispone el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia.

Las partes de toda sentencia son:

1. La parte expositiva;
2. La parte considerativa; y,
3. La parte resolutive.

En la parte expositiva se narra el desarrollo del proceso penal desde el auto apertorio hasta el momento que se va a dictar la sentencia.

En la parte considerativa es donde se tiene que valorar concienzudamente cada una de las pruebas actuadas en el expediente, tanto en la etapa de instrucción como en la etapa del juicio oral.

En cuanto a la valoración de las pruebas éste momento es el más importante, porque en base a las pruebas analizadas y estudiadas el juzgador llegará a la convicción de la inocencia o responsabilidad del acusado.

En la parte considerativa de toda sentencia penal se esgrime los fundamentos para absolver o condenar, haciendo referencia a las pruebas que obran en el expediente o las pruebas actuadas que obran en el desarrollo del juicio oral.

En la parte resolutive de una sentencia se define la situación jurídica del acusado absolviéndolo o condenándolo haciendo referencia a los dispositivos legales aplicables al caso. Si es sentencia condenatoria además debe fijarse el monto de la reparación civil que el sentenciado debe pagar a favor del agraviado o de sus herederos legales y también debe señalarse en la sentencia, las penas accesorias que se le impone en casos en que así disponga la ley.

2.2.1.6. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Los sistemas directrices para la valoración de la prueba y que se encuentran permitidos por el Derecho Procesal Penal, son los siguientes:

- a. **LA PRUEBA LEGAL.**- Mediante ésta, la ley concede a cada prueba determinado valor probatorio, por el cual al finalizar el proceso, el juzgador considerará el número de pruebas reunidas y apreciará su valor probatorio según la ley; es decir, este sistema se basa en que la ley procesal es la que establece a priori la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo los casos en que no debe darse por vencido.

Sánchez Velarde señala que el sistema de valoración legal de la prueba consiste en atribuir normativamente un determinado valor a cada medio de prueba, de tal manera que la autoridad judicial solo la aplica en cada caso concreto sin mayor esfuerzo de análisis³³.

Este sistema fue introducido en el proceso penal con la finalidad de poner freno a los excesos de poder que el juez tenía como consecuencia del sistema procesal inquisitivo imperante en otros tiempos; pero lo negativo que tiene, en caso de ser impuesto con carácter absoluto, es el privar e impedir al titular de la potestad decisoria de hacer uso de su capacidad de discernimiento y de sus conocimientos pertinentes para alcanzar una real convicción sobre la verdad o falsedad de los hechos.

³³ SANCHEZ VELARDE, Pablo. OB. CIT. P. 710.

- b. **ÍNTIMA CONVICCIÓN.-** Este sistema es el que se aplica cuando se da la existencia de los llamados Jurados, y en ella el Juzgador tiene la libertad de llegar a la convicción según su íntimo parecer, en torno a la verdad de los hechos de la causa, valorándolos según su legal saber y entender. Acá el titular de la potestad decisoria tiene una libertad absoluta de adjudicar la prueba tal como lo señala su convencimiento, sin dar explicación alguna del por qué de su convicción; ya que sólo él sabrá cuáles eran las razones que tenía en cada caso para decidir el sentido de su resolución. Las resoluciones no tenían la correspondiente exposición de motivos y consiguientemente no se motivan las resoluciones; quedando el Juzgador exento de responsabilidad por el sentido y las consecuencias de su fallo.

Como anota Vélez Mariconde, que este sistema implica, primero, la inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba; segundo, que no existe obligación de explicar las razones determinantes del juicio³⁴.

En nuestro sistema, en el cual no existe el Jurado, sino la directa la intervención de Fiscales y Jueces, esta fórmula de valoración de la prueba no funciona, ya que existe el deber de motivar y fundamentar toda resolución, prescripción que incluso tiene un rasgo de constitucional, tal como lo señala el artículo 139° inciso 5 de nuestra Constitución.

c. **LA SANA CRÍTICA RACIONAL O LIBRE CONVICCIÓN.-**

Conforme a este sistema, supera los dos esquemas anteriores para dar paso a la facultad que tiene el juez de apreciar la prueba con libertad a fin de descubrir la verdad. Ello supone, la existencia de prueba, que actuados en la presencia del juzgado posibilita la convicción necesaria en él para la expedición de la sentencia debidamente fundamentada.

El Juez llega a un convencimiento sobre la prueba basándose en sus conocimientos, en la razón, la lógica, la experiencia común, pues la decisión del Juez debe ser obra del intelecto y de la razón mientras la lógica se impone como antorcha que ilumina el camino

³⁴ VÉLEZ MARICONDE, A. Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner. Editora. Córdoba. Tomo I. 3ra. Edición. 1986, P. 359.

que el Juez recorre hasta antes de su decisión, acuciado por el ansia de descubrir la verdad de los hechos imputados³⁵.

Este sistema exige entonces la fundamentación o motivación de la decisión jurisdiccional, es decir, la expresión de las pruebas que permiten sustentarla; pero, exige además, que la valoración crítica de las pruebas sea racional, es decir, que se respete las leyes del pensamiento (lógica) y de la experiencia (leyes de la ciencia natural), y que sea completa, en cuanto se debe de fundar todos y cada una de las conclusiones fácticas y no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados³⁶.

d. CRITERIO DE CONCIENCIA.

Partiendo de lo que expone el Dr. Mixán Mass, en su libro el juicio oral³⁷, ha de entenderse por "criterio" en el ámbito jurisdiccional, como el acto de discernir, discurrir y sentenciar como juez, sobre la base de la verdad encontrada al culminar el proceso; y conciencia, significa: facultad cognoscitiva, conocimiento que refleja la adecuada correlación entre lo objetivo y subjetivo. El conocimiento presupone una actividad cognoscitiva. En rigor, tener conciencia de algo es conocer adecuadamente ese algo. En consecuencia, criterio de conciencia es un concepto que encierra y expresa la correlativa significación de los conceptos simples precipitados que lo constituyen; de modo que refleja la idea de juzgar en base al conocimiento adecuado e integral del caso concreto, conocimiento que se consolida mediante la libertad de apreciación de los medios probatorios y la obligación de documentar las razones jurídicas y científico – técnicas que fluyan de autos y sustenten la convicción.

✓ ASPECTOS BÁSICOS DEL CRITERIO DE CONCIENCIA

El criterio de conciencia encierra los siguientes aspectos fundamentales de la actividad cognoscitiva jurisdiccional.

- **Libertad de apreciación de la valoración.-** Los medios probatorios no pueden tener idéntico valor probatorio para

³⁵ VELEZ MARICONDE, A. OB CIT. P. 363

³⁶ MAIER, T. Derecho Procesal Penal Argentino-Fundamentos. 2ª. Edición, Bs.As. 1996. P. 593.

³⁷ MIXAN MASS, Florencio. P. 362.

todos los casos, sino de acuerdo a las circunstancias particulares del caso singular y a la luz de los principios jurídicos, científicos y las reglas de la técnica de la experiencia.

El Doctor Mixán Mass señala:

“Esa libertad de apreciación no sólo ha de incidir en los medios probatorios de carácter objetivo incorporados al proceso, ni sólo sobre la conducta objeto del proceso, sino, también sobre las manifestaciones psíquicas, biopsíquicas, protagonizadas por el acusado, por el testigo o el perito o el agraviado gracias a la inmediación y a la oralidad del juicio oral que permiten tratar directamente con ellos, y, muchas de esas manifestaciones³⁸”.

- **Obligación de consignar razones de convicción** El Código Procesal Penal de 1991, señala en su artículo 193° que “la valoración de la prueba se hace con criterio de conciencia” repitiendo lo que señala el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales.

Oré Guardia³⁹ explica que el criterio de conciencia tiene todas las características de la libre convicción, pero se distingue por cuanto exige siempre un razonamiento lógico, mientras que el primero puede basarse en la intuición. Es decir la libre convicción presupone la libre valoración de la prueba, en tanto que el criterio de conciencia supone además independencia respecto de la prueba, significando de esta manera una mayor libertad.

De otra opinión es Cubas Villanueva, quien considera que el sistema de la sana crítica racional no difiere del que opta nuestro sistema llamado criterio de conciencia que significa, igualmente apreciar la prueba relacionándola con los demás actuados y con la realidad de los hechos y según ese examen, darle un valor probatorio. Es la apreciación fundamentada que realiza el juez, explicando en el fallo cual es la razón para su aceptación o rechazo, en esta apreciación se recurre a la doctrina⁴⁰.

Se puede concluir manifestando que esto significa que no es aceptar o rechazar una prueba, sino apreciar sus fundamentos, y según eso darle valor, o, no considerarlas; y

³⁸ MIXAN MASS, Florencio. OB. CIT. P. 363.

³⁹ ORE GUARDIA. OB. CIT. P. 299

⁴⁰ CUBAS VILLANUEVA. OB. CIT. P. 276.

tampoco no es una apreciación libre e irrestricta, sino aceptar mediante razones que se dan. Esto permite que el Juzgador aprecie una prueba en relación con las demás, aplicando su propio parecer, no el de la ley.

No está obligado a aceptar la prueba tal como se la presentan, si no que la apreciará con las demás probanzas y examinará cómo ha sido realizada, qué principios han sido aplicados, calidad de testigo o peritos, etc.

El criterio de conciencia es así un instrumento eficaz para desentrañar el valor de una prueba y dar mayor flexibilidad al Juzgador que le permitirá lograr una más exacta apreciación de las pruebas. Para la jurisprudencia, el criterio de conciencia significa apreciar la prueba relacionada con los demás actuado y con la realidad de los hechos, y según ese examen, darle o no valor probatorio.

No significa apreciar la prueba relacionar con los demás actuados y con la realidad de los hechos, y según ese examen, darle o no valor probatorio. No significa rechazar una prueba por que si, ni tampoco no aceptarla en su integridad, constituyendo además una apreciación fundamentada que realiza el juzgador; debiendo para ello recurrirse a la doctrina. Por su parte Mixán Mass se refiere en síntesis, que ha de existir criterio, o mejor dicho autonomía de criterio para valorar una prueba; la aplicación pertinente del saber científico técnico y/o máximas de la experiencia así como las reglas y leyes de la lógica enunciativa; identificación y aplicación cuidadosa de la estructura normativa; y, el deber de expresar, fundamentar y documentar coherentemente las razones que se sustentan la convicción obtenida. Orientación que se plasma en el Nuevo Código Procesal Penal 2004 en su artículo 158° cuando establece “ En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

2.2.1.7 LOS MEDIOS DE PRUEBA

Los medios de prueba (tales como interrogatorio del acusado, testimonio, pericia, documentos, reconocimiento de personas, inspección y confrontación) , pueden desarrollarse como actos de investigación, y como tal está debidamente regulada en el Título correspondiente de la ley procesal penal, inserto en el Libro dedicado a la instrucción o investigación. Asimismo, en tanto actos de prueba, se actúan en el acto oral, aunque muchas de ellas, como los documentos, los reconocimientos y las inspecciones, al igual que la

reconstrucción, se desarrollan de modo fundamental en la fase de la instrucción, ingresando al juicio oral mediante su lectura.

Como quiera que estos medios de prueba van a ser estudiados con más amplitud en el capítulo dedicado a la valoración de la prueba en los delitos sexuales, corresponde el desarrollo sólo conceptual de la prueba testimonial y otros y medios probatorios que se abordaran posteriormente.

A. La prueba testimonial

Testigo.- Es el órgano o sujeto de prueba que aporta al proceso su relato sobre los hechos controvertidos. Para Rubianes el testigo es la persona física, requerida por la autoridad en un proceso penal, con el cual no está en situación de incompatibilidad, con la finalidad de que declare con veracidad acerca de los hechos de interés probatorio, sobre los cuales es interrogado.

Para Sánchez Velarde, la declaración testimonial o llamada también prueba testimonial, constituye una de los medios probatorios de suma importancia en el proceso penal. La naturaleza del delito o las circunstancias en que ocurrió, muchas veces no permite encontrar suficientes elementos probatorios, por lo que se acude generalmente a la búsqueda de elementos indiciarios aportados por el procesado, si se encuentra presente en el proceso, empero, si no fuera así, la declaración de las personas que presenciaron los hechos o de las víctimas del delito, resultan de trascendental importancia, pues de su contenido, igualmente, se podrán obtener los elementos de prueba que se requieren en el proceso para alcanzar sus objetivos.

En consecuencia, señala el autor, la declaración testimonial debe recibirse con suma cautela y bajo determinados criterios; debe estar sometida a verificación judicial y de análisis detenido de los efectos jurídicos que pudieran resultar de las mismas. La declaración de los testigos puede ser fidedigna, con cierta coherencia, irreal, parcializada, objetiva, con carga de elementos subjetivos, completa o incompleta, etc.

De allí que la autoridad judicial que interviene en su recepción debe de saber dirigir el examen del testigo, lo que va a requerir del conocimiento previo de las circunstancias que rodean al hecho que se investiga. Por lo mismo, la recepción de la declaración del testigo, debe realizarse lo más pronto posible a fin de no dejar en el olvido los detalles o características que pueden ser importantes. Como características principales pueden señalarse las siguientes:

- a) Es una declaración de conocimiento realizado por persona física, con capacidad legal, sobre hechos determinados que son objeto de investigación. Lo que evidencia capacidad para declarar y objetividad de la declaración.
- b) Constituye una declaración verbal prestada ante el juez competente. Esta oralidad va a significar la regla en procedimiento penal aún cuando lo dicho por el declarante se consigne en acta que va a formar parte del expediente penal.
- c) Cuando se incorpore al proceso una declaración de testigos por escrito, la autoridad judicial –si considera trascendente su manifestación- deberá citarlo a su despacho para que deponga. La declaración testimonial prestada ante autoridad distinta a la judicial no constituye testimonio en el sentido que expresamos en este acápite, por lo que deberá ser repetida por la autoridad judicial con la formalidad debida; en todo caso, aquella será objeto de valoración por el juez conjuntamente con los demás elementos de prueba actuados en fase prejurisdiccional.
- d) Conforme a nuestro ordenamiento jurídico vigente, la declaración policial de un testigo en presencia del representante del Ministerio Público “constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los Jueces y Tribunales” (art. 62º del C. de P.P.), por lo que no impide que se reciba su declaración por el Juez o, si no concurre, sea citado al juicio oral.
- e) No debe mediar forma alguna de coacción en la declaración testimonial. El testimonio debe ser libre de promesa o amenaza.
- f) Debe recibirse la declaración testimonial con las formalidades que exige la ley procesal. Por ello debe ser requerido por el Juez, sea de oficio o a pedido de las partes. Se deberá levantar acta de la diligencia donde constará la firma de los concurrentes; el testigo podrá leer su declaración cuando lo solicite al Juez y si no supiera firmar, se le tomará su huella digital.
- g) Puede ser ofrecida por las partes o actuarse de oficio, conforme al avance de la investigación judicial.
- h) El testimonio puede ser espontáneo o provocado. Es espontáneo cuando se presta ante la autoridad sin previo pliego de preguntas y en donde el testigo expresa en sus propios términos –y de la manera que se es más cómoda- su conocimiento sobre los hechos. Corresponderá a la autoridad judicial la formulación de las preguntas pertinentes una vez terminada la exposición del

testigo, tratando de resaltar los aspectos que por el nerviosismo o la brevedad de la declaración no dijo o no precisó el deponente.

- i) Será el testimonio provocado, si la autoridad judicial inicia el examen del testigo conforme a un interrogatorio que previamente ha elaborado.
- j) El testimonio puede ser de cargo o de descargo, según sean ofrecidos por las partes dentro del proceso penal. Los que disponga la autoridad judicial no pueden calificarse de dicha manera pues no es parte y, además, porque el testimonio permitirá al funcionario judicial formar la convicción necesaria sobre los hechos dentro de un análisis conjunto de los demás medios de prueba.
- k) El testigo colabora con la justicia, es un tercero dentro de un proceso, no puede presentar recursos ni participar en el proceso activamente. No existe prohibición expresa de la ley respecto a que pueda ser acompañado por su abogado (sólo presencial), si temiera ser involucrado en la causa penal.
- l) El testimonio del sordo, mudo y sordomudo se realizará formulando las preguntas por escrito; si saben escribir, contestarán de la misma forma, salvo que el sordo pueda contestar oralmente. En todo caso, el Juez puede disponer la presencia de intérprete o de persona hábil en el entendimiento con los testigos que tengan tales limitaciones.
- m) El testimonio debe recibirse por separado; la autoridad judicial debe procurar que no exista comunicación entre los testigos (art. 155°).
- n) El testigo puede ser interrogado por los abogados que intervienen en la diligencia, quienes formularán las preguntas por intermedio del Juez Penal. El mismo imputado puede solicitar estar presente en la declaración testimonial, a lo que debe acceder el Juez si considera que el testigo no se verá influenciado por el imputado (art. 157°).
- o) Está prohibida la confrontación entre testigos por disposición legal (art. 155°), lo que no impide que los interrogatorios se dirijan en el sentido de aclarar las contradicciones que resulten de una declaración con las referencias o versiones recogidas anteriormente⁴¹.

⁴¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. OB. CIT. P. 683-690.

Montero Aroca y Cols, en su libro Derecho Jurisdiccional, señala que la testifical consiste, en intentar obtener de terceros ajenos al proceso datos que puedan ayudar al sentenciador a formar su convicción sobre los hechos y responsabilidades que se deducen de ellos.⁴²

B. LA CONFESIÓN

Se entiende por confesión la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aun cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o a excluir la pena.

El Código Penal de 1940 no define la confesión, como lo hacen los Códigos antiguos. Se limita a fijar los efectos de la confesión “sincera debidamente comprobada” en orden a la actividad investigadora del Juez Penal y a la sanción penal (art. 136°) y a señalar que la sentencia debe apreciar, entre otros medios de prueba, la confesión del acusado (art. 280°).

El Código de 1991, por su parte, reconociendo la importancia de la confesión, fija las condiciones de su valor probatorio, sus efectos en orden a la sanción penal y sus derivaciones procesales (art. 127° - 129°), así como sus efectos dispositivos sobre el objeto procesal en la institución de la conformidad (art. 280°), Sánchez Velarde señala que la confesión constituye el acto procesal por el cual el imputado de un delito declara libre y espontáneamente ser el autor del crimen ante la autoridad judicial competente. Declaración ésta que debe ser objeto de comprobación por dicha autoridad⁴³.

Cafferata Nores señala que existen tres razones que sustentan este fenómeno:

- e. “El Juez teniendo una confesión se siente más tranquilo al dictar una sentencia condenatoria.

⁴² MONTERO AROCA, Juan y Cols. Derecho Jurisdiccional III – Proceso penal. 6ª Edición Editorial TIRANT MONTERO AROCA, Juan y Cols. Derecho Jurisdiccional III – Proceso penal. 6ª Edición Editorial TIRANT

⁴³ Sánchez Velarde, Pablo. OB. CIT. P. 671.

f. No es el Juez quien condena al imputado, sino que es el mismo imputado que confesando a sí mismo;

g. La confesión lleva a la sociedad, a la opinión pública, una impresión indubitable de la justicia del pronunciamiento. La comunidad frente a un imputado confeso no duda normalmente de la corrección de la sentencia⁴⁴.

Cubas Villanueva⁴⁵, señala que para que una confesión tenga validez debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Quien confiesa debe estar en condiciones intelectuales como para producir una manifestación de conocimiento y voluntad jurídicamente atendible.
- Debe producirse en forma libre. No tiene valor cuando se presta bajo coacción moral, o mediante apremios ilegales.
- Debe prestarse ante el órgano judicial con atribuciones concretas para la investigación y juzgamiento, en consecuencia no tiene valor la confesión hecha ante la policía.

Mixán Mass⁴⁶, manifiesta que son seis las características de la confesión:

- Es una declaración personal y oral del imputado, no hay confesión ficta;
- Es una declaración libre y consciente, por lo que siendo voluntaria su autor no puede ser presionado y debe ser prestada sin que se afecte su libertad con método químico o mecánico;
- Debe ser sincera, en cuya virtud del imputado debe proferir una narración veraz, con fidelidad a la memoria;

⁴⁴ CAFFERATA NORES, José. La Prueba en el Proceso Penal. Depalma. Argentina. 1988. P. 168

⁴⁵ CUBAS VILLANUEVA. OB. CIT. P. 276

⁴⁶ MIXAN MASS. La prueba en el Procedimiento Penal. Ediciones Perú. Lima Perú. 1991. P. 59-67

- Debe tener un contenido verosímil, esto es, el relato debe ser de tal naturaleza y características que a la luz de una consideración razonable aparezca como susceptible de haber ocurrido, el relato debe ser explicable, cognoscible y no contrario a una ley natural, a un hecho notorio o a las leyes lógicas;
- Debe ser circunstanciada, es decir, debe proporcionar los detalles pertinentes, debe dar “razón de su dicho” en orden a su intervención delictiva y a las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores, objetivas y subjetivas, del hecho y de su comportamiento; y
- Debe aceptar simple o calificadamente la imputación –en rigor no se debe decir total o parcialmente- que es su nota específica, o sea el imputado

Queda claro que la confesión importa admisión de la comisión de un hecho tipificado como delictivo en la ley penal. Por consiguiente, debe estimarse que no ha habido confesión si el imputado no ha reconocido ser autor o partícipe de hecho alguno tipificado por la ley penal. En rigor, no existe la denominada confesión parcial, pues toda confesión por definición siempre es total. El reconocer haber actuado de determinada manera, pero no el hecho típico objetivo del proceso, no constituye en puridad confesión.

César San Martín⁴⁷, manifiesta que es posible la clasificación de la confesión desde dos perspectivas. La primera, según su contenido, que puede ser simple o calificada. La segunda, según la autoridad que la reciba, que puede ser judicial y extrajudicial (que rechaza). Es posible aceptar una tercera perspectiva, según se trate de una confesión actuada.

- La confesión simple es aquella en la que el confesante admite lisa y llanamente su participación en el hecho imputado, sin introducir ninguna circunstancia tendiente a excluir o disminuir su responsabilidad. En cambio, en la confesión calificada el imputado, admitiendo su participación en el hecho que se le imputa, introduce

⁴⁷ SAN MARTIN CASTRO, César.- OB. CIT. P. 608

en el relato circunstancias que tienden a excluir o disminuir su responsabilidad.

- En la confesión calificada cabe destacar la alegación o concurrencia de: a) eximente de responsabilidad penal, tales como causas de justificación, que niegan la antijuricidad penal del hecho, o causa excluyente de culpabilidad, que niegan culpabilidad del sujeto (art. 20° del Código Penal); b) eximentes imperfectas (art. 21° del Código Penal); c) atenuantes genéricos (v.gr.: de homicidio simple, a homicidio por emoción violenta).

En países con una fuerte tradición inquisitiva, se contempla la confesión judicial y la extrajudicial. Respecto a la confesión judicial, es obvio que ésta es la única posible. Se presta, como corresponde, ante el juez del debate o del juicio, en el acto del juicio, de suerte que, como tal, cumple todos los requisitos propios de un acto de prueba: intermediación del juez, publicidad del debate, información sometida a contradicción, con la observancia de los requisitos que se derivan del derecho de defensa.

César San Martín⁴⁸, respecto a la confesión actuada, cita a CAFETZÓGLUS, quien señala que se trata de aquella admisión de cargos que se trasmite por medio del accionar del confesante, en la reconstrucción del hecho. Desde el punto de vista del imputado la reconstrucción del hecho integra genéricamente la declaración instructiva, y específicamente la confesión, por lo que participa de los regímenes normativos de ambos institutos. Es de precisar que en la declaración, el imputado trasmite el relato por medio de la palabra, en cambio en la diligencia de reconstrucción agrega a ella su actuación, la cual inclusive puede ser registrada mediante fotografía o filmación.

- Corroboración por otros medios probatorios.- La confesión puede intervenir en la prueba del hecho objeto del proceso y de la participación del imputado en él, esto es, tiene entidad para contribuir a su acreditación, pero por sí sola no puede cumplir la función de probar el hecho delictuoso. La confesión debe concordar con una

⁴⁸ SAN MARTIN. OB. CIT. P. 623

fuerza probatoria distinta, que puede estar representada por testimonios, pericias, documentos, etc.

- Autoridad competente y legalidad de su actuación.- la autoridad que debe recibir la confesión, en tanto acto de prueba, es el juez del juicio. En estricto sentido no constituye acto de prueba la admisión de cargos realizada en sede policial, fiscal o del Juez Instructor. Esto último no significa, por cierto, que sea posible incorporar al análisis del fallo judicial tales declaraciones, en la medida de que se realicen cumpliendo las formalidades de ley, siendo la más importante la presencia del abogado defensor y la previa información de los derechos del reo, que son requisitos esenciales que integran el derecho de defensa.

- Efectos jurídicos materiales y procesales.- Los efectos que podemos precisar en orden a la admisión de cargos tienen que ver, en primer lugar, con el procedimiento, y, en segundo lugar, con la sanción penal.

Cuando la admisión de cargos se produce en la etapa de instrucción, cabe dos situaciones: a) frente a una confesión solitaria, el juez está en la obligación de practicar diligencias que acrediten su veracidad y la realidad del cuerpo del delito; y, b) si se está ante una confesión corroborada, el juez puede dar por concluida la investigación, en tanto con ello no se perjudique a los coimputados y ésta aparezca como sincera, descartándose se pretenda la impunidad de otras personas, respecto de quienes existen sospechas de culpabilidad.

- Confesión y medición de la pena.- Si la confesión es sincera, esto es, veraz y compatible con los recaudos probatorios de la causa, se convierte en un factor atenuación excepcional de la pena. La pena puede disminuirse hasta límites inferiores hasta el mínimo legal. Así lo disponen el art. 136° del Código de 1940 y 161° del Código de 2004.

Este último numeral agrega otra exigencia: la espontaneidad de la confesión lo que no niega la veracidad de la misma, pero enfatiza la idea de la voluntariedad y del propio impulso o iniciativa, esto es, que la confesión no sea consecuencia de un cálculo o forzada por las circunstancias.

C. LA PRUEBA PERICIAL

Sánchez Velarde señala que uno de los medios utilizados por el juez para alcanzar los objetivos de la instrucción es la designación de personas poseedoras de conocimientos científicos, técnicos o artísticos para que en virtud de sus cualidades emitan un juicio valorativo respecto de un hecho u objeto relacionado con la investigación. En materia procesal a dichas personas se les llama peritos y a la labor que desarrollan y su resultado pericia ..⁴⁹

• Competencia

Para una mejor comprensión de un hecho que requiera conocimientos especializados, de los que el Fiscal y el Juez desconocen, se nombran a personas profesionales o especialistas en la materia requerida, los que serán de reconocida honorabilidad y competencia en la materia, y asimismo, se tendrá en cuenta que la competencia también se refiere al conocimiento que pueda tener una persona no técnica sobre lo que es objeto del peritaje. Los conocimientos especializados pueden ser sobre hechos de naturaleza científica, técnica, artística; pudiendo recaer el nombramiento en personas naturales, como en las jurídicas, entre ellos a la policía y su campo de criminalística, el Instituto de Medicina Legal el Sistema Nacional de Control, Universidades, Institutos, Organismos Técnicos de los Ministerios y cualquier otra entidad pública o Privada. Si no fuera posible contar con las personas citadas como el perito, el Juez designará a dos peritos con conocimiento en la materia, y en caso de urgencia lo será tan solo uno (Art. 161 del C.P.P)

El objeto de la pericia es pues “los hechos para cuya incorporación al proceso o su interpretación se requieran conocimientos especiales de carácter científico, técnico o artístico. Se nombra peritos (...) coadyuvar al Fiscal en la búsqueda de la verdad”⁵⁰.

⁴⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. OB. CIT. P. 494

⁵⁰ García Valencia, Jesús. “La Pruebas en el Proceso Penal”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1996. P. 129.

- **Número**

Del primer párrafo del Art. 161, éstos necesariamente han de ser dos, a fin de que puedan aportar mayor conocimiento en el examen a practicar. Sólo en caso de urgencia y en casos excepcionales, como por ejemplo que no existan más de dos personas idóneas el Juez puede designar a tan sólo uno. Se entiende que al practicarse diligencias que puedan influir en la decisión del juzgador, posteriormente se ha de designar a otros peritos, a fin de que teniendo a la vista el primer peritaje, emitan un segundo, debiendo concurrir a la notificación y debates de los tres peritos.

- **Garantías en el proceso**

Indudablemente como toda diligencia procesal, la decisión de practicarse determinado peritaje puede efectuarse durante la etapa de la investigación, o sino presentarse y ofrecerse como una prueba de urgencia, luego de emitida la acusación y dentro de los tres días de notificado el auto de enjuiciamiento, y por otro lado la designación que se haga de peritos ha de ser puesto a conocimiento de los sujetos procesales, es decir, al imputado, al agraviado, a la parte civil y al tercer civilmente responsable como lo manda el Art. 160° de la norma procesal, ello a fin de que se puedan objetar si existiera impedimento, deducir tachas o también designar peritos de parte.

- **La imparcialidad**

El perito debe ser imparcial e independiente, lo que le da la fiabilidad a la pericia que emita.

El perito tiene plena libertad para practicar las operaciones, actos y experimentos que la ciencia prescriba, claras, para que orienten al Ministerio Público y al Órgano Jurisdiccional en la investigación de la verdad.

- **Nombramiento y juramento**

El nombramiento de perito corresponde en la etapa de investigación al juez en lo penal, quien lo podrá realizar de oficio, es decir, de propia iniciativa, o sino por que algún sujeto procesal así se lo pidió. No olvidemos que en el Juicio Oral si ya se formuló Acusación y se dicta el auto de enjuiciamiento, y al presentarse la petición de peritaje dentro de los tres días de notificado dicho autor, al haberse asumido plena competencia la Sala Penal, le compete a

éste el nombramiento de peritos, siempre y cuando lo acepten, y con conocimientos del Fiscal y los demás sujetos procesales. Una vez designados, en cualquier etapa de la instrucción se procederá a recibirles juramento si profesan alguna religión o promesa de honor si no profesan religión, debiendo expresar en ambos casos que desempeñaran el cargo con verdad y diligencia, advirtiéndoles que en caso de faltar a la verdad debidamente comprobado, han de incurrir en responsabilidad penal.

D. LA PRUEBA INDICIARIA

•Concepto

Sánchez Velarde, en su Manual de Derecho Procesal Penal, señala que la prueba indiciaria, es muy utilizada tanto en la investigación preliminar, como y sobre todo en la investigación y valoración de la prueba, aún cuando la jurisprudencia no guarde una línea expresa de reconocimiento.

El autor al citar a **Mixán Máss**, refiere que la prueba indiciaria es aquella actividad probatoria de naturaleza necesaria, discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio, mediante una inferencia correcta.

Concluye señalando que la prueba indiciaria es pues una prueba indirecta, pues proporciona al juez un dato cierto del cual pueda inducir mediante razonamientos crítico – lógicos, otro hecho que desconoce y que precisamente investiga. De tal manera que la autoridad judicial no percibe el hecho objeto de la prueba indiciaria, ni el otro hecho que lo represente de una manera expresa y directa, la relación es indirecta al tener ciertos hechos que lo llevan a razonar vinculándose con el objeto de la prueba. El elemento fundamental de la prueba indiciaria es el razonamiento lógico que consiste en deducir o inferir de un hecho probado otro que no lo está⁵¹.

Oré Guardia expresa que el indicio es un hecho o circunstancia a partir de los cuales se puede, mediante una operación lógica, inferir otro. La naturaleza probatoria del indicio radica en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya

⁵¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. OB. CIT. P. 690-692

realidad se pretende demostrar. Para que la relación sea necesaria, será preciso que el hecho “indicado” no pueda relacionarse con otro hecho que no sea el “indiciario”. El indicio será contingente, cuando el hecho indiciario requiera una explicación compatible con otros hechos indicados⁵².

Asencio Mellado señala que por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos, aquellos que tienen una significación inmediata para la causa⁵³.

Según los Códigos Procesales de 1991, 1995 y 2004 (Vacatio Legis), la aplicación de la prueba por indicios requiere:

- ✓ Que el hecho indicador esté plenamente probado y sea inequívoco e indivisible.
- ✓ Que el razonamiento vinculador esté basado en las reglas de la ciencia, de la técnica o de la experiencia.
- ✓ Que el otro hecho sea descubierto mediante el argumento probatorio inferido.

Que cuando se trate de hechos indicadores contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes (art. 246°, 277° y 158° respectivamente).

Los jueces deben de apreciar la prueba indiciaria en el contexto de todas las demás pruebas que aparezcan en el proceso penal.

La prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional.

En sí mismo no puede sostenerse que la prueba indiciaria es menos segura y más riesgosa que la prueba directa. En primer lugar, todo depende de la seguridad u objetividad

⁵² ORE GUARDIA,- OB. CIT. PP. 315.

⁵³ Ascencio Mellado, José María “Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria” en AAVV: Los Principios del Proceso Penal y la Presunción Constitucional de Inocencia. Consejo General del Poder Judicial; Madrid. 1992. P. 168.

de la fuente de prueba, lo que es común a ambas clases de prueba. Obviamente, es más seguro acreditar un hecho a partir de una constatación objetiva auxiliada por datos científicos y aportes periciales contundentes que darlo por probado en mérito a una declaración testimonial, pues en este último caso surge la valoración de la credibilidad del testigo.

Enseña **Roxin** al respecto que "una prueba indiciaria, en particular una prueba con medios probatorios materiales, en circunstancias puede, incluso, proporcionar una prueba más segura que las declaraciones de los testigos del hecho".

En segundo lugar, el tema de la inferencia pertenece a la fase de depuración de la prueba, común a toda la institución en su conjunto. Si bien en la prueba indiciaria se producen varias operaciones, vinculadas a la acreditación del indicio y a la ubicación y precisión de la inferencia, la actividad intelectual del juez, siempre presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia, resulta necesaria en todo análisis probatorio, sin interesar que se trate de una prueba directa o indirecta.

El fundamento de la prueba indiciaria, por consiguiente, no descama en razones de defensa social (evitar la impunidad de los delitos) sino que es el mismo fundamento lógico que justifica la utilización de las presunciones judiciales. En tal virtud, es de insistir que la prueba indiciaria no es un medio de prueba, sino un mecanismo intelectual para la prueba. La presunción judicial, y, por consiguiente, también la prueba indiciaria, tiene su encaje en la fase de depuración, situada entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba, como actividad intelectual del juzgador presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia, y tiene su apoyo en una afirmación base o indicio que debe estar totalmente acreditado⁵⁴.

A partir de lo expuesto, es posible identificar tres notas características de la prueba indiciaria: no es una prueba histórica, es una prueba crítica y es una prueba de probabilidades.

✓ El órgano o la fuente de prueba, en el caso de la prueba indiciaria, no expone un hecho histórico que conoce o expresa, puesto que el indicio es indicativo del mismo, se limita a sugerirlo, de ahí que esta prueba requiera de un raciocinio adicional, ineludible para llegar al conocimiento de un hecho. Las pruebas históricas, como destaca García Valencia, le representan al juez el hecho objeto de prueba, mientras que la prueba indiciaria le permiten deducir su existencia o inexistencia⁵⁵.

⁵⁴ Miranda Estrampes. OB. CIT. P. 225.

⁵⁵ GARCÍA VALENCIA. OB. CIT. P. 124

✓ La prueba indiciaria es crítica, desde que interviene el raciocinio. Prima el raciocinio en vez de la representación que es propia de la prueba histórica. La prueba indiciaria requiere de la lógica para posibilitar la inferencia que permita el conocimiento del hecho objeto del proceso. Inteligencia y lógica se unen para detectar el hecho indicio y formular la inferencia correspondiente.

✓ Cada indicio permite varias inferencias probables, correspondiendo a la inteligencia la función de ir descartando aquellas que no permitan procurar la certeza sobre un hecho. La suma de probabilidades determinará la certeza⁵⁶.

• Estructura de la prueba indiciaria

La estructura de la prueba indiciaria consiste, en primer lugar, en un indicio como hecho o afirmación base y, en segundo lugar, la presunción.

Al respecto, la Corte Suprema ha resuelto que la prueba por indicios requiere un hecho indicador; un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia, la técnica y la experiencia; una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes; y, la ausencia de contraindicios consistentes⁵⁷.

❖ El Indicio

Indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado. Es el hecho base de la presunción, es un dato fáctico o elemento que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos por la ley.

Es menester diferenciar el indicio de la sospecha y de la conjetura, a menudo confundidos en la práctica judicial. Como dice Paz Rubio, siguiendo la jurisprudencia española (STSE de 1 de diciembre de 1989), la *sospecha* es la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad; la *conjetura* es el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales

⁵⁶ MARTÍNEZ ARRIETA., Andrés. "La prueba indiciaria" en AAVV: La Prueba en el Proceso Penal. Centro de Estudios Judiciales. Madrid. 1993. P. 55-56.

⁵⁷ Ejecutoria suprema de 19 de mayo de 1995, Exp. N° 3732-94, Lima.

que se ven u observan; y, finalmente, el *indicio* es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho *{debidamente probado}*, dándole carácter de verosimilitud.

Por ello es que la Corte Suprema ha señalado que no tienen el carácter de indicios los datos no acreditados en forma plena.

En cuanto a la prueba del indicio, se sostiene que éste debe acreditarse por medio de prueba directa y que, por lo general, debe contarse con una pluralidad de indicios.

Martínez Arrieta, siguiendo a la jurisprudencia ordinaria española, insiste que el acreditamiento del hecho base requiere que sea perfecto, a través de prueba directa, sin que pueda admitirse que el mismo resulte, a su vez, acreditado por prueba indiciaria, por todos los riesgos que ello supondría⁵⁸. Sin embargo, si la presunción, como actividad intelectual probatoria que realiza el órgano jurisdiccional, es un mecanismo adecuado para formar la convicción judicial, no existe obstáculo alguno para que partiendo de una presunción se puedan formar nuevas presunciones.

Es de tener presente que la ley exige que el indicio esté acreditado y no prohíbe la concatenación de presunciones. Miranda Estrampes anota que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá de la existencia de un enlace preciso y directo entre la *afirmación base* y la *afirmación consecuencia*, de tal forma que de no existir el mismo su valor probatorio sería nulo, no por el simple hecho de la concatenación de las presunciones, sino porque faltaría uno de los elementos fundamentales integrantes de su estructura⁵⁹.

De otro lado, es común señalar que es menester contar con varios indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa. Ascencio Mellado precisa al respecto que un solo indicio, en un plano teórico, es suficiente para proporcionar tal seguridad, siempre que se esté ante supuestos de aplicación de máximas de la experiencia o científicas que puedan ser calificadas como seguras, hecho éste sin embargo bastante infrecuente.

Lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen indicios necesarios e indicios contingentes, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los *indicios necesarios* prueban por sí solos plenamente la veracidad del "dato indicado" al que conducen, por lo

⁵⁸ Martínez Arrieta: OB. CIT. P. 64.

⁵⁹ Miranda Estrampes: La mínima actividad probatoria en el proceso penal, cit., p. 242.

que están exentos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los *indicios contingentes*, que son los más numerosa, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del *tema probandum* o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o la inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no encarga generalmente el peligro del azar o de la casualidad⁶⁰.

Tratándose de indicios contingentes no es suficiente la *pluralidad* de ellos. También se requiere que estén interrelacionados, vale decir que sean *concurrentes y concordantes*, esto es, que no sean incompatibles entre sí, deben permitir vincularse entre sí y estar circunscritos a aspectos esenciales para conocer el *tema probandum* (v. gr.: referirse al mismo lugar o tiempo u oportunidad o móvil o propósito o hábito o concierto, etc.). El Supremo Tribunal insiste, siempre, que los indicios deben ser corroborados y concatenados, que es lo que hace que la prueba sea determinante.

Igualmente, se requiere que sean indicios *unívocos*, es decir, que apunten en una misma dirección, habiéndose descartado razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse.

En atención a lo expuesto la Corte Suprema ha precisado que resulta inaceptable una condena basada en supuestos y presunciones –en rigor, “sospechas”- no corroboradas por prueba directa ni indicios concurrentes que produzcan convicción acerca de la intervención del imputado en el delito acusado. También ha establecido que si se “...reúnen los indicios de presencia u oportunidad física, de capacidad de delincuencia o de oportunidad personal y de motivo o móvil (...); que recogidos así e interpretados todos los hechos y circunstancias que pueden conducir al descubrimiento de la verdad, por la labor de interpretación y de aproximación de los indicios que corresponde al juzgador, la pluralidad concordante de aquellos hechos y circunstancias...”, es del caso afirmar la autoría del acusado en el delito enjuiciado.

Un último requisito del indicio es que sea periférico respecto al dato táctico a probar. En efecto, apunta Paz Rubio: "No todo hecho puede ser relevante. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato táctico a probar. Por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como

⁶⁰ Mixán Mass, Florencio: Prueba indicitaria, BLG, Trujillo, 1994, pp. 114, 123-125.

derivado de *circum* y *stare*, implica "estar alrededor" y esto supone ópticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella”.

❖ Indicio y presunción de inocencia

Existe una relación entre la prueba indiciaria y la presunción de inocencia, pues ésta se mantiene hasta el momento de la decisión y judicial final, donde la existencia de los indicios serán objeto de valoración judicial. Los indicios pueden ser de tal naturaleza y fuerza que pueden avalar la presunción de inocencia o pueden desvirtuarla.

Al respecto, Montón Redondo explica los presupuestos necesarios para los indicios puedan desvirtuar la presunción de inocencia:

✓ No debe sustentarse en un solo indicio aislado, sino en varios que sean coincidentes.

✓ Tales indicios no han de desmentirse o desvirtuarse por otros que conduzcan a conclusiones distintas, entre la cuales se conocen como los *contraindicios* o *coartada*, pero sabiendo que si llegaran a demostrarse falsos podrían, a su vez, estimarse indicio de culpabilidad pues el acusado no tiene que demostrar su inocencia.

✓ Los hechos indiciarios han de estar absolutamente probados y relacionado -directamente o en conexión- con los presuntamente delictivos, no pudiendo tratarse de meras sospechas o conjeturas.

✓ Entre éstos y la convicción judicial derivada debe existir absoluta armonía, consecuencia de un juicio racional, coherente y lógico excluyente de todo subjetivismo, arbitrariedad o duda razonable.

✓ Debe motivarse suficientemente el enlace entre los hechos base y los hechos consecuencia, exponiéndose por qué se llega a una determinada, si fuera la única posible o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades.

E. LA PRUEBA DOCUMENTAL

El documento es todo aquel medio que contiene con el carácter de permanente una representación actual, pasada o futura del pensamiento o conocimiento de una aptitud artística o de un acto o de un estado afectivo o de un suceso o estado de la naturaleza, de la sociedad o de los valores económicos, financieros, etc., cuya significación es identificable, entendible de inmediato y de manera inequívoca por el sujeto cognoscente.

Según García Valencia, se entiende por documento toda expresión de persona conocida o conocida, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso como los planos, dibujos, cuadros, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, fonópticas y archivos electromagnéticos con capacidad probatoria⁶¹.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no le dedica un título específico a la prueba documental y los pocos artículos que le hacen mención presentan una nomenclatura diversa.

El Art. 231° del Código de 1991, trata este acto de investigación en el Capítulo IV, del Título V del Libro II, hace una enumeración siempre bajo un sistema de números apertus, de la que debe entenderse por documento. Similar redacción está contemplada en el Nuevo Código Procesal Penal 2004 en relación a la Prueba documental.

Son documentos públicos los que producen fé plena sobre su contenido, sólo pueden ser modificados mediante la impugnación en un juicio ordinario, ejemplos: los documentos expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, las escrituras públicas.

Son documentos privados los que contienen declaraciones de voluntad redactados sin observar ninguna formalidad, para que adquieran valor probatorio deben haber sido reconocidos judicialmente, ejemplo: un contrato privado, un recibo.

La correspondencia de una persona puede ser incautada por disposición del Juez que practica la investigación, quien puede tomar la parte que interesa a los fines de la investigación y devolver el resto.

Todo documento que relación con el delito o que provenga de él, debe ser secuestrado por orden judicial.

⁶¹ García Valencia. La Prueba en el Proceso Penal. Ob. Cit. p. 132.

Cuando se presentan problemas respecto al contenido del documento o a las firmas que aparecen en ellos, se recurre a la prueba grafotécnica para determinar si el documento es auténtico o falso, si ha sufrido alteraciones o no, si sus firmas son auténticas o falsificadas, etc.

2.2.2 LA PERICIA MÉDICO LEGAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES

El Dr. Eduardo Vargas Alvarado, al desarrollar el tema aspectos Médicos Legales de la violación cita al Juez Estadounidense Hale, quien señala lo siguiente: “La violación es muchas veces una acusación fácil de hacer, difícil de probar y más difícil de defender por la parte acusada”⁶².

Es por ello señala Vargas Alvarado: “La prueba es indispensable para fundamentar la denuncia de la persona agraviada, siendo los objetivos de la pericia médica: a) el diagnóstico de violación, b) el diagnóstico de la manera en que fue realizado el hecho delictivo y c) el diagnóstico de vinculación del agresor. Debiéndose realizar para el cumplimiento de dichos objetivos: el examen de la agraviada o del agraviado, el examen del agresor y el examen de la escena del delito”⁶³.

En nuestro país las instituciones que actualmente realizan las pericias médico legales son el Ministerio Público a través del Instituto de Medicina Legal y la Policía Nacional a través de la Dirección de Criminalística, División de Laboratorio Central en los Departamentos de Medicina Forense (En el área de antropología forense, si el caso requiere el reconocimiento de víctimas, por ejemplo: víctimas que luego de la violación han sido quemadas y requieren reconstrucción facial y corporal para su identificación, claro está en coordinación con el departamento de biología forense) psicología forense, biología forense y otros.

Art. 3 de la Ley N° 27055. Del examen y de los certificados.- Para el examen médico legal del niño o adolescente de violencia sexual: el Fiscal de Familia podrá recurrir al Instituto de Medicina Legal, a los establecimientos de salud del Estado, y a los centros de Salud

⁶² VARGAS ALVARADO, Eduardo. Medicina Forense y Deontología. Editorial Trillas. Primera Edición. México 1991.

⁶³ VARGAS ALVARADO, Eduardo. OB. CIT.

Autorizados. Los certificados que expidan los médicos de los establecimientos en mención, tienen valor probatorio del estado de salud física y mental en los citados procesos. La expedición de los certificados médicos y la consulta que lo origina son gratuitas.

2.2.2.1. EXAMEN DE LA AGRAVIADA O AGRAVIADO

El examen que se le realiza a la víctima, (de sexo femenino o masculino), esta constituido por un examen general y preferencial tendiente a determinar las lesiones por este tipo de delitos. Para realizar este examen se debe contar con los siguientes requisitos:

- ✓ Oficio solicitando examen físico específico para este tipo de delitos, remitido por Organismos y dependencias la PNP, Ministerio Público, Poder Judicial y Fuero Privativo⁶⁴
- ✓ Consentimiento informado de la víctima o de su representante.
- ✓ Presencia de un testigo durante la realización del examen.

Como todos sabemos este examen se realiza según lo establecido por la Ley 27115 en su artículo tres, sobre el proceso judicial en los delitos contra la libertad sexual.

El artículo 3.2 de la Ley N° 27115, contempla el examen médico legal del sujeto pasivo del delito; Establece: 1) que su actuación está condicionada al consentimiento de la víctima; 2) que su realización corresponde a un médico del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar; y, 3) que a ese examen sólo se permite la asistencia de otras personas previo consentimiento de la víctima.

Caro Coria señala: "El examen médico legal es, en rigor, una pericia y, como tal, destinada al esclarecimiento de los hechos. Esta pericia, como se sabe, tiende a establecer el perjuicio sexual de la víctima e importa la revisión de esfínteres y de lesiones sufridas por la víctima: no se trata de una pericia típica o diligencia especial regulada específicamente en el Capítulo VII del Título V del Libro Segundo del CPP 1991, aunque es clásica en el ámbito forense"⁶⁵.

⁶⁴ Manual de Organización y Funciones del Departamento de Medicina Forense DIVLAB-IRCRI.

⁶⁵ CARO CORIA, Dino Carlos, SAN MARTÍN CASTRO, César. Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales- Aspectos Penales y Procesales.- Editorial y Distribuidora Jurídica GRIJLEY EIRL... 1º Edición setiembre del 2000. P. 259

Frente a la negativa de la víctima a dar su consentimiento para el examen; se realiza el análisis de su procedencia desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

El examen pericial a cargo de un profesional médico, acompañado de un auxiliar, deja abierta la posibilidad para que pueda firmar un perito médico y un perito licenciado en obstetricia, tal como lo realiza el Departamento de Medicina Forense de la División de laboratorio Central de Criminalística de la PNP. (el nombramiento de peritos - está condicionado a que "... sea necesario conocer y apreciar algún hecho que requiere conocimientos especiales") y se cumpla lo establecido en el artículo 161° del C de PP, que establece como requisito dos peritos; de no ser el caso, por un solo perito médico basado en el artículo 166° del C. de PP y en el artículo 3.2 de la Ley N° 27115 que establece que el experto en materia pericial sexual es el "médico encargado del servicio", el cual según el artículo 3 de la Ley N° 27055, puede ser del Instituto de Medicina Legal, o establecimiento de salud Estatal autorizado.

"Es claro, como anota PAZ RUBIO, que la exigencia de dos peritos se fundamenta en la necesidad de que el Tribunal en la apreciación de los hechos pueda confrontar y contrastar al menos dos puntos de vista de carácter técnico y científico para formar su convicción en conciencia; empero, de lege ferenda, si el documento pericial ha sido elaborado por integrantes de un equipo de especialistas y sólo lo firme uno, no puede reputarse la existencia de un vicio relevante que determine que el imputado, por ese solo hecho, se le haya limitado su derecho de defensa"⁶⁶.

La exclusión de asistencia de terceros, sólo se justifica si aquellos son extraños a las partes y al órgano jurisdiccional. Pero no cabe excluir según Caro Coria la presencia de un consultor técnico o perito de parte designado por el imputado, dado que lo contrario significaría limitar el derecho al contradictorio y tolerar una indefensión material en perjuicio del imputado al verse privado de poder refutar, de ser el caso, la viabilidad técnica de los exámenes realizados por el perito oficial.

A. **INTERROGATORIO.**- Se realiza para determinar:

- ✓ Cuando ocurrió el hecho: la fecha y hora exacta; si fue día festivo o laborable.

⁶⁶ Paz Rubio. La Prueba. OB. CIT.P. 172 - 174

✓ Cómo se llevó a cabo el hecho: La manera en que fue llevada la víctima a la escena, la característica de la relación sexual (vaginal o anal, ambas sucesivamente; si fue obligada a coito oral, a masturbar al agresor o a adoptar posiciones sexuales especiales o sometida o cunilinguo, etc); si fue amenazada con armas u otra forma de intimidación, golpeada o atada; si se le suministro alguno bebida, inyección o comprimido, etc.

✓ Lugar del Hecho: hotel, casa, vía pública, parque, edificio, automóvil, etc.

✓ Quienes la agredieron: Conocidos o desconocidos; relación con la víctima (ascendiente, descendiente, colateral, novio, ex novio, ex amante, etc.).

B. INSPECCIÓN.- En la inspección se determina:

✓ Actitud de la víctima: (angustiada, desinhibida, indiferente, agresiva, mutismo, indignada, etc.)

✓ Si acude acompañada de personas y cuantas, su actitud con ella previo al ingreso del examen, desorden o orden de los cabellos, maquillaje, tipo de ropa, si éstas son limpias o sucias; desgarradas, lesiones visible etc.⁶⁷

C. EXAMEN DE LESIONES.- El médico Legista considera tres áreas:

✓ El área genital.- Comprende los genitales externos, la región anorrectal y la zona triangular entre ambos, llamada periné.

✓ El área paragenital.- Esta representada por la superficie interna de los muslos, las nalgas y la parte baja de la pared anterior del abdomen.

✓ El área extragenital.- Es la porción restante de la superficie del cuerpo. Interesa sobre todo las mamas, el cuello, las muñecas y los tobillos.

⁶⁷

❖ Examen genital en niñas violadas

La violación en niñas siempre causa lesiones y estas son mayores mientras menor edad tenga la víctima, siendo las lesiones en niñas menores de 6 años las más grotescas, que inclusive pueden causar la muerte debido a que es imposible el acceso carnal a tan corta edad por el poco desarrollo de los genitales externos e internos.

Al respecto el Brasileño Rivas Souza señala:

“Antes de los seis años el acceso carnal es imposible y de 6 a 11 años la desfloración causa lesiones graves, como desgarros de la horquilla, del tabique recto vaginal, etc. Las violaciones sin violencia, con consentimiento y participación infantil, que suelen ser violaciones progresivas, pueden no ocasionar lesiones. En este sentido hay que tener en cuenta la pubertad precoz, hecho que se acompaña de mayor desarrollo de los genitales internos y externos. Fuera de esta circunstancia se puede apreciar a menor edad, mayores daños⁶⁸.

❖ Examen Genital de mujeres que antes del hecho delictivo no habían sido desfloradas.

En mujeres con pubertad precoz o mayores de catorce años, cuyos genitales internos y externos tienen mayor desarrollo, que hace posible el acceso carnal, la principal prueba médico legal de violación es la desfloración; que no se produce en casos de himen dilatado o himen dilatado (cuando el pene es pequeño).

Al respecto el Argentino José Angel Patitó señala: “Al observarse que hubo atravesarse el himen, se estará en presencia del principal elemento medicolegal y jurídico del delito de violación en la mujer que antes del hecho no había sido desflorada, o sea que se está en condiciones de decir que en esa circunstancia hubo acceso carnal⁶⁹.

Entendiéndose por desfloración: “La desfloración consiste en la ruptura de la membrana himeneal exclusivamente con el pene⁷⁰”.

⁶⁸ RIVAS SOUZA, Mario.- Medicina Forense. Ediciones Cuellar. Segunda Edición México 2001. P. 198.

⁶⁹ RIVAS SOUZA, Mario. OB. CIT.

⁷⁰ ANGEL PATITÓ, José. Medicina Legal. Ed. Centro Norte. Segunda Edición. Argentina 2001. P. 325.

Cuando la ruptura del himen es producida por otra causa el médico legista la especifica: por ejemplo si es digital, por apaleamiento, etc.

La desfloración inmediata se presenta al examen en estado de herida, es decir solución de continuidad y sangrante. Este período dura aproximadamente un máximo de tres días. Una desfloración mediata está ya cicatrizada, es decir ya completadas todas las etapas de cicatrización. El tiempo que tarda en organizarse el tejido fibroso es término medio de 7 a 10 días; para la escuela Médico Legal Costarricense ruptura reciente significa menor de diez días y antigua mayor de diez días

Si el diagnóstico de ruptura reciente fuese necesario establecer con mayor precisión el número de días, podría realizar la biopsia del himen, que consiste en tomar una pequeña tira del labio de ruptura para su estudio microscópico.

“Una vez efectuada la rotura del himen por desfloración, sus lóbulos, es decir los restos entre los desgarros, se denominan curúnculas himeneales y luego de partos o dilataciones mecánicas, curúnculas mirtiformes⁷¹”.

➤ Diagnóstico de ruptura

La ubicación de una ruptura del himen se efectúa de acuerdo con el cuadrante del reloj. Así, una ruptura sobre el eje vertical se dice que está a las seis o a las doce, según ocupe el extremo inferior o superior de dicho eje.

En el himen anular, las rupturas pueden estar a las 2, 5, 7 y 10. En el himen semilunar, a las 4 y 8; en el himen labiado, a las 6 y 12.

La localización más frecuente de ruptura en los tipos de hímenes anular y semilunar se da entre las cuatro y las cinco del cuadrante horario.

La verdadera ruptura de himen debe llegar hasta el borde de inserción. Si es reciente, sus labios muestran signos de inflamación aguda; es decir, están sangrantes o enrojecidos, tumefactos o hinchados, algo calientes y dolorosos. Si la ruptura es antigua, los labios se encuentran cubiertos por tejido de cicatriz.

⁷¹ RIVAS SOUZA, Mario. OB. CIT. P. 205.

➤ **Diagnóstico diferencial con escotadura congénita**

Puede suscitarse la necesidad de establecer esta distinción en el caso de ruptura antigua. La diferencia fundamental reside en que la ruptura está revestida por tejido de cicatriz, mientras la escotadura congénita lo está de epitelio pavimentoso estratificado como el resto de la membrana.

Diagnóstico diferencial

Escotadura congénica	Desgarro
Incompleta	Completa
Bordes regulares	Bordes irregulares
Simétricas	Asimétricas
Bordes recubiertos por epitelio pavimentoso	Bordes constituidos por tejido fibroso y retraídos.

➤ **Elasticidad del Orificio**

Desde este punto de vista, un himen íntegro puede ser dilatado o dilatado. Este último también se conoce como himen complaciente.

Himen dilatado.- El orificio se presenta anormalmente grande y tiene bordes flácidos. Esta condición puede ser congénita o adquirida. En su modalidad adquirida se debe a maniobras repetidas de dilatación progresiva, por onanismo, por coitos de penetración incompleta o por pene de dimensiones modestas.

Himen dilatado.- El orificio se presenta de diámetro usual, pero se distiende al paso de dos dedos del examinador, para volver a su tamaño habitual una vez retirados. Su elasticidad se debe aun mayor contenido de fibras elásticas, de manera que permite el acceso carnal sin romperse.

❖ **Examen genital de mujeres que antes del hecho delictivo, ya habían sido desfloradas.**

Los signos de violación y lesiones que se encuentran son principalmente extragenitales. Los signos genitales se reducen tan sólo a las consecuencias de maniobras digitales y

ungueales; pero si el examen es hecho de inmediato, se presentan la vulva y vagina con congestión y rubicunda.

❖ **Examen médico legal de la vía anal**

En este examen se establece: a) el aspecto de los pliegues radiados; b) tonicidad del esfínter anal y c) diagnósticos de rupturas o desgarros.

➤ **Aspectos de los pliegues radiados.-** Se verifica si están conservados o borrados y también si el ano tiene forma de embudo.

➤ **Tonicidad del esfínter anal.-** La consistencia del anillo muscular que cierra el recto se aprecia mediante el tacto rectal. Puede estar conservada o disminuída. En este último caso, se habla a veces de hipotonía del esfínter. Esta condición puede ser de naturaleza congénita o de carácter adquirido. Entre estas últimas causas se cita el coito anal habitual (Thoinot) y la introducción frecuente de cuerpos extraños en prácticas sexuales solitarias. Los coitos anales crónicos presentan dilatación del esfínter por abertura de los pliegues radiados, llegando a borrarse en forma parcial o total, si es total puede existir perdida parcial o total de heces fecales. Probablemente no se observe eritema o equimosis pero siempre hay que descartar problemas neurológicos de nervios del área anatómica.

➤ **Diagnóstico de ruptura.-** El coito por vía anorrectal no consentido determina, en todos los casos sin excepción, lesiones de mayor o menor jerarquía. En caso de violación anorrectal es posible determinar, si se trata de una relación que no contó con el consentimiento de la víctima debido a que es completamente distinto el resultado del coito por esta vía del que se logra por vía anterior o vaginal en casos de violación.

La penetración contra la voluntad del accedido, provoca la contracción esfinteriana, que en forma intensa se resiste, oponiéndose al acceso, el cual sólo se logra si se provocan lesiones que van desde simples escoriaciones o equimosis, hasta desgarros de pequeña o gran magnitud, como el de hora seis, de forma triangular, con base en el margen anal vértice en el periné, el llamado signo de Wilson Johnston.

También se puede encontrar lo que se denomina parálisis antológica esfinteriana. Se trata de una dilatación del esfínter, que puede tener un diámetro de 1,2 hasta 2,5 cm. que se evidencia frecuentemente, provocada por el intenso dolor originado por las lesiones

existentes. El Departamento de Medicina Legal de la Procuraduría de Justicia en el Estado de México, la denomina signo de la “O” positiva.

Hofman citado por Rivas Sousa, señala que: “Los signos de una distensión violenta del orificio del ano son principalmente excoriaciones, roturas de la mucosa y aun lesiones más profundas, como síntomas secundarios de irritación. Estos signos se encuentran con tanta facilidad cuando más brutal haya sido el coito y por consiguiente cuanto mayor haya sido la desproporción entre las dimensiones del pene y el diámetro del orificio anal, sobre todo en los niños de poca edad”.

En el niño cuanto más corta es su edad mayores son las lesiones. Dichas lesiones traumáticas van desde: la rubicundez; los desgarros de la región del esfínter, que son más o menos numerosos y profundos hasta la deformación infundibuliforme del ano. Los atentados agudos pueden determinar la retracción hacia arriba del ano, formándose una especie de infundíbulo (infundíbulo anal).

Asimismo López Gómez y Gisbert Clabuig señalan: “En los casos en que la introducción del pene en el conducto retroanal y más concretamente, a través del orificio anal, haya sido brusca y acompañada de violencia, se producirán lesiones resultantes de la forzada distensión del ano, que asumen la forma de excoriaciones, laceraciones, desgarros o grietas de la mucosa de los pliegues radiados de la piel. Otros trastornos son el escozor, dolor o malestar que notan las víctimas al andar y sobre todo durante la defecación. Estas lesiones evolucionan por lo general en un plazo breve, ordinariamente menor de cinco días; si las lesiones han sido más extensas y las condiciones locales y generales de la víctima desfavorables, se necesitan plazos mayores, que en los casos extremos puede llegar a diez o quince días”.

Las lesiones de forma análoga al himen se localizan de acuerdo con cuadrantes del reloj, en la posición de examen del paciente, suelen estar localizadas a las 11 y a la 1.

Cuando son de pequeñas dimensiones se les denomina fisuras. En cambio, en algunos casos, especialmente en niños, pueden extenderse a través del periné y de la pared rectal.

❖ Examen médico legal del área paragenital

En el área paragenital son frecuentes las equimosis y los estigmas ungueales en la cara interna de los muslos, producidos por las manos del agresor al tratar de vencer la resistencia de la víctima; las escoriaciones y a veces pequeñas heridas punzantes en las nalgas debidas a cuerpos extraños de la superficie sobre la cual la víctima ha sido acostada.

❖ **Examen médico legal del área extragenital**

En el área extragenital se pueden presentar sugilaciones, estigmas ungueales y equimosis por pulpejos en el cuello; sugilaciones y marcas de dientes en las mamas; equimosis ocasionadas por presión de ataduras o de manos del agresor, en el nivel de muñecas y tobillos. Asimismo marcas de venopunción, que indica el uso de fármacos con fines de placer o de vencer la resistencia o a tentativas suicidas.

❖ **MUESTRAS PARA LABORATORIO**

Tienen como objetivo:

❖ **Establecer penetración del pene del agresor:** Un importante indicio de penetración es la presencia de semen o de líquido prostático en vagina, en recto o en la boca. En los individuos azoopérmicos se determina la enzima fosfoglucomutasa o sustancias como las prostaglandinas del semen. La fosfatasa ácida de origen prostático, puede ser positiva en la vagina hasta por espacio de treinta y seis horas, y en manchas secas en tela hasta por tres años. Los espermatozoides pueden conservar su motilidad en vagina durante cuatro a seis horas, y en conducto cervical hasta diecisiete días. En ropas ha sido posible reconocer espermatozoides inmóviles hasta un año después.

❖ **Establecer grupos sanguíneos de víctima y agresor:** La toma de muestras de sangre y saliva de la víctima, tienen por objetivo establecer si hay tipo secretor; de este modo, toda mancha que muestre grupos diferentes corresponderá al agresor o agresores.

❖ **Establecer la administración de tóxicos a la víctima:** Los exámenes toxicológicos determinan la ingesta de alcohol, psicotrópicos y estupefacientes como la cocaína. En caso necesario sugerido por el interrogatorio y el examen físico, se realiza análisis para anestésicos, por lo común inhalables.

❖ **Establecer las enfermedades de transmisión sexual preexistentes en la víctima y embarazo preexistente a la agresión:** Los análisis bacteriológicos para enfermedades de transmisión sexual y las pruebas de embarazo tienen la finalidad aclarar responsabilidades. Si en el examen realizado poco después del hecho resultan negativos, su positividad posterior permite correlacionarlas con el hecho mediante la cronología. Así, la aparición de gonorrea dentro de la semana

siguiente; sífilis dentro de las tres semanas posteriores, o prueba de embarazo positiva a partir de un mes, pueden atribuirse a la violación.

❖ **Determinar la presencia de fibras y pelos para identificar el lugar del hecho y el agresor:** Las fibras y pelos se buscan en ropas, cabellos, piel, vagina y recto.

Cabe resaltar la siguiente jurisprudencia, que ilustra la importancia de la pericia médico legal, en la cual a través de un indicio, en este caso la presencia de vellos pubianos del encausado en la región anal de las víctimas, corroborado mediante pericia biológica, han sido suficientes para deducir que de la violación sexual sufrida por las menores el desenlace de muerte.

“... el resultado del dictamen pericial de biología forense establece que los caracteres de los vellos pubianos del encausado N.G.M. son de similitud homóloga con el vello encontrado en la región anal de una de las víctimas, es así, que conforme a las circunstancias en que se produjeron los hechos y lo establecido en los protocolos de autopsia en el sentido que no hay seguridad plena respecto de las causas de las muertes de las niñas, es razonable deducir que dichas muertes hayan sido producto de la violación sexual a que han sido sometidas las impúberes, lo cual resulta coherente al conocerse por medio de la ciencia médica que en el caso de las niñas menores de doce años no existe el suficiente desarrollo de los órganos genitales externos y de la vagina, además de haber una enorme desproporción entre ellos y el miembro viril, pues al tratar de introducirlo dentro de la vagina, violenta todos los tejidos y no sólo rompe el himen brutalmente sino que hace lo mismo con la horquilla vulvar ..., produciendo amplios desgarramientos ..., llegando en algunos casos a romper el tabique recto vaginal, estableciéndose comunicación entre estas dos cavidades sépticas, recto y vagina que irremediablemente producirá la muerte de la víctima” (Dictamen: 3447-97 1FSP-MP)⁷².

❖ **LA PERICIA PSICOLÓGICA**

La psicología es aquella ciencia que estudia el comportamiento humano, la estructura de la personalidad, las redes del soporte social en los que la persona delinea su imagen individual y colectiva.

⁷² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Discriminación sexual y aplicación de la Ley Volumen IV. -Derecho penal - Derecho Constitucional. Primera edición Lima Perú 2000. P. 83.

Siendo esto así, la pericia psicológica ha de ser la evaluación que lleva a cabo el psicólogo sobre las características de la personalidad y el estado de salud mental, cuyo resultado evidentemente establecerá la comisión psíquica y de personalidad de una persona implicada en la comisión de un hecho delictuoso. El examen comprenderá la explotación psíquica mediante una historia completa y la aplicación de tesis psicométricas.

Esta pericia podría solicitarse en los siguientes casos:

- ✓ Para descartar psicopatologías de la personalidad.
- ✓ Para el diagnóstico o desempeño de los roles de parentesco (padre, madre o sustitutos de tutela, régimen de visitas, peligro moral o abandono).
- ✓ Cuando el especialista médico psiquiatra requiere apoyo en las pruebas de inteligencia y personalidad.
- ✓ En aquellos casos de delitos contra la libertad sexual, sobre todo cuando la agraviada es menor de edad, con el fin de determinar los daños como consecuencia del delito del que ha sido víctima.⁷³

La Ley N° 27055, en su artículo 1° establece que el Fiscal de Familia, con carácter imperativo, debe ordenar la evaluación clínica (materia del examen médico legal) y psicológica de la víctima menor de edad.

Esta evaluación, tratándose de menores, se realizará por especialistas, que en este caso serán psicólogos, del Instituto de Medicina Legal, de los establecimientos de salud del Estado o de los centros de salud autorizados. La pericia psicológica comprende dos ámbitos: a) la presencia de algún desajuste emocional y de traumas que el testigo víctima ha podido sufrir como consecuencia del ataque de que fue objeto, en suma de su estado de salud psicológicas; y, b) la apreciación psicológica del testimonio en cuanto la víctima es un testigo presencial del delito, a fin de ayudar al tribunal a valorar adecuadamente la información que aquella proporciona: interesa que el testimonio sea verdadero y no únicamente sincero subjetivamente..

Caro Coria al citar a DIGES JUNCO y ALONSO-QUEECUTY, expone: La psicología forense experimental ha recibido aportes de investigaciones que permiten detectar las

⁷³ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco.- Derecho Procesal Penal - Vol. I, Pag 384

posibilidades fuentes de error que pueden influir en los testigos honestos, reduciendo la exactitud de sus declaraciones e identificaciones, así como determinar el valor real de los índices de detección de mentiras para descubrir falsedades en las declaraciones de testigos deshonestos, recibiendo especial atención los niños víctimas de abusos sexuales; por tanto, hoy la psicología dispone de procedimientos fiables que permiten evaluar no sólo la madurez cognitiva de los testigos infantiles, sino también en qué medida lo que exponen en su testimonio es real o no para lo cual está figura del psicólogo forense experimental.⁷⁴

2.2.2.2. EXAMEN DEL AGRESOR

Se realiza para determinar los siguientes aspectos:

- ✓ Capacidad de erección.
- ✓ Fuerza física para vencer a la víctima.
- ✓ Signos de coito reciente.
- ✓ Signos de coito reciente efectuado con violencia.
- ✓ Signos que lo vinculen con el delito investigado.

Para ello es necesario el examen físico; las muestras para laboratorio y la evaluación psicopatológica.

❖ Examen Físico

a. **Signos generales.**- Se trata de establecer la posibilidad de que el sospechoso sea el autor de la violación. Dichos signos son el tipo constitucional, talla, peso, desarrollo musculoesquelético y desarrollo genital. Su actitud, fascies y gesto contribuyen a esta impresión. Además, el examen de las ropas y de la superficie corporal puede proporcionar indicios como fibras, manchas y pelos que lo vinculen con el hecho.

b. **Signos especiales.**- Ayudan a determinar elementos propios de la posible condición del sospechoso como autor de este delito específico. Esto implica el examen de las tres áreas ya

⁷⁴ CARO CORIA, Ob. Cit. p. 268.

mencionadas en ocasión del estudio de la víctima: área genital, área paragenital y área extragenital.

c. **Examen médico legal del área genital.**- En el glande y el surco balanoprepucial, se buscan lesiones o cuerpos extraños.

❖ **Muestras para laboratorio**

Las muestras que se suministran al laboratorio tienen por objeto establecer: Signos de coito reciente, grupos sanguíneos de la víctima y del presunto violador, enfermedades de transmisión sexual preexistentes, tóxicos, fibras y pelos correspondientes a la víctima y al lugar del hecho.

Un signo de coito reciente es la identificación del corpúsculo de Barr, como característica femenina de células obtenidas mediante el lavado del pene con solución salina, en el nivel del surco balanoprepucial (Given 1976). Otros elementos son manchas de sangre y secreciones vaginales que hayan quedado en el área genital, en el área paragenital y en las ropas del sospechoso.

En ocasiones conviene aclarar si el sospechoso es azoospermico, para lo cual se efectúa el análisis de una muestra de semen tomada tres días más tarde.

Al igual que en la víctima, al acusado se le deben tomar muestras de sangre y de saliva para establecer el grupo sanguíneo y la posibilidad de que sea tipo secretor. Esta última característica debe verificarse también en el semen.

Al laboratorio toxicológico se le suministrarán muestras de sangre y orina para investigar alcohol, psicotrópicos y estupefacientes. También se envía sangre para análisis serológicos y bacteriológico, con el objeto de investigar sífilis y virus del síndrome inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Para benorragia se suministrará secreción uretral. En el vello pubiano, los cabellos y las ropas se buscarán pelos de la víctima y fibras que correspondan a la escena del hecho.

❖ **Pericia psiquiátrica**

Procesalmente es aquel documento de carácter clínicopsiquiátrico-legal, ordenado por la autoridad competente en cumplimiento de la ley, que refleja la condición mental del individuo y por medio del cual el psiquiatra cumple la finalidad de asesoría para la correcta

administración de justicia. El tratadista Gutiérrez Ferreyra⁷⁵ en su obra “PSIQUIATRÍA FORENSE” la define: “como un documento científico, basado en el estudio de la condición mental de un individuo determinado, ordenado por la ley, que sirve ha este como uno de los elementos de juicio para pronunciarse acerca de la responsabilidad relativa a un hecho delictuoso; o bien, a su capacidad o incapacidad para el libre ejercicio de sus derechos civiles”.

Siendo la pericia psiquiátrica un documento científico basado en la condición mental de un determinado individuo, ha de cumplir los siguientes requisitos:

Deberá ser efectuado por dos peritos, los cuales deben ser médicos competentes en la especialidad de psiquiatra, nombrados de acuerdo a los artículos 160°, 161° y 166° del C. de P. P, pudiendo en caso de urgencia ser sólo uno.

Son solicitados para que el Ministerio Público y el Poder Judicial, dependiendo del resultado de la pericia, concluya en una acusación y en la imposición de una pena o de una medida de seguridad.

La pericia psiquiátrica se solicita cuando hubiera sospecha de que el imputado sufre de enajenación mental o de otro estado psicológico, que pudiera modificar a alterar su responsabilidad.

Como se ve, la importancia de este tipo de pericia es evidente para aquellas personas que presentan algunos rasgos de alteración mental, al cabo de cual se ha de establecer si el investigado es imputable o inimputable, y en los procesos penales por tráfico de drogas, específicamente en la posesión de drogas con fines de microcomercialización, en la que se alega la condición de fármaco dependiente.

En el estudio psicopatológico del violador tiene dos objetivos principales: 1) Establecer el grado de imputabilidad y 2) Aclarar la psicodinamia de su acción. Respecto del primer objetivo, Achával afirma: “Solo la apreciación y el estudio de una personalidad muy patológica podrán permitir la discusión sobre si pudo comprender la criminalidad del acto o si pudo perder la capacidad de dirigir sus acciones⁷⁶”.

“Mediante el análisis de la casuística del Departamento de Medicina Legal de Costa Rica, Garzona (1981) encontró las siguientes características en los violadores:

- ✓ Personalidad sociopática 21%

⁷⁵ GUTIERREZ FERREYRA, C. Psiquiatría Forense. P. 442.

⁷⁶ ACHAVAL, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. P. 105.

- ✓ Personalidad esquizoparanoide 16%
- ✓ Alcoholismo 14%
- ✓ Retardo mental 12%
- ✓ Personalidad inadecuada 9%
- ✓ Organicidad cerebral 7%

“En cuanto a la psicodinamia, ha permitido establecer varias clasificaciones referidas a la violación y al violador. En lo que concierne al acto, Seghorn y Cehen (1980) describen cuatro grupos:

- ✓ Violación motivada por un impulso sexual incontrolable.
- ✓ Violación que en sí constituyó una defensa contra deseos homosexuales.
- ✓ Violación que fue la expresión de sentimiento de agresión contra las mujeres.
- ✓ Violación que expresa una disposición más general de rapiña o voracidad.

Por su parte, Gehard y Cols. (1965) han descrito dos categorías de violadores:

Violadores para quienes la agresión es el medio para lograr un fin, de manera que no emplean más fuerza que la necesaria a ese propósito (generalmente el coito).

Aquellos para quienes la violencia es el fin mismo o al menos una meta secundaria. En estos casos, la mujer es sometida a más fuerza de la necesaria o se le maltrata una vez que la actividad sexual ha concluido.

❖ Examen de la escena del delito

La investigación de la escena del hecho tiene por objetivos recolectar indicios para:

- (a) Confirmar la comisión del delito.
- (b) Determinar la forma en que fue realizado.
- (c) Establecer la vinculación del acusado con el hecho.

Al igual que en otras escenas, se establecerán:

- ✓ **Signos generales.**- Orden, desorden; ubicación probable de los protagonistas; posibilidad de que los gritos de auxilio de la víctima pudieran haber sido escuchados por terceros, etc.
- ✓ **Signos especiales.**- Manchas de semen, sangre y saliva en sábanas, suelo, césped o plantas; presencia de pelos y trozos de ropas; preservativos etc.

Por consiguiente, las muestras pueden ser criminalísticas, inmunohemotológicas, bacteriológicas y toxicológicas.

“El hallazgo de la punta de la lengua en el suelo de la habitación de un hotel, permitió identificar y detener poco después al autor, quien apenas ingresaba en un hospital a causa de sangrado profuso en la boca”.

2.2.3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1. LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

Partamos definiendo que entendemos por libertad sexual; se entiende como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, a la capacidad de actuación sexual.

Entendida en sentido positivo-dinámico y negativo-pasivo. El aspecto positivo dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer de su cuerpo para efectos sexuales; el cariz negativo - pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir⁷⁷

“La libertad sexual es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales⁷⁸”.

⁷⁷ CARMONA SALGADO. “Delitos Contra la Libertad Sexual”, en Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I, Madrid, 1996. P. 302-303.

⁷⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. Gaceta Jurídica, Primera Edición. Lima Perú año 2002. P. 21

Si bien es cierto en el Código Penal Peruano, la denominación y el encabezamiento legal hacen referencia al bien jurídico libertad sexual; estos delitos no sólo protegen la libertad sexual sino también la indemnidad sexual o intangibilidad sexual.

Se protege la libertad sexual, en los delitos violación sexual (art. 170°), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174°), seducción (art. 175°) y actos contra el pudor de persona de 14 a más años (art. 176°). Por otro lado se protege la "intangibilidad" o "indemnidad sexual", en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque "sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia" o "retardo mental" (art. 172°), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171°), o por su minoría de edad (arts. 173° y 176° -A).

El autor Castillo Alva, José Luis, en su tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, señala: "La objeción que se puede dirigir a la actual rotulación de los delitos sexuales es que, por un lado, enuncia y describe solo una de las posibles modalidades típicas: la violación; y por el otro lado se enfatiza que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido, pues falta aquí una referencia a la indemnidad o intangibilidad sexual. Lo correcto sería emprender en el futuro un serio proceso de reforma que elimine la referencia a la violación como única modalidad de comportamiento típico y que complemente a su vez el bien jurídico libertad sexual con la alusión a la indemnidad sexual. Dicho encabezamiento sistemático podría aludir a "Los delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual".⁷⁹

Sin embargo cabe mencionar lo que señala Berenger, citado por el mismo autor: ".... Una rotulación legal no debe condicionar la interpretación de los tipos penales, ni tampoco ha de identificarse dicho encabezamiento con el bien jurídico protegido, aunque en ocasiones suele coincidir"⁸⁰

Sin bien es cierto nuestro Código Penal, agrupa en un solo Título a los delitos contra la Libertad e Indemnidad o Intangibilidad Sexual, regula diferencialmente dichos comportamientos y establece una protección más intensa a los últimos, por la mayor afectación individual con relación a los primeros.

⁷⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. OB. CIT. P. 19

⁸⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. OB. CIT. P. 19

“Nuestra legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica de “Violación de la libertad sexual”, regula diferenciadamente los comportamientos que atacan la indemnidad sexual, estableciendo una protección más intensa debido a la mayor afectación individual en relación a los atentados contra la libertad sexual”.⁸¹

Materia de estudio de esta tesis es los delitos de violación en los menores de edad, en los cuales el bien jurídico protegido no sería la libertad sexual, sino la intangibilidad o indemnidad sexual; es decir se sanciona la actividad sexual en si mismas, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.⁸² Si se desea mantener a tales personas lejos de toda injerencia sexual, que no puedan consentir jurídicamente, el estricto no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual⁸³. El ejercicio de la sexualidad en los menores se prohíbe porque esta puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro. Entendemos entonces por indemnidad sexual, al derecho del libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores.

Cabe mencionar lo que expone Bramont Arias, en su libro Código Penal anotado: “Hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se protege la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aún si la tuviera fácticamente, se considera por el legislador irrelevante. Así en los delitos sexuales cometidos contra una persona privada de razón o de sentido, falta temporal o permanente, la capacidad cognitiva de comprender las diversas posibilidades y elegir entre ellas, por lo que no se puede atacar una libertad sexual de la víctima que es inexistente.

De igual forma puede argumentarse en los tipos penales que protegen a los menores de catorce años, aunque por causas distintas. A partir de este planteamiento, surge la idea de que en estos tipos penales el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual⁸⁴.”

⁸¹ CARO CORIA, Carlos y Cols. OB. CIT. P. 70

⁸² DEL ROSAL, Blasco. “Los delitos Contra la Libertad Sexual, en Estudios sobre el Nuevo Código Penal de 1995”. Valencia. 1997. P. 161.

⁸³ BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2da. Ed. Barcelona. 1991. P. 113 - 114

⁸⁴ BRAMONT ARIAS, Luis. Código penal anotado. Primera Edición 1995. Editorial San Marcos. P. 382.

En los delitos contra la libertad sexual, es imprescindible que la aplicación de las modalidades comisivas (disvalor de la acción) sirva como medio y vía idónea para el logro del acto sexual, un acto análogo o un contacto corporal de naturaleza sexual. En efecto el injusto penal de los delitos contra la libertad sexual se encuentra conformado tanto por el empleo de la violencia o grave amenaza, el comportamiento abusivo, la conducta fraudulenta, como por la realización del acto sexual, otro análogo o un contacto corporal de índole sexual.

El Código Penal Peruano, antes de las últimas modificatorias de junio de este año, como gran parte de los Códigos Penales de Latinoamérica, "castigaba los atentados contra la libertad sexual que signifiquen, por lo menos, la utilización de un órgano genital, aludiendo en principio, a la penetración del pene en la vagina (órganos genitales por excelencia)". Sin embargo hoy en día no necesariamente tiene que darse la penetración exclusiva del miembro viril por ano o vagina sino que puede darse por la penetración de cualquier otra parte del cuerpo (dedos, lengua, etc.) o instrumento colocado con violencia y sin consentimiento de la persona (palo, vibrador, etc.), para el menor de edad en este caso, el consentimiento, es irrelevante por falta de su desarrollo psicofísico.

❖ TIPOS PENALES

El Código Penal Peruano regula los delitos contra la libertad sexual, del artículo 170 al 182-A; los cuales han sido modificados en su gran mayoría por Ley N° 28251 en Junio del 2004.

"Ley N° 28251: modifica los siguientes artículos: 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176 – A, 179, 180, 183, 183-A, e incorpora los artículos 179-a, 181-a, 182-a los capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal"⁸⁵.

Para fines de la presente investigación se van a revisar los siguientes artículos: art. 170, que contempla el delito de violación sexual; artículo 171 que contempla la violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir; artículo 172, tipifica el delito sexual de persona en incapacidad de resistencia; artículo 173, tipifica la violación sexual de menor de catorce años de edad; artículo 174, violación de persona bajo autoridad o vigilancia; artículo 175, seducción sexual mediante engaño; artículo 176, actos contra el pudor y artículo 176-A.- actos contra el pudor en menores; artículo 177 del Código Penal, que contempla la violación seguida de muerte.

⁸⁵ EL PERUANO, Junio del 2004. P.

El Código Penal además de las figuras delictivas, en el capítulo de los delitos contra la libertad sexual, contiene en el artículo 178°, la obligación que surge para el agente de mantener a la prole que resultase del acto delictivo.

a) Violación Sexual

Artículo 170° del Código Penal.- 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 años ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda:

- i. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos.
- ii. 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.
- iii. 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.
- iv. Si la víctima tiene catorce y menos de dieciocho años.
- v. Si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

La violación es una conducta jurídica reprochable, en donde la víctima puede ser cualquier persona sin distinción de sexo, edad o condición social.

José Angel Patitó señala que: “Sus raíces se hallan en el comienzo de la humanidad, en la noción tribal, bíblica y feudal -que llega hasta nuestros días-, según la cual se considera a la mujer como propiedad del hombre, sin libertad en cuanto a elección sexual”⁸⁶

La violación sexual es una figura delictiva conocida también con los nombres de “violación real” o “violación carnal”⁸⁷.

Consiste en el yacimiento carnal con una mujer o varón, contra su voluntad y mediante constreñimiento violento o grave amenaza.

Iván Noguera señala: “Al delito de violación sexual también se le conoce como violación real o carnal, y de acuerdo a la dogmática jurídica de nuestro Código Penal de 1991, en su artículo 170° se entiende como el acto sexual o análogo practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente; mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza la resistencia”⁸⁸.

En este tipo penal se han producido modificaciones sustanciales en cuanto al Código Penal anterior; la primera de ellas es que elimina la impunidad de la violación dentro del matrimonio.

La Ley N° 28251 reemplaza el término “acto sexual” por “tener acceso carnal por vía, vaginal, anal o bucal”; y el término “acto análogo”, es ampliado “o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías”.

Por lo que queda claro que el delito de violación se consuma en el momento del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, cuando es realizado por vía vaginal o anal, se consuma también si se ha introducido objetos o partes del cuerpo; es decir ya no se requiere que el elemento que penetra la vagina o el ano sea exclusivamente el miembro viril, y que este sea completo, es decir, que exista desfloración o eyaculación; pero un elemento indispensable para constituir el tipo penal es que ejerza violencia o grave amenaza sobre la víctima para obligarla a practicar dichos actos, o la ponga en estado de inconsciencia o la realice con persona con incapacidad de resistencia.

⁸⁶ ANGEL PATITO, José. Medicina Legal. Editora Centro Norte. 2da edición Argentina 2001, P. 320.

⁸⁷ EZAINE, Amado. Diccionario de Derecho Penal - Tomo II. AFA Editores. Lima-Perú 1989. P. 1490.

⁸⁸ NOGUERA RAMOS, Iván. Violación del Libertad Sexual en el Nuevo Código Penal. Ediciones FECAT. Primera Edición. Lima, Perú 1992. P. 32

La violencia, dice Humberto Carranza: “Debe ser física, efectiva y orientada a la víctima, debiendo ser suficiente y continua a la par que la resistencia de la víctima, real y seria, pues el simple rechazo no es suficiente para presuponer que la víctima a sido vencida por la fuerza; la violencia entonces se considera originada por el encuentro contrario de dos voluntades distintas en pugna recíproca. En cuanto a la grave amenaza, es la violencia moral cierta, real e inminente de un mal grave sobre los intereses propios de la víctima o vinculados con ella”⁸⁹

En este delito la responsabilidad se concreta solamente a título doloso, pues debe existir conciencia y voluntad del agente sobre la acción contraria a la ley, así como del hecho de que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos. El tema de consentimiento a efectos del delito reviste una singular importancia, pues cuando este existe es imposible la contradicción de voluntades y por tanto el elemento punitivo desaparece.

La Ley 28251, con respecto a las agravantes del delito de violación sexual la amplía a cinco incisos, es decir no sólo se realizada a mano armada y por dos o más sujetos, sino 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; 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; si la víctima tiene catorce y menos de dieciocho años; y si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

b) Violación de Persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir

Artículo 171° del Código Penal.- El que tiene acceso con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o ha realizado otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia, o en la imposibilidad de resistir será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Cuando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio la pena será privativa de la libertad, no menor de ocho ni mayor de doce años.

⁸⁹ CARRANZA VALDIVIEZO, Humberto. Código Penal. Editora RAO. Lima Perú 1996. P. 144.

Constituye un agravante del tipo penal en tanto el sujeto activo coloca a la víctima expresamente en situación de impedir su libre expresión de voluntad, surgiendo dos modalidades:

- Poner a la víctima en estado de inconsciencia impidiéndole distinguir la naturaleza de las impresiones externas dentro de ello puede comprenderse la ebriedad absoluta, el uso de narcóticos y afrodisíacos; y
- Colocarla en imposibilidad de resistir, así por ejemplo, el agente puede recurrir al uso de facultades mentales para derribar la voluntad de la víctima, tales como el hipnotismo. Esta figura se sustenta en la imposibilidad de los incapaces absolutos de prevenir los hechos ocurridos, en tal virtud el agente recurre a ciertos medios para no contar con la voluntad de la víctima.

La Ley N° 28251, modifica este artículo y en su último párrafo agrega, que si el autor, comete este delito, abusando de su profesión, ciencia u oficio, será privado de la libertad no menor de ocho ni mayor a doce años.

c) Violación de persona en incapacidad de resistencia

Artículo 172° del Código Penal.- El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vías, conociendo que sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio la pena será privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Al igual que el caso anterior, la víctima no está en condiciones de expresar su voluntad, diferenciándose en el hecho de que el agente no necesita crear el estado de incapacidad sino que éste pre-existe al agente; asimismo tampoco se emplea violencia o grave amenaza pues el sujeto activo sólo aprovecha la inferioridad física o psíquica de la víctima; en este caso si existiera consentimiento este sería inválido. Se incluye dentro de este supuesto, la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, el retardo mental u otras circunstancias que la coloquen en incapacidad de resistir, por ejemplo, la invalidez absoluta, muerte cerebral, etc.

La Ley N° 28251 incrementa las penas a 15 años más, y al igual que el artículo anterior también agrega el último párrafo, es decir si el delito se comete por autor que abusa de su profesión ciencia u oficio.

Cabe anotar que este párrafo se ha incrementado debido a que nuestra legislación no contemplaba los actos sexuales realizados por profesionales, quienes realizaban estos actos ilícitos abusando de su ciencia y de la confianza depositada en ellos.

d) Violación de Menor de catorce años de edad

Artículo 173° del Código Penal.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

- i. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será cadena perpetua.
- ii. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta años.
- iii. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte, ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le da particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años, para los supuestos previstos en los incisos 2° y 3°

La sustentación de esta figura se encuentra en la protección de la inmadurez psicobiológica de los menores de catorce años, lo que los sitúa en discapacidad de controlar racionalmente su conducta sexual; el mismo artículo establece agravantes en razón de la edad de la víctima, en la medida que estas conductas causan enorme alarma social, debido a ello es necesario que el sujeto activo conozca la edad de la víctima y el carácter delictivo de su acto.

La Ley N° 28251 al modificar este artículo mantiene las penas, cuando el agraviado/a es menor de siete años a cadena perpetua, y para los otros casos de siete a menos de diez no

menor de veinticinco ni mayor de treinta años y si la víctima tiene de diez a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Asimismo continúa estipulando una agravante mayor en virtud de la situación de dependencia, cargo o parentesco de la víctima y el agente, en tanto se presume la existencia de una relación de confianza de parte del menor, el mismo que condiciona una conducta aún más dañosa y peligrosa por parte del sujeto activo.

e) Violación de personas bajo autoridad o vigilancia

Artículo 174° del Código Penal.- El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vías, a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación de dos a cuatro años, conforme al artículo 36° , incisos 1), 2) y 3).

En relación al tipo básico no constituye ni agravante ni atenuante, sino que se establece como especial en razón de la cualidad del agente delictivo, en tanto tiene con el sujeto pasivo una relación de dependencia jerárquica o de vigilancia debiendo producirse ésta dentro de un establecimiento de tipo cerrado en el cual se halle alojada la víctima acompañándose a la pena la accesoria de inhabilitación.

f) Seducción

Artículo 175° del Código Penal.- El que, mediante engaño, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años de edad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

En esta figura delictiva el acceso carnal se practica con persona entre 14 y 18 años, entendiéndose que ésta a prestado en cierta forma su consentimiento para tal fin, por cuanto no es necesario ejercer violencia o amenaza, no obstante este consentimiento, siendo válido, es distorsionado por cuanto el agente ha actuado engañando a la víctima, para lograr su propósito, aludiendo implícitamente a un aprovechamiento moral de la víctima en razón de su edad, no obstante ello, estas condiciones hacen que sea una atenuación de la pena establecida por el tipo genérico.

g) Actos contra el pudor

Artículo 176° del Código Penal.- El que, sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas, o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años:

- i. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170°, inciso 2, 3 y 4.
- ii. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°.

Es un tipo penal distinto de los descritos en secciones anteriores, en él si bien existe el ejercicio de violencia o grave amenaza, ésta no se emplea para conseguir la practica del acceso carnal regulado en el art. 170, pues éste no es el propósito del agente; su finalidad es distinta surgiendo lo que se denomina actos contra el pudor; en este sentido la voluntad o el propósito del agente deben manifestarse desde un inicio, no puede asimilarse a esta figura, por ejemplo, la finalidad de practicar el acceso carnal, pero haberse desistido o no haberlo logrado, pues, en ese caso estaremos ante un caso de tentativa.

h) Actos contra el pudor en menores

Artículo 176-A del Código Penal.- El que, sin propósito de tener acceso carnal, regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años, o obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contra al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

- i. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete años ni mayor de diez años.
- ii. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

iii. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

iv. Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad.

Este tipo penal se incorporó al código mediante Ley N° 27459, del 26 de mayo del 2001 y luego ha sido modificado por Ley N° 28251 en Junio del 2004, agravándose las penas cuando se trate de actos contra el pudor en agravio de menores de catorce años de edad. De esta manera si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de siete ni mayor de diez años; si la víctima tiene de siete a menos de diez años, se reprime con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años; y si la víctima tiene de diez a catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Asimismo si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce un grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la sanción será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.

i) Violación seguida de muerte

Artículo 177° del Código Penal.- En los casos de los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 174°, 175° y 176°, si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años.

Instaura la agravación para los tipos penales de violación genérica, violación de incapaces, violación de personas en situación de dependencia, seducción y ofensas contra el pudor; cuando los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le produzcan lesión grave previsible por el sujeto activo o cuando éste haya actuado con crueldad.

Finalmente, además de las figuras delictivas, el capítulo de los delitos contra la libertad sexual, contiene en el artículo 178⁹⁰, la obligación que surge para el agente de mantener a la prole que resultase del acto delictivo.

Asimismo en el artículo 178° -A, se dispone la aplicación del tratamiento terapéutico al condenado para su readaptación social, concibiendo al agente como un sujeto con desequilibrio psicológico y condicionando sus beneficios penitenciarios a los informes y evaluaciones médicas.

Artículo 178° del Código Penal.- En los casos de los delitos comprendidos en este Capítulo, el agente será sentenciado, además, a mantener a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil.

Artículo 178° -A del Código Penal.- El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.

- En los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio, el juez dispondrá la realización de un examen médico y psicológico al condenado, para los efectos a que se refiere el párrafo anterior. El sometimiento al tratamiento terapéutico será considerado como regla de conducta.

- Los beneficios penitenciarios de semi-libertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena, no pueden ser concedidos sin el correspondiente informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico”.

2.2.5 LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS Y LATINOAMERICANAS

⁹⁰ EL PERUANO. LEY N°27115 del 17 de mayo del 1999

3. CÓDIGOS PENALES EUROPEOS

a. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Al igual que el Código Penal Peruano el Título VIII del Libro II del Código Penal Español de 1995, ha tenido una reforma en esta materia mediante Ley Orgánica N° 11, de 30 de Abril de 1999, bajo la nueva rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Se compone de seis Capítulos dedicados a las agresiones sexuales (Capítulo I), abusos sexuales (Capítulo II), acoso sexual (Capítulo III), exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV), prostitución y corrupción de menores (Capítulo V), reservándose el Capítulo VI a las disposiciones comunes a todo el Título.

El Capítulo I del Título VIII del Libro II del Código Penal recoge las agresiones sexuales caracterizadas por el uso de la violencia o intimidación frente a los abusos sexuales (Capítulo II), caracterizados por la ausencia de consentimiento sin concurrencia de violencia o intimidación.

La configuración del tipo básico (artículo 178°) que recoge cualquier atentado a la libertad sexual, al igual que nuestro Código Penal Peruano y otras legislaciones, es con violencia o intimidación, y un tipo cualificado (artículo 179°) consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías; recogida también por nuestro Código Penal mediante Ley N° 28251, dada recientemente en junio del presente año. Sobre ambos tipos, juega un sistema de agravantes específicas que determinan una primera agravación de concurrir sólo una, y una hiperagravación de concurrir dos o más (artículo 180°).

El tipo básico de las agresiones sexuales recogido en el artículo 178° establece: *“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”*.

El artículo 179° dispone: *“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”*.

Estos dos artículos al igual que el artículo 170 de nuestro Código Penal modificado recientemente por Ley N° 28251, contempla, 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.

El artículo 180° al igual que el artículo 170° de nuestro Código Penal, contempla las agravantes, si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, 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, sí la víctima es menor; para este Código a diferencia del nuestro, menor es aquella persona que tiene menos de trece años de edad.

Artículo 180.- “1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para los del artículo 179°, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Cuando la violación o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
- 2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*
- 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de trece años.*
- 4. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de un relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*
- 5. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149° y 150° de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. 2. Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.*

Los delitos de abusos sexuales, se contemplan en el Capítulo II del Título VIII: artículos 181°, 182° y 183° del Código Penal.

El artículo 181°, en su inciso 2, contempla los abusos sexuales no consentidos, que se realicen a menores de trece años de edad, denominadas delitos contra la indemnidad sexual.

Artículo 181.- *“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno o tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. 3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. 4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el apartado 1 del artículo 180º de este Código”*

El artículo 182º, al igual que nuestra legislación contempla el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por las dos primeras vías. Artículo 182.- *“1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años. 2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1º de este Código”*

El artículo 183º establece: *“1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses. 2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª a 4ª de las previstas en el artículo 180.1º de este Código”.*

Podemos resumir, señalando que el Código Penal Español, contempla el abuso sexual básico o genérico en el artículo 181.1º; en el numeral 2 del artículo 181º contempla los abusos sexuales cometidos contra quienes carecen de capacidad para determinarse sexualmente, considera en todo caso abusos no consentidos los que se ejecuten sobre menores de 13 años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. El Código contempla asimismo los tradicionales supuestos de abusos sexuales por prevalimiento o engaño, donde se considera que el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo se halla viciado. El abuso sexual por prevalimiento (artículo 181.3º) requiere que el sujeto activo se encuentre con respecto al pasivo en una situación de superioridad que puede tener su origen en múltiples causas, como la dependencia económica, las relaciones docentes, de amistad, de vecindad, etc. En todo caso la existencia objetiva de esta situación de superioridad no resulta suficiente sino que, además, el autor debe prevalerse de ella, debe ser

consciente de la influencia que ejerce sobre el sujeto pasivo y aprovechar ésta para sus fines sexuales, lo que supone, igualmente, la necesidad de constatar que la víctima ha consentido la realización de la conducta por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella. No existe ninguna limitación basada en la edad del sujeto pasivo, la supresión de este límite, pueden darse en hospitales, prisiones, etc., o entre las personas mayores de edad sometidas a internamiento y los encargados de su custodia⁹¹, es acertada porque se trata de casos de consentimiento viciado donde el sujeto, aunque puede ser mayor de edad, no decide libremente.

b. Código Penal Francés

El Código Penal Francés que entró en vigor el 1 de marzo de 1994 tipifica y sanciona los atentados contra la libertad sexual en la Sección III, “De las agresiones sexuales”, del Título II, “De los atentados a la persona humana”, del Libro II, “De los crímenes y delitos contra las personas”.

Las diferentes formas de atentados sexuales son castigadas según su grado de gravedad y según su cualidad de la víctima. Las más graves, violación y otras agresiones sexuales, constituyen actos de agresión contra la integridad misma de la persona humana, mientras que las menos castigadas son las figuras más tradicionales, delitos contra las buenas costumbres, o de inspiración moderna, como el delito de acoso sexual.

El artículo 222-22 del Código Penal Francés define la agresión sexual como todo atentado sexual cometido con violencia, amenaza o sorpresa.

A partir de esta definición se construyen un tipo básico contenido en el artículo 222-23 y unos tipos agravados contenidos en los artículos 222-24 a 222-26 del Código Penal Francés.

El tipo básico del delito de violación tipificado en el artículo 222-23, define el delito de violación como todo acto de penetración sexual, de la naturaleza que sea, cometido sobre la persona de otro con violencia, intimidación o sorpresa. La violación es castigada con pena de reclusión de quince años, pena que se eleva a veinte años de reclusión cuando se da alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 222-24: Por la cualidad del autor (ascendiente o persona con autoridad, o por abuso de la autoridad que le confiere sus funciones, etc.) y,

⁹¹ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, La protección de la libertad sexual. Barcelona, 1995. PP 98 y 99.

por las circunstancias y/o consecuencias de la violación (violación que entraña una mutilación o una incapacidad permanente, cometida por varias personas en cualidad de autor o cómplice, con uso o amenaza de un arma, etc.) Tanto el tipo básico como los tipos agravados además de la pena de reclusión llevan aparejados como penas complementarias la de los artículos 222- 44 (inhabilitación, suspensión, confiscación, etc.), 222-47 (pena facultativa de inhabilitación de residencia) 222-48 (interdicción del territorio francés que puede ser pronunciada a título definitivo, por una duración de diez años o más, etc.)

La violación es castigada con pena de treinta años de reclusión criminal cuando se produce la muerte de la víctima (artículo 222-25). Para su aplicación se exige que la violación sea la causa directa e inmediata de la muerte. La violación se castiga con pena de reclusión a perpetuidad cuando es precedida, acompañada o seguida de torturas u otros actos de barbarie (artículo 222-26).

Respecto de otras agresiones sexuales, el artículo 222-27 contiene el tipo básico que consiste en cualquier agresión sexual distinta a la violación, es decir, toda agresión sexual donde existe contacto físico pero no penetración. Sobre el tipo básico se construye el tipo agravado contemplando en el artículo 222-28.

Otras agresiones sexuales por la condición de la víctima se regulan en el artículo 222-29 e igualmente se construye sobre la modalidad básica un tipo agravado previsto en el artículo 222-30.

En los casos de las agresiones sexuales de los artículos 222-27 a 222-30 se castiga la tentativa con la misma pena que si el delito se hubiera consumado.

El artículo 222-31 castiga la exhibición sexual con pena de un año de prisión y multa de 100.000 francos más las penas complementarias de los artículos 222-44 y 222-45.

Finalmente, el artículo 222-23 castiga el acoso sexual. Este tipo tiene por objeto castigar la actitud de personas, que abusando de la autoridad que les confieren sus funciones, ejercen presión sobre un subordinado con el fin de obtener favores de tipo sexual. Este delito es castigado con un año de prisión y multa de 100.000 francos más las penas complementarias de los artículos 222-44 y 222-45.

Por otro lado, la Ley N° 98-468, del 17 de junio de 1998, ha supuesto una reforma de cierta profundidad del Código Penal Francés en una serie de aspectos relativos a la protección de los menores, que no se limita a los abusos de carácter sexual y conductas relacionadas con la prostitución o pornografía infantil, sino que comprende otras situaciones, como las

novatadas producidas en el contexto escolar. Es en la Sección V, donde el Código Penal Francés agrupa los delitos contra los menores, “De la puesta en peligro de menores”, dentro del Capítulo V, “Atentados a la dignidad de la persona”. En los artículos de esta Sección, artículos 227-15 a 227-28, se incluyen distintas clases de privaciones causadas a menores de quince años, la iniciación al consumo habitual y abusivo de bebidas alcohólicas, la provocación al uso de drogas, la utilización de la imagen de menores con carácter pornográfico y los atentados sexuales sin violencia o intimidación o por sorpresa. La violación y las agresiones violentas se rigen por las previsiones generales de los delitos sexuales.

La Ley ha agravado el tipo delictivo de favorecimiento o intento de favorecimiento de la corrupción de menores y prevé ahora una pena de hasta siete años de prisión y multa si el menor tiene menos de 15 años (artículo 227-22) y ha introducido un nuevo tipo delictivo referido a la pornografía de menores (artículo 227-23).

El legislador ha modificado asimismo la pena del delito de atentado sexual a menores de quince años.

La nueva pena es de cinco años de prisión y multa para el tipo básico y de diez años de prisión y multa para los tipos agravados, que son los siguientes: ser el autor ascendiente o persona que tenga autoridad sobre la víctima, abuso de autoridad, pluralidad de personas a título de autores o de cómplices, remuneración o haber contactado con el menor por medio de la utilización de una red de telecomunicaciones dirigida a un público indeterminado. Conductas que se recogen en los artículos 227-25 y 227-26.

La ley se completa con otras medidas como la aplicación de la ley penal francesa a los hechos previstos en los delitos anteriores cometidos en el extranjero por un francés o por una persona residente habitualmente en territorio francés y se prevén penas para las personas jurídicas que sean declaradas responsables penalmente de algunas de las infracciones referidas.

c. Código Penal Italiano

Italia es uno de los países que mejor reflejan la evolución habida en los últimos años en el ámbito de la política criminal en materia sexual, se han producido dos reformas. La primera contenida en la Ley N° 66, de 15 de febrero de 1996, contra la violencia sexual, y la segunda en la Ley N° 269, de 3 de agosto de 1998, sobre “normas contra el disfrute de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de menores, como nuevas formas

de reducción a la esclavitud”, el 14 de febrero de 1996, el Senado aprobó la Ley N° 66/1996 contra la violencia sexual, de 15 de febrero de 1996.

Artículo 609 bis (violencia sexual), el artículo 609° ter (circunstancias agravantes) y el artículo 609° quater (actos sexuales con menores), el artículo 609° quinquies (corrupción de menores), el artículo 609° sexies (error en la edad de la persona ofendida), el artículo 609° septies (querrela de parte), el artículo 609° octies (violencia sexual de grupo), el artículo 609° nonies (penas accesorias y otros efectos penales) y el artículo 609° decies (comunicación al Tribunal en caso de menores).

La Ley N° 66 presta especial atención a los casos de violencia sobre menores, conducta prevista como tipo autónomo en el artículo 609° quater.

El delito de mayor gravedad es el denominado violencia sexual que aparece recogido en el artículo 609° bis, consiste en imponer actos sexuales a una persona con violencia, amenaza o abuso de autoridad, abusando de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la víctima en el momento del hecho o mediante engaño relacionado con la identidad del agresor .

Como circunstancias agravantes el artículo 609° ter, prevé como tales, el hecho de ser la víctima menor de catorce años o menor de dieciséis si, en este último caso, el culpable es ascendente o tutor. La pena prevista de seis a doce años. En este caso la persona ofendida menor de diez años la pena se eleva a reclusión de siete a catorce años.

Con la misma penalidad que la prevista para el tipo básico del delito de violencia sexual se introduce el delito de actos sexuales con menores, cuya realización típica requiere la práctica de actos sexuales con persona que en el momento del hecho se encuentre en una de las circunstancias que señala el artículo 609° Quatre:

1. Sea menor de catorce años.
2. Sea menor de dieciséis años, cuando el culpable sea ascendente, tutor u otra persona a la que haya sido confiado el menor para su educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia y haya relación de convivencia.

La Ley sobre la violencia sexual establece también un delito de corrupción de menores, descrito típicamente como la realización de actos sexuales en presencia de menores de catorce años y castigado con pena de reclusión de seis meses a tres años (artículo 609° quinquies).

La Reforma se ve contemplada con la tipificación de la violencia sexual de grupo –en el artículo 609° octies se castiga la participación de varias personas en los actos de violencia sexual del artículo 609 bis- y una modificación de las reglas relativas a la perseguibilidad a instancia de parte, penas accesorias y otras medidas en interés de los menores (artículos 609° sexies a 609° decies).⁹²

Por su parte, la Ley del 3 de agosto de 1998, ha introducido nuevas modificaciones en la parte dedicada a los delitos sexuales en el Código Penal Italiano y ha añadido nuevos tipos delictivos en relación con la prostitución de menores, pornografía de menores y trata de menores y otras conductas relacionadas con las anteriores.

El artículo 600° bis sanciona la prostitución de menores con una penada reclusión de seis a doce años y multa. En el artículo 600° ter la pornografía de menores es castigada con pena de reclusión de seis a doce años y multa. En el artículo 600° quater, delito de tenencia de material pornográfico, la pena prevista es la reclusión de hasta tres años o de multa.

Otro tipo delictivo de nueva creación es el de iniciativas turísticas dirigidas a la explotación de la prostitución de menores tipificada en el artículo 600 quinquies, conducta castigada con reclusión de seis a doce años y multa. La Reforma incluye asimismo una serie de circunstancias agravantes: que la víctima sea menor de catorce años o padezca de enfermedad o disminución psíquica, que el autor sea pariente, tutor o funcionario persona a la cual haya sido confiado el menor para su cuidado, educación, instrucción, vigilancia, custodia, o que se haya cometido el hecho mediante violencia o amenaza. La Ley de Reforma de 1998 introduce en el delito de trata y comercio de esclavos un nuevo supuesto referido a la trata de menores regulado en el artículo 601°.

d. Código Penal Alemán

Alemania ha sido el primer Estado europeo que ha optado por revisar su legislación penal y poner en marcha nuevos instrumentos para la mejora de persecución de esta clase de delitos sexuales que tiene como víctimas a los menores de edad. La 6ª Ley de Reformas del Derecho Penal, en vigor desde el 1 de abril de 1998, amplía los tipos delictivos relativos al abuso sexual de menores y a la difusión pornográfica y aumenta las penas previstas en buena

⁹² Un estudio detallado de los nuevos tipos penales, puede verse en ANTOLISEI. Manuele di Diritto Penale. Parte Speciale 1, 12° Ed., Milano, 1996, págs. 162 y ss.

parte de los delitos sexuales. Los casos más graves de abuso sexual de menores pasan a ser castigados como delitos graves, y si el abuso tiene como finalidad la producción o difusión de pornografía infantil la pena pasa a ser, como regla general, de dos a quince años de privación de libertad.

El delito de abuso sexual menores del párrafo 182 del Código Penal alemán, cuya conducta típica consiste en abusar de una persona menor de dieciséis años por parte de una persona de más de dieciocho, siempre que medie abuso de una situación de fuerza o retribución. La segunda, con pena menos grave, se realiza por el hecho de abusar de una persona mayor de 21 años, por una persona menor de 16 años, siempre que haya “abuso de la falta de capacidad de la víctima para la autodeterminación sexual”.

4. CÓDIGOS PENALES LATINOAMERICANOS

La tipificación del delito de violación, en los distintos códigos penales latinoamericanos, se puede clasificar en dos grandes grupos. En el primero se considera como víctima a la persona de uno u otro sexo, al igual que nuestra ley penal. El segundo determina como víctima posible sólo a la mujer.

Dentro del primer grupo se encuentran: Bolivia, en su artículo 308°, Colombia, en su artículo 316°, Costa Rica, en su artículo 156°, Ecuador en su artículo 512°, Haití, en su artículo 279°, Panamá, en su artículo 281, Paraguay, en su artículo 314°, El Salvador, en sus artículos 192° a 196°, Uruguay, en su artículo 272°, Venezuela, en su artículo 375° y México, en su artículo 265°, que a la letra dice: Artículo 265.- El que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos u ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

Dentro del segundo grupo se encuentran: Brasil, en su artículo 213°, Cuba, en su artículo 482°, Chile, en su artículo 361°, República Dominicana, en su artículo 332°, Guatemala, en su artículo 173°, Honduras, en su artículo 436°, Nicaragua, en su artículo 195°, y Puerto Rico, en su artículo 99°.

En lo que se refiere a la legislación latinoamericana y tenemos el Código Penal Argentino, que en su libro Segundo (De los Delitos), Título III (Delitos contra la Honestidad), Capítulo II (Violación y Estupro), determina:

Artículo 119°.- Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años el que tuviese acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años;
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir;
3. Cuando se usare fuerza o intimidación.

Artículo 122°.- La reclusión o prisión será de ocho a veinte años cuando en los casos del artículo 119°, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas.

Artículo 124°.- Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años cuando en los casos de los artículos 119° y 120° resultare la muerte de la persona ofendida.

Consideremos los distintos aspectos del artículo 119°, que son similares a nuestro Código Penal Peruano y que son los siguientes:

- a) Acto, acceso carnal.
- b) Autor o victimario o sujeto activo del delito.
- c) Víctima.
- d) Circunstancias que determinan la criminalidad⁹³

a. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

➤ Libertad Sexual

En los delitos de violación de la libertad sexual, el bien jurídico que se protege es justamente el derecho a la libertad sexual, ligado intrínsecamente a la libertad individual y que

⁹³ KVVTKO, Luis Alberto.- La violación.- 3ª Reimpresión, Edit. Talleres de Arte y Ediciones Terra, México, 1998. P.17

se entiende como la facultad que tiene toda persona de disponer libremente de su cuerpo y de elegir con quien desea tener acceso carnal o abstenerse de ello si así lo quisiera.

Bramont Arias Torres, refiriéndose a la Libertad Sexual, se refiere como el bien jurídico que se protege en los delitos de violación sexual, dice que en este tipo de delitos “Se protege la libertad sexual, más concretamente la capacidad de actuación sexual. La actividad sexual en sí, cualquiera que ella sea, no puede ser castigada. La violación es punible no por la actividad sexual en sí, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro. La intervención del Derecho Penal ha de poner de manifiesto que el conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin la opresión de ninguno de ellos. Por eso, lo que se castiga es el uso de la violencia o la grave amenaza para atentar contra la libertad sexual de otra persona”⁹⁴

La Libertad Sexual también es un bien jurídico del que disfrutaban las prostitutas y las mujeres casadas, en relación al marido, conforme al principio de igualdad, por lo que respecto de ambas es posible la violación en cualquier caso, sea quien sea el sujeto activo, ya sea el cliente asiduo en el caso de la prostituta o el marido respecto de la mujer casada.

➤ **Indemnidad Sexual**

Es el bien jurídico que se protege en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, es decir cuando el sujeto pasivo es incapaz porque “sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia” o “retardo mental”, o por su minoría de edad. Como ya hemos expuesto anteriormente, en los menores de catorce años de edad; se protege la indemnidad y no la libertad sexual, puesto que los menores de edad no poseen todavía la facultad para decidir libremente sobre su sexualidad. Ello se debe a que su desarrollo anatómico, fisiológico y psicológico esta aún en formación. La ley penal reprime esta clase de conducta, sin tomar en cuenta si el menor ha prestado su consentimiento o no.

4.2.5. VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES EN EL PERU

A. CONCEPTO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

Se puede conceptualizar de conformidad con nuestra norma sustantiva penal, artículo 173°, como el acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos

⁹⁴ BRAMONT - ARIAS, Luis. Manual de Derecho Penal - Parte Especial. Editorial San Marcos. Lima 1994. P.177.

introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de los dos primeras vías, con un menor de edad (menor de 14 años).

La violación se define como la conducta o actividad enderezada a lograr consumar el acceso carnal de manera violenta, o provocarse éste con un sujeto pasivo que la ley refute incapacitada para otorgar aquiescencia, o manifestar conformidad desde la óptica sexual⁹⁵.

Que el delito de violación de menores también se le conoce con el nombre de “Violación Presunta debido a que no admite prueba en contrario, es decir, demostrar o probar que la persona agraviada hubiera prestado su consentimiento voluntariamente para la practica sexual o contra natura. Pues su prestación voluntaria, la ley penal la supone y presume siempre inexistente, no válida, en grado suficiente o bastante como para que se estime el acto impune.⁹⁶

Sproviero, señala además que en esta concepción están ubicados los menores que no están dotados de la suficiente capacidad para oponerse a los propósitos del agente, esto es, que no cuentan con la posibilidad de consentir con el acto violatorio de que son objeto⁹⁷.

La Ley Penal presupone que la agraviada o agraviado al prestar su consentimiento en permitir la relación carnal no comprende la naturaleza antijurídica, ni los efectos éticos, sexológicos y socialmente nocivos para su persona, lo prematuro de las practicas sexuales que pueden calar muy hondo en su psiquismo, causando alteraciones y desviaciones de la conducta y hasta producir traumas psíquicos en su personalidad psicofísica y moral.

El fundamento de la incriminación punitiva de este delito sexual, se debe al hecho natural de la inmadurez psicológica y moral como fisiológico-sexual de los menores de catorce años de edad.

Por lo que así sea precoz o desarrollado el menor de catorce años, para la ley penal sigue siendo incapaz de comprender y entender el significado ético, social y fisiológico del acto sexual, su voluntad esta viciada, su consentimiento no tiene valor legal.

La ley presume *juris et de jure*, que no es libre la voluntad de decisión del menor, para realizar el acto sexual válido e independiente, como una persona mayor de edad. Esta

⁹⁵ SPROVIERO, Juan. Delito de Violación. Bs. As. Ed. Astrea, 1996, pp. 7

⁹⁶ ESPINOZA VÁSQUEZ, MANUEL. Delitos Sexuales Cuestiones Médico Legales y Criminología. Trujillo. Marsol Editores, 1983. p. 83.

⁹⁷ SPROVIERO Juan. Delito de Violación. Ob. Cit. p. 127.

incapacidad vuelve jurídicamente inoperante el consentimiento del menor que ha sido víctima del acto carnal, aunque haya permitido voluntariamente el coito. Para la norma penal esa voluntad no tiene validez jurídica.

Muñoz Conde sostiene que “en el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella, alteraciones importantes que inciden en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro”⁹⁸.

No le falta razón a Villa Stein cuando indica “como quiera que lo determinante es la edad de la víctima, la ocurrencia adicional de violencia o intimidación es indiferente aunque debiera servir al juzgador para graduar la pena entre dos polos máximos y mínimos como debiera servirle, para el mismo propósito, el consentimiento psicológico de la víctima”⁹⁹.

Peña Cabrera en su obra “Tratado de Derecho Penal” señala que el fundamento de la tutela es el grado de inmadurez psicológica de los menores de catorce años, situación que los coloca en la incapacidad de controlar racionalmente su conducta sexual¹⁰⁰.

Quintero Olivares señala que el Código Español de 1995 debería haber denominado al abuso sexual de menores (menores de 12 años de edad o con abuso de trastorno mental) delito contra la libertad e indemnidad sexual¹⁰¹.

En definitiva al margen de cualquier consideración en torno al fundamento de la incriminación (presunción de incapacidad de consentimiento, inmadurez psicobiológica o sexual, vicio del consentimiento prestado, etc.) existe únicamente unanimidad –como señala Martínez Zúñiga- en aceptar que la verdadera voluntad de comprender y captar la trascendencia del acto sexual solo surge después de una determinada edad¹⁰².

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal, parte especial”, 9 edición. Ed. Tirant le Blanch, España, Año 1993, pág 384-385.

⁹⁹ VILLA STEIN, Javier, “Derecho Penal, parte especial” 1-A, 1997, Ed. San Marcos.

¹⁰⁰ PEÑA CABRERA, Raúl “Tratado de Derecho Penal”, Vol II, Parte especial, 9 edición, Grijley, 1992, págs 334-335,

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, “Comentarios a la parte especial de Derecho Penal”, Ed. Aranzadi, Vol I, año 1996, pág 248

¹⁰² MARTINEZ ZÚÑIGA, Lisandro. “Derecho Penal sexual”. Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, pág 262.

B. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se protege en este delito la indemnidad sexual. Desde esta perspectiva, se estima que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores. Iván Noguera señala: “Es el derecho que tiene el menor a un normal desarrollo psico-sexual, ya que con la violación que se produce en su agravio se le despierta en forma prematura y antes de tiempo al sexo, no interesando para la ley si se empleo violencia física o grave amenaza, porque sino se hubiera ejercido, de todas maneras siempre será considerado como violación de menor, por tratarse de una presunción conocida por la doctrina con el nombre de *Juris et de Jure*, que significa no admitir prueba en contrario, puesto que el consentimiento de la menor no tiene validez”¹⁰³.

Bustos Ramírez afirma que en el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro¹⁰⁴.

Gonzáles Rus, refiere que la nomenclatura “intangibilidad sexual” no es otra cosa que una protección especial para los menores por su corta edad, estableciéndose una prohibición absoluta de mantener comercio sexual con ellos, declarándolos intangibles e intocables en lo que se refiere a las relaciones carnales¹⁰⁵.

En cambio, Orts Berenguer¹⁰⁶, bajo la voz “interioridad” quiere designar la preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin ingerencias extrañas a sus intereses, con desarrollo psicológico y moral sin traumatismo. Es decir, un adecuado proceso de formación y un bienestar psíquico y en lo tocante a la sexualidad, un descubrimiento de la misma no forzado o impuesto por otro para su satisfacción.

¹⁰³ NOGUERA, Ivan – OB. CIT. P. 103.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal, Parte Especial. 2da. Edición. Ed. Ariel. Barcelona, 1991. pág. 118.

¹⁰⁵ GONZALES RUS, Juan. La Violación en el Código Penal Español. España, Imprenta de la Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales. N° 04, 1982, pág. 692.

¹⁰⁶ ORTS BERENGUER, Enrique. Delitos contra la libertad sexual. Valencia. Ed. Tirant Le Blanch, 1995, p. 41

C. TIPICIDAD OBJETIVA

- ✓ Sujeto Activo.- De acuerdo a la dogmática jurídica de nuestra actual norma el sujeto activo podrá ser el hombre o la mujer, mayor de dieciocho años;
- ✓ Sujeto Pasivo.- Es el menor de catorce años hombre o mujer;
- y
- ✓ Conducta.- Consiste en practicar el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal u otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías, con un menor de catorce años de edad.

La noción de objeto debe incluir todo aquel objeto que reúna condiciones para ser apto para un ejercicio de sexualidad. Con relación al acto análogo, de acuerdo a la nueva Ley N° 28251, son actos análogos, la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o por vía anal.

D. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se requiere necesariamente el dolo. El sujeto activo actúa con conciencia y voluntad, practicándole el acceso carnal u otros actos análogo a un menor de catorce años. Puede darse el error de tipo, si el infractor equivocadamente considera que la víctima tiene mas de catorce años. Por otro lado también cabe manifestar que sí el sujeto activo no tenía la intención dolosa de practicar el acceso carnal u otro análogo, sino realizar actos deshonestos con engaño constituye este comportamiento el delito de atentado al pudor.

E. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

- ✓ **Tentativa.-** Será factible, siempre que existan inicios de ataque al bien jurídico que la ley protege, por ejemplo: que un sátiro pretenda practicar el acceso carnal a una niña menor de catorce años y sea sorprendido por los padres de la niña en el preciso momento que le estuviera desprendiendo de sus ropas íntimas.
- ✓ **Consumación.-** El delito se consuma con la penetración total o parcial del pene en la vagina, ano, o boca del menor, o realice otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal u anal. Bramont Arias sostiene que: “Es preciso indicar que, si se realiza el acto sexual, por ejemplo, con un niño de tres años resulte imposible lograr la

penetración, aunque sea parcial, del pene dada la desproporción de los órganos genitales, en estos casos, el delito se consumaría con el simple contacto de los órganos sexuales, hecho que, en la práctica, indudablemente va a generar graves problemas de prueba¹⁰⁷”

4.2.6. MARCO FORMAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

1. EL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

El Proceso Penal en los Delitos Sexuales es ordinario sólo para el delito de violación de menores (art. 173° C.P.), los otros tipos de delitos sexuales, se siguen bajo el procedimiento sumario, tal como lo establece la Ley 26689 del 30 de noviembre de 1996.

1. PROCEDIMIENTO PENAL

El procedimiento penal en materia de delitos sexuales, se da a través de lo dispuesto en las leyes N° 27055, del 24 de enero de 1999 y la Ley N° 27115 del 17 de mayo de 1999.

Como todos sabemos el único delito que está sujeto a proceso ordinario es el de violación sexual en menores de 14 años.

La disposición histórica en la materia es el art. 218° Código de Procedimientos Penales, que establece que las audiencias se realizarán siempre en privado y a ellas sólo podrán concurrir las personas a quienes, por razones especiales, lo permite el Presidente de la Sala Penal.

“Art. 218.- En los casos de delitos contra el honor sexual, la audiencia se realizará siempre en privado. Sólo podrán concurrir las personas a quienes, por razones especiales, lo permite el Presidente del Tribunal Correccional”

¹⁰⁷ BRAMONT-ARIAS. OB. CIT. P.187

❖ La declaración preventiva

La declaración preventiva es la declaración de la víctima o sujeto pasivo del delito ante el órgano jurisdiccional.

Todo agraviado tiene la obligación de concurrir al Juzgado a declarar sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la participación que tuvo con el hecho del que ha sido víctima así como otras circunstancias del ilícito penal.

Según señala Sánchez Velarde Pablo, la declaración del agraviado constituye un medio probatorio de suma importancia pues resulta ser la propia víctima la persona que pueda aportar los elementos indiciarios y rebotar las circunstancias de la comisión del delito y la persona de su autor¹⁰⁸.

Por su parte, San Martín anota “una modalidad especial de testimonial es la declaración de la víctima o del lesionado o agraviado, que el art. 143 del Código de 1940 denomina preventiva. El ofendido en el proceso penal permanece especialmente como una persona que suministra informes sobre los hechos que le causaron daño y por esta se convierte en testigo, del cual no se puede prescindir¹⁰⁹.

De la Cruz Espejo, señala que: “Esta diligencia es indispensable en todo proceso penal, debiendo el Juez obligatoriamente recibirla en forma de ley, conociendo de esta manera la versión de quien sufrió el delito. En el supuesto caso de que el agraviado fuese una persona jurídica o una persona natural incapaz (como un enajenado mental) o un bebé, se recibirá la declaración a su representante legal y en cualquiera de las modalidades de homicidio, será citado a declarar el pariente más próximo al occiso”¹¹⁰.

En lo referente a su valoración, tanto el Fiscal como el Juez han de tener en cuenta que el testimonio del agraviado está orientado a determinado fin, en donde puede primar muchas veces el odio, o la venganza, por lo que al momento de la valorización deberá aquilatarse dichos factores de suma importancia, dada que la ley equipara su declaración a la del testigo, imperando para este todo cuanto se ha dicho respecto al testimonio, pero dejándose establecido que la diferencia entre uno y otro radica en que mientras el testigo

¹⁰⁸ Sánchez Velarde, Pablo. OB. CIT. P. 490.

¹⁰⁹ San Martín Castro, Ob.cit, Tomo II, 2da edición, Ed. Grijley, 2003, pág 547.

¹¹⁰ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. Derecho Procesal Penal - VOLUMEN I. Editora FECAT. Edición 2001. Lima-Perú. P. 421

puede o no declarar por razones explicables que la ley establece, el agraviado deberá ser examinado necesariamente, o sea que rige para éste el principio de obligatoriedad; claro está que esta no impide tener sus excepciones determinadas y su falta de declaración en el proceso, coloca al inculcado en condición especial de absolución a falta de este medio de prueba instructiva, se constituye en dos importantes declaraciones de los principales protagonistas del drama penal.

Al respecto Climent Durán señala: "La declaración preventiva es un acto de investigación, realizada en sede sumarial, destinada a acreditar la existencia del delito y la vinculación del imputado y como tal, constituye una práctica común actuarla en la instrucción. La víctima, no obstante que sobre ella pesa la sospecha de que su testimonio no es tan aséptico e imparcial como pueda ser la declaración de cualquier otro testigo presencial del delito que no ha sufrido ningún perjuicio por razón del mismo, no ha podido ser separada del procedimiento y su concurso es indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos objeto de imputación, aunque como es lógico la ponderación de sus alcances y efectos procesales debe someterse a estrictas cautelas"¹¹¹.

❖ **La declaración Preventiva en los delitos sexuales en agravio de niños y adolescentes**¹¹²

Artículo 143 del Código de Procedimientos Penales.- La declaración preventiva de la parte agraviada es facultativa, salvo mandato del Juez, o solicitud del Ministerio Público o del encausado, caso en el cual será examinada en la misma forma que los testigos...¹¹³.

El artículo 143° del Código de Procedimientos Penales, conforme a la modificación establecida por el Art. 2° de la Ley N° 27055, señala que la declaración preventiva, decretada por el Juez de Oficio o a pedido del Fiscal o del imputado, debe ser examinada en la misma forma que los testigos. Es decir este artículo obliga a la declaración de la víctima cuando lo solicitan el Ministerio Público o el encausado. De esta manera esta norma intenta, evitar la reiteración de declaraciones de la víctima, que pueden redundar en su salud psicológica.

¹¹¹ CLIMENT DURÁN, La Prueba Penal. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. P. 129.

¹¹² Cód. del niño y del adolescente.- Art. I. Definición.- se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 12 años de edad y adolescente desde los 12 años hasta cumplir los 18 años de edad.

¹¹³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Primera Edición Oficial. Editora Perú. Lima Perú 1999. P. 65

En determinadas ejecutorias supremas se ha resuelto que, en esas condiciones, el examen de la agraviada es obligatorio, salvo que previos los apremios legales respectivos, se acredite la imposibilidad de efectuarlo y que es nula la sentencia absolutoria, si no consta haberse recibido la declaración preventiva de la agraviada.

Artículo 143 del Código de Procedimientos Penales.-

(.....)

En los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescente la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del Juez.

(...)

En su segundo párrafo este artículo señala, que la declaración de la víctima, será la que rinda ante el Fiscal de Familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código del niño y del adolescente, salvo mandato contrario del juez.

Código del Niño y del Adolescente art. 168. –

(...)

Durante la declaración de la víctima podrá participar cualquiera de los padres o la persona que tenga bajo su tutela al menor siempre que no fueran estos los denunciados. Si los padres o la persona que tiene bajo su tutela al menor no pudieran participar podrán designar una persona para que los represente. (...)

En esta declaración podrán participar -según su decisión- los padres o el tutor del menor o adolescente agraviado, u otra persona que éstos designen. Debiendo el Juez penal advertir si esa declaración contiene la información necesaria a los efectos de esclarecer la noticia criminal y si es del caso profundizar el interrogatorio y dar fuerza al principio de inmediación. Si opta por interrogar al menor, deberá permitir la presencia de los padres, del tutor o de un representante de éstos en la diligencia.

Al respecto es ilustrativa la siguiente Ejecutoria Suprema del 24 de Febrero de 1989.

“En los delitos sexuales graves resulta imperativo la concurrencia al acto oral de la agraviada y de su madre –si aquella es menor de edad y ésta es la denunciante- cuando existen versiones contradictorias de parte de la primera al prestar su manifestación policial y

declaración preventiva, lo que hace imprescindible que sea examinada para el mejor esclarecimiento de los hechos¹¹⁴”.

Como podemos observar este artículo, contiene una cláusula de excepción, “se llevará a cabo un interrogatorio ante el Juez Penal en la medida en que así lo decida”; es decir el motivo para acordar esa excepción debe ser razonable y la resolución que lo decida debe motivarse debidamente, por importar una excepción a la regla general.

Es decir el Juez podrá disponer la realización de una preventiva judicial cuando estime que tal declaración o exploración prestada en la fase preprocesal no se ha llevado conforme a las exigencias formales del Código del Niño y del Adolescente, resulte incompleta o deficiente (no contribuye al debido esclarecimiento de los hechos por contener omisiones o defectos), lo solicite la propia víctima ante la exposición del imputado y la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare determinados pasajes de su versión, todo lo cual debe estar condicionado al estado físico y emocional de la víctima, como lo estipula el Artículo 3.3 de la Ley N° 27115.

Ley N° 27115 Art. 3.3.- “Los representantes del Ministerio Público y magistrado del Poder Judicial adoptarán las medidas necesarias para que la actuación de la prueba se practique teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima. Los órganos jurisdiccionales auxiliares adecuarán sus procedimientos a efectos de cumplir con esta disposición¹¹⁵”.

El III Pleno Jurisdiccional de 1999, en el punto segundo del Acuerdo Plenario N° 3/99, acepta esta posición: “En el procedimiento debe concederse valor de preventiva a la declaración que el o la agraviada (o) menor de edad haya prestado ante el Fiscal de Familia. Sin embargo, el Juez puede ordenar que se repita esta diligencia en caso que el acto que tiene a la vista suscite dudas, muestre insuficiencia probatoria o defectos de forma que pongan en cuestión su validez o suficiencia para los fines del proceso”.

Código del Niño y del Adolescente art. 168. – Competencia

Compete al Fiscal:

(...)

¹¹⁴ CARO CORIA. Carlos. OB. CIT. P. 249

¹¹⁵ NORMAS LEGALES. LEGISLACIÓN. P. 130

b) Intervenir de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente. Es obligatoria su presencia en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes ante la policía bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional.

En este último caso ordena la evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal especializado y concluida dicha evaluación remite al Fiscal Provincial Penal de turno un informe, el acta que contiene el interrogatorio de la víctima y los resultados de la evaluación.

Art. 170. - Abogado de oficio.

El Estado, a través del Ministerio de Justicia designará el número de abogados de oficio, que se encargarán de brindar asistencia judicial integral o gratuita a los niños y adolescentes que los necesite. En los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes la asistencia legal gratuita al agraviado y a su familia es obligatoria”.

La concurrencia de un Fiscal de Familia, de los padres y de un abogado defensor, garantiza la protección de la víctima. Acorde con la Recomendación (R) 13 del Comité de Ministros Europeos de 10 de Setiembre de 1997:

“La exploración o interrogatorio del niño o adolescente se realice por personal especializado, adecuadamente formado, y que se llevan a cabo de una manera particularmente cuidadosa, respetuosa y completa, sin que ello pueda entrañar, de un lado, una indefensión material al imputado y, de otro lado, tolerar los efectos traumáticos que puede generar interrogatorios y contrainterrogatorios de la defensa”.

El 24 de mayo de 1999, la Fiscalía Superior de Gestión y el Gobierno del Distrito Judicial de Lima, mediante Circular N° 032-99-MP-GGDJL, dispuso que en la declaración preventiva que ordene el Juez Penal debía intervenir el Fiscal de Familia. El Fiscal Provincial Penal intervendrá en todas las diligencias de la investigación policial si la denuncia se efectuó con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 27055, mientras que el Fiscal de Familia lo hará si la denuncia se presentó con posterioridad a la vigencia de dicha Ley.

Como sabemos la Ley N° 27055 es de 24/01/99 y la Ley N° 27115 de 17/05/99, que por ser normas procesales, se aplican desde su vigencia así el delito se hubiera perpetrado con anterioridad a ellas o ya existiese proceso penal abierto al momento de su entrada en vigor. Rige el principio *tempus regit actum*, cuya excepción se encuentra en aquellas normas

procesales que afecten derechos y garantías individuales, respecto de las cuales rige el principio *tempus commissi delicti*.

En consecuencia, para la intervención del Fiscal de Familia, en el único supuesto de la manifestación policial o exploración preliminar de la víctima, debe tenerse en cuenta si la nueva ley estaba vigente cuando tal declaración debía llevarse a cabo. La fecha de la denuncia no tiene relación alguna con esa definición. Tomada la declaración con arreglo a la ley derogada y confeccionado el atestado policial, no cabe reabrir la investigación y, menos, disponer la remisión de las actuaciones preliminares al Fiscal de Familia para la emisión de su informe.

“Los actos procesales ya realizados no son generalmente afectados; pero, son los futuros actos- es decir, la continuación del trámite-, los que se efectuarán conforme a la nueva ley¹¹⁶”.

En el Código Procesal Penal del 2004, señala en su artículo 171 inciso 3 en relación al desarrollo del interrogatorio de la víctima lo siguiente: Cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes.

Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo.

Asimismo en el inciso 4 se establece que cuando se requiera que el testigo reconozca a una persona o cosa, debe describirla antes de serle presentada. Luego relatará, con la mayor aproximación posible, el lugar. El tiempo, el estado y demás circunstancias en que se hallaba la persona o cosa cuando se realizó el hecho.

Asimismo, el artículo 337 del Código Procesal Penal (D. Leg. 957) establece que el Fiscal en la etapa de la investigación preparatoria dispone la concurrencia del agraviado a fin de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación.

¹¹⁶ HURTADO POZO. Manual de Derecho Penal. parte general. Editorial EDDILI. Segunda Edición. Lima Perú 1987. P. 297

En la actuación probatoria, el examen al testigo menor de 16 años de edad tal como lo prescribe el artículo 378 del mismo Código Adjetivo, será conducido por el Juez en base a las preguntas y conainterrogatorios presentados por el Fiscal y las demás partes. Podrá aceptarse el auxilio de un familiar del menor y/o de un experto en psicología. Sí, oídas las partes se considerase que el interrogatorio directo al menor de edad no perjudica su serenidad, se dispondrá que el interrogatorio prosiga con las formalidades previstas para los demás testigos. Esta decisión puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio.

Cabe mencionar, que en los procesos por delitos contra la libertad sexual, se preservará la identidad del agraviado, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso¹¹⁷.

(3) La Confrontación y la Reconstrucción

(a) La confrontación o careo es un acto de investigación complementario destinado a dilucidar las discordancias producidas entre las declaraciones de los testigos – incluida la víctima- o de los procesados entre sí o a aquéllos con éstos. Como acota Florián, esta diligencia sirve, para disipar o para poner en relieve y concretar dudas y contradicciones en los testimonios de distintas personas; y citando a Conde-Pumpido Tourón -anota-, permite a la autoridad judicial formar mejor su convicción a la vista de las explicaciones y actitudes que los careados faciliten o adopten¹¹⁸.

“En puridad, esa imposibilidad de cumplir el objeto de la instrucción si no se recurre a la confrontación constituye un presupuesto de admisibilidad; se trata, pues, siguiendo a Montón García, del presupuesto principal necesario para que pueda llevarse a cabo un careo¹¹⁹. Deben existir, mínimamente, como afirma Rives Eva, datos en la causa que hagan presumir que el careo ofrecería resultados para el enjuiciamiento¹²⁰”.

Su actuación debe estar condicionada a que no sea posible conocer de otro modo tal objetivo. Por consiguiente, es de prescindirse el careo si el hecho delictivo o la participación

¹¹⁷ El Peruano, normas legales, fecha 29 de Julio del 2004, art. 95, pp. 273545.

¹¹⁸ FLORIÁN, De Las Pruebas Penales II. Bogotá, 1976. p. 529.

¹¹⁹ MONTÓN GARCÍA. La Admisión y Práctica de la prueba en el Proceso Penal, Madrid, 1999. p. 68

¹²⁰ RIVES Seva, La Prueba en el Proceso Penal. Ob. Cit. p. 176.

de los imputados pueden acreditarse por otros medios probatorios en forma suficiente para que no sea determinante la veracidad de las declaraciones contradictorias.

Artículo 130° del Código de Procedimientos Penales.- El Ministerio Público o el inculcado pueden pedir una confrontación con los testigos que designe y que hayan prestado su declaración. El Juez instructor ordenará la confrontación, salvo que existiesen fundados motivos para denegarla.

El artículo 130° C de PP señala que dicha diligencia se actuará a pedido del Fiscal o del inculcado, salvo que el Juez considere que existen motivos para denegarla.

Al respecto comenta el Dr. M. H. Cornejo,- "El objeto es evitar la calumnia que pretende agravar la participación de uno y disminuir la de otros"¹²¹.

Art. 131 del C.de P.P.- El juez instructor podrá, de oficio, ordenar la confrontación del inculcado con uno a más de los testigos.

Mariano H. Cornejo, sobre este punto comenta:

"... El Juez no ordenará la confrontación con los testigos cuando crea que el acusado tiene motivos o autoridad suficiente para hacer vacilar al testigo o influir en su declaración."¹²²

Es necesario aclarar, que esto no significa que el careo sea potestativo o discrecional, dado que el derecho a la prueba incluye la confrontación como una más, sin consideraciones de oportunidad y mucho menos derivadas de una prevención contra un resultado vano o el riesgo de insultos.

CPP. Artículo 143 in fine.- (...) La confrontación entre el presunto autor y la víctima procederá si es que ésta fuese mayor de 14 años de edad. En el caso que la víctima fuese menor de 14 años de edad, la confrontación con el presunto autor procederá también a solicitud de la víctima.

El nuevo texto del artículo 143° del C. de PP. señala que cuando se trata de menores de catorce años, la procedencia de dicha diligencia está condicionada a un nuevo requisito:

¹²¹ GUZMAN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Penales. Editorial Científica S.R.L. 8va. Edición. Lima Perú. P. 284

¹²² GUZMAN FERRER, Fernando. OB. CIT. P. 284

Que la víctima lo solicite, es decir, sólo si ella lo requiere se llevará a cabo tal diligencia; el careo pedido por las partes o la decisión judicial debe esperar su anuencia.

Desde la perspectiva de la modificación legislativa, es de tener en cuenta, que el careo suele ser violento, de ahí su carácter subsidiario. El careo, consiste muchas veces en una controversia, en una disputa, y, porqué no decirlo, en una lucha, en él influyen ampliamente la edad, el sexo, la condición social, el carácter violento o tímido y dócil, y ejerce influjo la fuerza sutil de la sugestión¹²³. Este carácter violento y su lógica controversial, que se agudiza en los delitos sexuales en agravio de menores de edad, tornan objetivamente razonable la excepción impuesta por la ley.

En los delitos sexuales en agravio de mayores de catorce años la confrontación procederá –según se entiende- bajo las reglas fijadas en el artículo 130° del C. de PP.

Los requisitos mínimos son: a) que se trate de personas que han declarado en el proceso, b) que los relatos que expongan deben aparecer como discordantes y encontrarse en conflicto, y c) que el desacuerdo verse sobre hechos y circunstancias importantes. Sobre esos tres requisitos, el C de PP., ha incorporado una condición excepcional, librada a la decisión del Juez: Que no existan motivos para denegarla.

(b) La Reconstrucción.- Se trata, de una modalidad de la inspección judicial complementada con una prueba testifical, en virtud de la cual el instructor se traslada al lugar de los hechos, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiera para reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigos y del imputado, con el fin de adquirir conocimiento seguro de la forma en que el hecho se perpetró y de sus circunstancias, extendiéndose de todo ello la correspondiente acta¹²⁴.

La finalidad que se persigue con la reconstrucción, es reproducir la acción supuestamente delictiva en el mismo lugar donde la misma se llevó a cabo, reproducción de cuya práctica y resultados deberá dejar constancia el propio Juez en el acta que al efecto se levantará. Para esta diligencia, resulta imprescindible, la intervención del inculcado y su colaboración en la reproducción de los hechos, tal como se dice han sucedido.

El III Pleno Jurisdiccional de 1999, en el Acuerdo Plenario N° 3/99, de 20 de noviembre, se sentó la siguiente doctrina: “En la tramitación de procedimientos penales por

¹²³ FLORIAN, Ob. Cit. p. 538.

¹²⁴ PAZ RUBIO. La Prueba en el proceso penal. Madrid, 1999. p. 164.

delitos contra la libertad sexual, según lo establece la Ley 27055, no debe participar la víctima cuando ésta fuera menor de edad, (sin embargo) puede ordenarse diligencias de inspección y reconstrucción, aunque ellas deban realizarse sin requerir la asistencia de la víctima”.

Art. 146 del C.P.P.- (...)

En ningún caso se ordenará la concurrencia del niño o adolescente agraviado en casos de violencia sexual para efectos de reconstrucción.

La nueva norma prohíbe la asistencia de la víctima a este tipo de diligencia, cuando se trata de menores de edad, ya que se pueden ocasionar graves daños en el psiquismo de una persona en formación.

Se considera perjudicial a la víctima debido a que no sólo exige una narración de lo sucedido sino una descripción in situ de los hechos, reproduciendo artificialmente las circunstancias del evento.

❖ **La declaración de personas vinculadas al imputado**

Art. 141 C. de P.P.- No podrán ser obligados a declarar:

1. Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión.

2. El cónyuge del inculpado, sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanos político; Las personas comprendidas en estos incisos serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, en todo o en parte.

Este artículo reconoce en su inciso 2) que no podrán ser obligados a declarar el cónyuge del imputado, sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanos políticos, las mismas que serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, en todo o en parte.

Siendo el delito sexual público y sí la víctima es pariente del imputado, al igual que el o la denunciante, es posible que, advertidos del derecho a no declarar – corresponde a la autoridad policial, fiscal o judicial informar previamente al testigo de ese derecho para garantizar la licitud del testimonio- decidan abstenerse de testificar. En esas condiciones, sencillamente, no se puede contar con la información del sujeto pasivo del delito y de un

testigo clave para el esclarecimiento de los hechos, norma que es razonable en tanto se intenta proteger a los parientes evitándose problemas de conciencia.

Se puede presentar el caso, por ejemplo, que la víctima y la denunciante, una vez que han declarado en sede policial, decidan abstenerse de hacerlo en sede judicial. La conclusión lógica de esa abstención señala Caro Coria, es, acorde al artículo 8.2, f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.3, e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho del imputado a interrogar y hacer comparecer con fines de interrogatorio a testigos y peritos, no poder valorar la testifical policial.

López Barja de Quiroga, citado por Caro Coria trata del asunto Unterpertinger, resuelto por sentencia de 24 de noviembre de 1986 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH en ese caso exigió el respeto del derecho de defensa y, por consiguiente, si el imputado no ha tenido la oportunidad de contrainterrogar a la víctima y a la denunciante o testigo de cargo, si no ha tenido la ocasión de discutir la versión inculpativa en todos sus aspectos mediante un debate contradictorio, tales declaraciones no pueden utilizarse como pruebas de cargo.

❖ **La Pericia Médico Legal.**

Art. 3 de la Ley 27055. Del examen y de los certificados.- Para el examen médico legal del niño o adolescente de violencia sexual: el Fiscal de Familia podrá recurrir al Instituto de Medicina Legal, a los establecimientos de salud del Estado, y a los centros de Salud Autorizados. Los certificados que expidan los médicos de los establecimientos en mención, tienen valor probatorio del estado de salud física y mental en los citados procesos. La expedición de los certificados médicos y la consulta que lo origina son gratuitas.

A partir de la puesta en vigencia de este artículo, la pericia Médico Legal no sólo la realiza el Instituto de Medicina Legal, sino también los Establecimientos de Salud del Estado y los Centros de Salud Autorizados; en donde los niños y adolescentes serán evaluados física y psicológicamente por personal especializado. Por tanto se realizará la pericia psicológica y la pericia médica que consta de un examen general y un examen preferencial; el examen general describe las lesiones extra genitales y paragenitales y el examen preferencial describe las lesiones encontradas en la región genital y en la región anal.

2.LA LEY 27115 Y SUS MODIFICACIONES AL PROCEDIMIENTO PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La Ley N° 27115, incorpora tres nuevas reglas en el procedimiento penal para los delitos contra la libertad sexual.

Artículo 3. - NUEVO PROCEDIMIENTO.

3.1. Para efectos de la presente Ley, la investigación preliminar, la Acusación Fiscal y el Proceso Judicial de los Delitos de la Libertad Sexual serán reservados, preservándose la identidad de la víctima, bajo la responsabilidad del funcionario o magistrado que lleve la causa.

3.2. El examen médico Legal será practicado, previo consentimiento de la víctima, exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar. Se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la víctima.

3.3. Los representantes del Ministerio Público y Magistrados del Poder Judicial adoptarán las medidas necesarias para que la actuación de pruebas se practique teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima. Los Órganos Jurisdiccionales auxiliares adecuarán sus procedimientos a efectos de cumplir con esta disposición.

En el primer punto señala que en todo proceso judicial, incluida la fase preprocesal debe preservarse la identidad de la víctima por delitos sexuales, sin hacer distinción de edad y sexo; cualquiera sea el procedimiento al que están sujetos: ordinario o sumario. Se entiende que la reserva funciona respecto de terceros; no se le impida al imputado acceder a la identidad y ulterior careo o interrogatorio a la víctima, debido a que esto podría generar indefensión material.

En el segundo punto trata sobre los requisitos para el examen médico legal de la víctima, en el que señala que el profesional de salud requiere para la realización del examen el consentimiento previo de la víctima; conocido por los profesionales de salud como consentimiento informado, es decir sólo se realiza el examen si luego de ser informada la víctima de que se trata este examen ella presta su consentimiento; se entiende que en caso de ser menor de edad el consentimiento debe ser dado por este si está en condiciones (no cabe

este para niños de 01 a 04 años por ejemplo) o por sus tutores, si el caso lo amerita. Si la víctima acepta ser sometida al mismo, sólo debe ser realizado por el médico encargado del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar. La presencia de otras personas (otros auxiliares, investigadores o estudiantes de medicina, etc.) esta condicionada al consentimiento de la víctima.

Algunos autores consideran que este examen no debe estar condiciona a la voluntad de la víctima, por ser prueba vital de un delito público.

Si bien es razonable cuidar que la presencia se desarrolle respetando los sentimientos de la víctima y evitando la presencia de terceros al médico y su auxiliar, es de dudosa legitimidad que el propio examen, prueba vital en estos delitos, este condicionada a la voluntad de la víctima, tanto más si se trata de delitos públicos¹²⁵.

El tercer punto señala que tanto el Fiscal y el Juez, para decidir los actos de investigación y de prueba, deben tomar en consideración el estado físico y emocional de la víctima. Esto permitirá rechazar confrontaciones, reconstrucciones e interrogatorios a la víctima, cuando ello perjudique su salud emocional.

3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

A. EL PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL

César San Martín señala que el procedimiento penal procura llegar a conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva esto es, de la imputación dirigida a una persona¹²⁶.

La verdad judicial o forense, aún cuando tiene fundados límites exige que el caso judicial no debe estar construido sobre datos que no existan y que no debe faltar ninguno de los que no sean relevantes, de ahí que las normas jurídicas que regulan la prueba se asientan en la racionalidad de una metodología empírica; por consiguiente, una cuestión de hecho

¹²⁵ MONTOYA VIVANCO, Yvan. OB. CIT. P. 60

¹²⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal II Edición. 2003 pp. 895.

relevante para el caso debe quedar fijada en la convicción judicial o probada cuando es conforme según un criterio empírico.

Señala Hassemer que en un caso erróneamente construido sólo puede seguir una sentencia "injusta", pues ésta habrá resuelto un caso distinto al que realmente subyace a la misma. Para evitar dicha injusticia es que la ley ha estructurado los modelos de comprensión escénica: contradicción efectiva, igualdad de armas, publicidad, oralidad, intermediación, etc¹²⁷

Ferrajoli¹²⁸, apunta que: "La verdad judicial, es una verdad aproximativa del ideal ilustrado –de la época de la ilustración– de la perfecta correspondencia. Como tal explica, tiene algunos límites específicos derivados del hecho de que el Juez examina no los hechos delictivos objeto del juicio sino sus pruebas y de que la comprobación judicial debe concluir en algún momento, al punto de incorporar una regla jurídica de favorabilidad al acusado en caso de incertidumbre, todo lo cual revela su carácter probabilístico".

Este principio no es el único en materia probatoria, pues, nuestra legislación procesal reconoce otros dos principios esenciales que son: el principio de libre apreciación y el principio de solución de la incertidumbre.

B. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN

Este principio se refiere a las leyes que gobiernan el convencimiento judicial es decir como debe razonar el juez cuando valora las pruebas. Como sabemos nuestro sistema procesal se asienta sobre el principio de la libre valoración de la prueba, descartando el sistema de prueba tasada o legal, propia del sistema inquisitivo. (consiste en que la ley establece múltiples normas restrictivas, ya sea para exigir que algunos hechos se prueben de un modo determinado y no de otro (normas sobre el cuerpo del delito) ya sea para prever el valor de los medios de prueba mediante presupuestos, o condiciones que actuaban positiva o negativamente).

César San Martín al citar ejecutorias supremas señala: " El Supremo Tribunal ha establecido que primero, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en hechos debida y suficientemente probados y, segundo, el juicio de responsabilidad requiere de un

¹²⁷ HASSEMER, Winfred. Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 180

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal. Trotta, Madrid, 1995, pp. 45

razonamiento lógico jurídico que le permita llegar al juez a la certeza y verdad legal, utilizando el criterio de conciencia ...¹²⁹”.

Cafferata Nores, señala que el sistema de libre convicción o valoración establece, la más plena libertad de convencimiento de los jueces. Que exige, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en que se les apoye; la libertad de apreciación del juez encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano¹³⁰.

Código de Procedimientos Penales de 1940.

Artículo 280º.- “La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción”.

Artículo 283º.- “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciadas con criterio de conciencia”.

El artículo 283º del Código de Procedimientos Penales señala que la valoración de la prueba se hace con criterio de conciencia. Para García Rada el criterio de conciencia es una conquista para la evaluación de las pruebas acorde con el sistema de libre apreciación judicial¹³¹.

Código Procesal Penal del 2004

Artículo 393 inciso 2 señala.- “El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”

Artículo que concuerda con el artículo 158º del CPP 2004 que se refiere a la valoración de la prueba en la que el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

¹²⁹ SAN MARTIN CASTRO, César. OB. CIT. P. 661

¹³⁰ Caffareta Nores, José Ignacio. Ob. Cit., pp. 42

¹³¹ García Rada. Manual de Derecho Procesal Penal, cit., p. 299.

Esto tiene enorme importancia a efectos de potenciar mejor la revalorización del testimonio de la agraviada por delitos de violación sexual. En efecto, al no existir un sistema de prueba tasada o prueba legal, se derogan lo que se crean convenientes.

Gimeno Sendra acota, de un lado, que la libre valoración de la prueba no significa libre arbitrio, ni posibilidad de entrada a la “ciencia privada”; y de otro lado, que la libre valoración, en primer lugar, ha de versar sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral, sin perjuicio de atender, a la prueba anticipada y a la pre constituida; en segundo lugar, no puede versar sobre la prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales; y en tercer lugar, se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la “sana crítica”, lo que conlleva la obligación, máxima si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados¹³². Si bien en el procedimiento penal contemporáneo no existen pruebas tasadas o de valoración legal y, por tanto, el juez no está vinculado a una determinada disposición probatoria, ello no significa que la valoración está sometida al libre arbitrio judicial, sino que se trata de una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”. El Juez, en principio, sólo puede evaluar auténticas pruebas, legítimamente incorporadas, y debe utilizar criterios de valoración racionales, desestimando por completo las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneren las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos.

4.LA LIBRE VALORACIÓN Y EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia, en tanto derecho fundamental, exige que sólo pueda desvirtuarse en la medida en que el proceso penal se lleve a cabo una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado.

“El juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y sólo sobre los resultados de ésta puede apoyar el juicio fáctico de la sentencia, con

¹³² GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Colex. Madrid. 2001. P. 381

independencia de los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos¹³³.

La primacía del derecho fundamental a la presunción de inocencia requiere según Igartua Salavarría¹³⁴: 1. Que la fuente de información utilizada por el juez en su razonamiento sea una prueba en el sentido y reconocimiento que la ley fija, por tanto no es legítimo condenar con prueba inexistente, no se puede valorar la nada o el vacío probatorio más absoluto; desde esta perspectiva, prueba en conciencia quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna prescindiendo de la prueba, desde la obligada distinción entre medio y resultado. 2. Que además de presencia formal de pruebas, es necesario que éstas sean congruentes con lo que ha de probarse, es decir, que el resultado de la prueba sea tal que pueda racionalmente considerarse de cargo; no basta, por tanto, que se haya practicado prueba e, inclusive, con gran amplitud, sino que ésta contenga elementos incriminatorios respecto de la participación del imputado en el hecho. 3. Que las pruebas arriba señaladas, sean suficientes para fundamentar el juicio de culpabilidad del procesado.

El razonamiento probatorio según Tarrufo¹³⁵ se proyecta en tres órdenes: 1. Que el Juez halla tenido en cuenta todos los elementos de prueba disponibles y relevantes para la comprobación de los hechos, sin marginar o excluir a ninguna de ellos; 2. Que el razonamiento probatorio sea internamente coherente, sin incurrir en contradicciones; y 3. Que los resultados obtenidos con la valoración conjunta de la prueba no sean contradictorios.

A. VALORACIÓN

El derecho de presunción de inocencia.- está reconocido en nuestra Constitución en su artículo 2º inciso 24 parágrafo e):

“El derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. En el ámbito probatorio, corresponde al Ministerio Público la carga de tener que probar los hechos que se imputan, pues en caso contrario, ante la ausencia de prueba practicada, la vigencia del mencionado derecho conllevará la absolución del imputado. Así mismo, el derecho a la presunción de inocencia exige como requisito necesario, para ser desvirtuado, que haya habido una mínima actividad probatoria; es decir,

¹³³ VEGAS TORRES. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. P. 165

¹³⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Tirant lo blanch, 1995, pp. 39.

¹³⁵ Citado por Miranda Estrampes. OB. CIT. P. 606.

que se hayan practicado alguna o algunas pruebas de cargo y no sólo actos de investigación llevados a cabo con mayor o menor fiabilidad.

Una vez efectuadas la (s) prueba (s) de cargo, corresponde al juez su valoración, quien, en caso de estar convencido sobre la participación del acusado, procederá a condenarlo; en caso de no quedar convencido procederá a la absolverlo en virtud de aplicación del principio *in dubio pro reo*.

B. EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

San Martín, manifiesta, que el tratamiento de la incertidumbre fáctica en el proceso penal contemporáneo se ha resuelto incorporando una regla simple y contundente, surgida en la Revolución Francesa(1791): *Cuando los hechos constitutivos del delito o la participación en los mismos del acusado permanezcan en la incertidumbre en el momento de dictar sentencia, deberá absolverse libremente*. El art. IX in fine del Código de 1991 prescribe expresamente que “en caso de duda sobre la responsabilidad penal... debe estarse a lo más favorable al reo¹³⁶”.

C. EL PRINCIPIO INDUBIO PRO REO

Se entiende por principio *in dubio pro reo* (la duda favorece al reo).- En el caso de que el Juez, no quede convencido (incertidumbre o duda) sobre la participación del acusado o sobre la comisión de los hechos que se afirman, por lo que procederá a la absolución en aplicación de este principio.

El Código de Procedimientos Penales señala en su artículo 284 lo siguiente:

“La sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que éste no se ha realizado de que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad, disponiendo la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del procesado por los hechos materia del juzgamiento”

Esta regla, tiene como punto de referencia en la doctrina de la carga de la prueba. En el proceso penal sólo se acepta la noción de carga material de prueba, en cuya virtud el principio del *in dubio pro reo* tiene plena vigencia cuando exista incertidumbre fáctica.

¹³⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. Pp. 904

Algún sector doctrinario consideró, en su momento, que existía diferencias entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia.

Vegas Torres¹³⁷138 enumera dos diferencias centrales acogidas por dicha concepción. La primera diferencia consistía en que el *in dubio pro reo* actúa como regla que orienta directamente la decisión en sentido absolutorio, cuando la culpabilidad del acusado es incierta; la presunción de inocencia, en cambio, determina el sentido de la decisión de manera indirecta o mediata, sustituyendo la incertidumbre por la certeza de la inocencia del acusado, lo que conduce a su absolución por no darse el supuesto de hecho de la norma penal. La segunda diferencia hacía referencia al hecho de que el *in dubio pro reo* sólo es adecuado para resolver el problema de la incertidumbre cuando ésta se identifica con un estado subjetivo de duda del juzgador acerca de la culpabilidad del acusado, mientras que la presunción de inocencia proporcionaba una respuesta adecuada al problema de la incertidumbre no sólo en tal supuesto, sino también en cualquier otro en el que haya de tenerse la culpabilidad como incierta, con independencia de cuál sea el convencimiento subjetivo del juzgador sobre la misma.

Sin embargo, como enseña Miranda Estrampes, aún cuando es posible encontrar las diferencias arriba aludidas entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, es de rigor entender que el *in dubio pro reo* forma parte del núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva, se entiende que para que la culpabilidad del acusado pueda considerarse probada conforme a ley se requiere no sólo la concurrencia de una prueba "de cargo", objetivamente incriminatoria, practicada con todas las garantías y en cuya valoración se hayan respetado las reglas de la sana crítica sinoque, además, fruto de esta valoración el [juzgador haya logrado formarse un convencimiento de la culpabilidad del acusado exento de toda duda razonable¹³⁸.

5. MEDIOS DE PRUEBA

Clariá Olmedo, señala que se entiende por medio de prueba el procedimiento destinado a poner el objeto de prueba –en rigor, el elemento de prueba- al alcance del juzgador. Se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficacia para

¹³⁷ VEGAS TORRES. OB. CIT. P. 208-211.

¹³⁸ MIRANDA ESTRAMPES. OB. CIT. P. 617.

el descubrimiento de la verdad, y constituyen un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre ese objeto¹³⁹.

En relación a este tema, el Código Procesal Penal, en su artículo 157, señala que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido por la Ley.

Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

A. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Como hemos señalado anteriormente los medios de prueba se clasifican atendiendo a diferentes factores. Es de considerar, sin 5. Dicho autor considera que para agrupar los diferentes medios de prueba conviene tener en cuenta el modo con arreglo al cual el juez aprehende el objeto de prueba, esto es, en virtud de percepciones propias suyas o en virtud de informes suministrados por otros¹⁴⁰.

Según el modo como el objeto de prueba llega al juez se encuentran:

- ❖ Medios de prueba que sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba en virtud de información ajena; son tres:
 - ✓ Interrogatorio del acusado, que puede incluir la confesión;
 - ✓ Testimonio, incluida la preventiva de la víctima;
 - ✓ Pericia
- ❖ Medios de prueba que sirven al juez para adquirir conocimientos del objeto de prueba merced a su propia y directa percepción; son cuatro:
 - ✓ Documentos e informes
 - ✓ Reconocimiento: de personas y de cosas;
 - ✓ Inspección de personas, de cosas y de lugares; y

¹³⁹ CLARÍA OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. T.V. P. 31

¹⁴⁰ FLORIÁN, Eugenio: De las pruebas penales, Temis, Bogotá, 1976 T. II, p. 5.

- ✓ Observación directa de los hechos: confrontación o careo y reconstrucción.

B. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL – VIOLACIÓN DE MENOR

De acuerdo al sistema probatorio modelado en nuestra legislación, esto es la libre valoración de la prueba, es perfectamente posible considerar la declaración testimonial de la víctima como un medio de prueba viable y capaz, bajo determinadas condiciones, de crear convicción en el juzgador sobre el delito y sobre la responsabilidad del acusado.

Como ya sabemos la preventiva de la agraviada es considerada necesaria por el artículo 143° C de PP., en la medida en que ha sido testigo de los hechos; la doctrina califica a la víctima, en estos casos, de “testigo cualificado” y, como tal, su declaración está contemplada en el artículo 260° C de PP.

La Jurisprudencia Nacional exige, un conjunto de requisitos para dar mérito a las imputaciones realizadas por la víctima—sobre todo si en tales delitos no cuenta con más prueba directa de cargo que su testimonio—. Podemos enumerar los siguientes requisitos impuestos por nuestros tribunales, a modo de control de credibilidad de la declaración de la víctima en delitos contra la libertad sexual:

- ✓ Tiempo considerable, entre la fecha de comisión del delito y la fecha de la denuncia.
- ✓ Sindicación uniforme. Si es contradictoria debe absolverse al imputado, siempre y cuando el imputado haya sostenido una reiterada y uniforme negativa ante la policía, juez instructor y en el juicio oral.

Ejecutoria Suprema de 24 de abril de 1990: “Procede la absolución si la agraviada exculpa al acusado en la etapa de instrucción, rectificando su manifestación policial, coincidiendo con la negativa reiterada del imputado sobre su responsabilidad”¹⁴¹.

Sentencia, de fecha 11 de marzo de 1988, la Corte Suprema destaca lo tardío de la denuncia y lo contradictorio de los cargos formulados por la agraviada para concluir por la

¹⁴¹ Anales judiciales, 1990, pág. 154

absolución, siempre y cuando el imputado haya negado los cargos reiterada y uniformemente. Empero, es de tener en cuenta que “... la declaración exculpatoria de la agraviada a favor del acusado no es suficiente para absolverlo si en el expediente existen pruebas suficientes de culpabilidad”¹⁴².

✓ La imputación debe asociarse a la existencia de una pericia médico legal que revele la posibilidad del atentado sexual denunciado y corroborare la incriminación de la víctima; si las agraviadas no han declarado ni han sido reconocidas pericialmente, se impone la absolución de los cargos.

✓ Relato de la víctima verosímil y la pericia debe apoyar su versión; si los certificados médicos legales concluyen que existen signos de agresión sexual y si la menor ha declarado uniformemente a nivel policial y en el juicio oral, debe expedirse sentencia condenatoria.

Desde otra perspectiva, la Ejecutoria Suprema de 12 de noviembre de 1991 estipula que.

“...no es explicable que una menor que recuerda horas exactas y es minuciosa en la narración de los hechos, los refiera de manera contradictoria”¹⁴³.

La versión de la víctima debe rechazarse cuando:

“...la denuncia proviene del marido de la agraviada y ha sido formulada después de (haber) vivido en concubinato con aquélla dos meses antes de que diera a luz”¹⁴⁴.

C. VERSIONES CIRCUNSTANCIADAS, DETALLANDO EL TIEMPO, LUGAR, MODO Y DEMÁS DATOS RELEVANTES DE LA COMISIÓN DELICTIVA.

En la Ejecutoria Suprema de 2 de abril de 1991, el alto tribunal sostiene que si las imputaciones de la agraviada no describen las circunstancias en que –según su afirmación–

¹⁴² Anales judiciales, 1988, pág. 168

¹⁴³ Jurisprudencia Penal (1994), Tomo I, p. 87

¹⁴⁴ El Peruano 27 de enero de 1945

fue violada y ni siquiera detalla el estado en que se encontraba cuando despertaban después de haber sido violada, no es posible dotarle de entidad incriminatoria suficiente. Por el contrario, justifica la condena si en la instrucción aparecen explicados los hechos en forma que no admite duda sobre la realización del delito;¹⁴⁵

En la Ejecutoria Suprema de 19 de agosto de 1994, precisó que es posible dictar una sentencia condenatoria si la versión inculpatoria proporcionada por la agraviada es uniforme¹⁴⁶.

La verosimilitud, anexa a lo circunstanciado del relato de la víctima, es un ingrediente básico de la credibilidad de su testimonio. Begué Lezaún acota que la versión de la agraviada aparece integrada por una serie de datos que en su caso apoyarían el relato incriminatorio a valorar, de suerte que las pericias médicas consistentes en el estudio de las secuelas que la víctima puede tener (hematomas, desgarros, etc.), tienen una importancia manifiesta, como puede comprenderse, en aquellos supuestos en que tales elementos sean habidos¹⁴⁷

En los casos de testigos-víctimas únicos, debe analizarse al máximo su declaración, sin perjuicio que durante el sumario se procure incorporar todo indicio objetivo y subjetivo que sirva para valorar adecuadamente la posición de la víctima. El hecho habitualmente clandestino, secreto o encubierto, con que se comete este tipo de infracciones, buscado a propósito por el autor, que hace difícil que puedan sobreañadirse corroboraciones incriminatorias de otro signo, exige esta tesis jurisprudencial, pues de lo contrario se llegarían a la más absoluta impunidad de innumerables delitos.

Al respecto, Fuentes Soriano, aclara dos puntos esenciales vinculados a la valoración del testimonio incriminatorio de la víctima. 1) En primer lugar, que además de su declaración, es necesario practicar una mínima actividad probatoria de carácter indiciario que la dote de sentencia condenatoria debe probarse la concurrencia de determinados datos periféricos que la corrobore, esto es, se exige una prueba colateral (que no versa sobre el núcleo central de la acción típica, pero confirma una serie de aspectos periféricos de la declaración; y, 2) En segundo lugar, que el requisito de uniformidad de la incriminación debe matizarse en el sentido que la presencia de determinadas alteraciones en las sucesivas declaraciones de la

¹⁴⁵ Revista de Jurisprudencia Peruana 1954. P. 106

¹⁴⁶ Normas Legales 228. 1995. P. J-27/J-28

¹⁴⁷ BEGUÉ LEZAÚN, Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. Barcelona. 1999. P. 258

víctima sobre datos que no tengan un carácter relevante o decisivo en relación con la persona del agresor o con los hechos cometidos y de los cuales se le acusa¹⁴⁸.

Como hemos señalado con la libre valoración de la prueba, el apotegma jurídico "testis unus, testis nullus" el testigo único es testigo nulo, deja de tener vigencia; logrando la libre valoración de la prueba, que se considere la declaración testimonial de la víctima como un medio de prueba viable y capaz, de crear convicción en el juzgador sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado.

La doctrina Española, fundamenta esta posición, como lo manifiesta Miranda Estrampes: "La convicción judicial como fin de la prueba no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número"¹⁴⁹.

Asimismo hay que tener en cuenta, según precisa Climent Durán, que una cosa es la valorabilidad de una prueba y otra es la valoración de la misma. La prueba se puede valorar sólo si cumple con los requisitos precisos que la ley establece, si ha sido producida de un modo jurídicamente correcto, o sea, la valorabilidad es la aptitud de una prueba para poder ser valorada en uno o en otro sentido. La valoración, por otro lado, consiste en determinar el valor que debe otorgarse a la prueba en el marco del proceso penal¹⁵⁰.

Siguiendo la Jurisprudencia Española, afirma Climent Durand, la declaración testimonial de la víctima, requiere de los siguientes requisitos: 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima, centrados en la inexistencia de móviles espurios y en condiciones personales tales que no permitan desestimar su versión inculpativa; 2) Verosimilitud de la declaración, es decir, que ésta sea lógica y que exista algún tipo, así sea sobre aspectos accesorios o circunstanciales, de corroboración objetiva, donde mucho cuentan las pericias que revelan lesiones o trato sexual, los vestigios, declaraciones, etc.; y, 3) Persistencia, concreción y coherencia de la inculpativa¹⁵¹.

¹⁴⁸ FUENTES SORIANO "Valoración de la prueba Indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales" Y en la Defensoría del Pueblo, Problemas actuales de la Administración de Justicia en los delitos sexuales, Lima. 2000. P. 176

¹⁴⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, 1997. P. 184.

¹⁵⁰ CLIMENT. OB. CIT. P. 525-526.

¹⁵¹ CARO CORIA, Carlos. OB. CIT. PAG. 287

D. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS DELITOS SEXUALES

Rives Seva define la prueba indiciaria como “... aquélla que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de la acusación pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado...”. Su importancia es considerable, sobre todo en aquellos delitos en los que generalmente es difícil obtener evidencias probatorias. Su aceptación en el proceso penal está legitimada cada vez más por la doctrina procesalista¹⁵².

El Código Procesal Penal del 2004, en su artículo 158 inciso 3, señala que la prueba por indicios se requiere: a) que el indicio esté probado, b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes. Montoya Vivanco, señala que en la práctica judicial, los indicios son generalmente utilizados en casos de agresiones sexuales contra menores de catorce años, observándose un cierto silencio sobre este medio probatorio en delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas.

Sentencia de fecha 21 de Noviembre de 1997 (Exp. N° 139-97), que condena a cadena perpetua a N.G.M. por delito contra la libertad sexual –con muerte subsiguiente- en agravio de cinco niñas menores de edad. En esta sentencia, la Sala Penal acoge los fundamentos expresados por el Fiscal Supremo, quien basa su pretensión punitiva en al valoración de dos elementos indiciarios:

“... el resultado del dictamen pericial de biología forense ... establece que los caracteres de los vellos pubianos del encausado N.G.M. son de similitud homóloga con el vello encontrado en la región anal de una de las víctimas, es así, que conforme a las circunstancias en que se produjeron los hechos, y lo establecido en los protocolos de autopsia en el sentido que no hay seguridad plena respecto de las causas de la muerte de las niñas, es razonable deducir que dichas muertes hayan sido producto de la violación sexual a que han sido sometidas las impúberes, lo cual resulta coherente al conocer por medio de la ciencia médica que en el caso de la niñas menores de doce años no existe el suficiente desarrollo de los órganos genitales externos y de la vagina, además de haber una enorme desproporción entre

¹⁵² RIVES SEVA, Antonio Pablo. La Prueba en el proceso penal. Arazandi. Pamplona. 1996. P. 73

ellos y el miembro viril, pues al tratar de introducirlo dentro de la vagina, violenta todos los tejidos y no sólo rompe el himen brutalmente sino que hace lo mismo con la horquilla vulvar..., produciendo amplios desgarramientos..., llegando en algunos casos a romper el tabique recto vaginal, estableciéndose comunicación entre estas dos cavidades sépticas, recto y vagina que irremediablemente producirá la muerte de la víctima” (Dictamen: 344-97 1FSP-MP)¹⁵³.

Esta cadena de deducciones, que parte de un indicio (la agresión sexual a las víctimas) es por decir lo menos osado y temerario, más aún cuando está de por medio la imposición de una pena como la de cadena perpetua. Sin embargo, tal indicio ha sido suficiente para deducir de la agresión sexual el desenlace de la muerte de las menores (art. 173° -A del CP).

6. VALORACIÓN DE LA PERICIA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL – VIOLACION DE MENOR

Según el art. 283° del C de PP, la valoración del Dictamen Pericial se hará con criterio de conciencia; es decir, no se trata de aceptar o de rechazar la prueba, sino de apreciar sus fundamentos, y según eso darle valor o no considerarlos; y tampoco es una apreciación libre e irrestricta, sino aceptarla mediante razones que se dan, compulsando una prueba en relación con lo demás, aplicando el Fiscal o el Juez su propio parecer; asimismo es lógico tomar en cuenta la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad en sus opiniones, los principios científicos en que se apoyan y la concordancia del dictamen con los principios lógicos y con las demás pruebas actuadas durante la investigación. El peritaje orienta la opinión del Fiscal y del Juez, pero no la decide, ya que siempre prevalece el parecer de los operadores del derecho; es por ello que si bien es cierto, con la finalidad de adquirir certeza el Fiscal o el Juez buscarán pruebas de mayor categoría probatoria y se apoyarán en ello, como lo es el Dictamen Pericial, también es cierto que si dicha prueba está en clara posición con las demás pruebas y el operador considera que estas últimas tienen mayor calidad probatoria, se apoyará en estas y desestimará el parecer técnico del peritaje.

Las conclusiones del dictamen de los peritos no obligan al juez, sus conclusiones están sujetas a la regla de la crítica, y como tal, el juez puede seguir las conclusiones del dictamen o apartarse de él. No se trata de que la ley pretenda por este medio darle el juez una capacidad

¹⁵³ MONTOYA VIVANCO. OB. CIT. PP. 81 -83

especial sobre un asunto que ha merecido la necesidad de recurrir a una pericia, se trata simplemente de que dicha pericia siga un ritmo normal de medio para obtener la verdad, y conseguir la formación de la certeza, por que de lo contrario, la ley hubiera considerado en lugar de establecer jueces, (este carecería de valor en su función). El Juez en este caso sólo trata de valorar las conclusiones, las que debe verificarlas de acuerdo con la integridad del proceso.

El Juez debe examinar y apreciar adecuadamente el dictamen del perito. El objeto respecto del cual puede y debe desarrollarse el examen por parte del Juez es doble:

- En primer lugar, debe verificar si la participación llena todas las formalidades de rigor, tanto en lo relativo al procedimiento seguido, como es en la redacción del dictamen. Esta es una investigación de carácter procesal, que no depende del contenido de la peritación.

- En segundo lugar, el Fiscal y el Juez deben examinar el contenido de la peritación para verificar y comprobar su coordinación lógica y científica, y para ver si los motivos y razones son suficientes.

Ahora bien, es el Juez quien resuelve y no el perito. Que la opinión del perito es importante, nadie lo duda, pero que no lo obliga, es indiscutible.

El Juez es un *peritus peritorum*, pues tiene capacidad de valorar las conclusiones periciales con relación al objeto de la prueba y a los fines del proceso¹⁵⁴. Hay que destacar que el principio general en materia probatoria consiste en que la libre valoración o criterio de conciencia no quiere decir arbitrariedad e irracionalidad en la valoración probatoria.

Si se está ante conclusiones contundentes y las pericias, en caso de existir más de una, son coincidentes, no hay razón lógica para apartarse de ellas. Sólo cabe apartarse de una conclusión pericial si existen motivos objetivos que la justifiquen, en cuyo caso la conclusión judicial debe ser razonada y fundamentada.

La libertad del juez ante la peritación no es absoluta, pues no puede apreciar sus resultados o rechazarlos simple y llanamente, cayendo de esta forma en evidente contradicción y su proceder sería absurdo y perjudicial para los fines de verdad que impulsan el proceso.

La prueba de análisis de ADN no escapa a las consideraciones precedentes, aunque es de precisar que en este caso el perito –en base a un procedimiento científicamente

¹⁵⁴ MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal III, Buenos Aires, 1952, pp. 417-418.

contrastado que reduce al mínimo sus apreciaciones subjetivas, al contrario de lo que ocurre en una pericia psicológica- es capaz de manifestar con un elevado índice de probabilidad que los vestigios hallados en el lugar del crimen o en la víctima proceden de la persona imputada.

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia española, respecto a la valoración de la pericia, manifiesta que no hace falta necesariamente el examen pericial en el juicio oral y ni siquiera en la instrucción, siempre que las partes no lo hayan cuestionado, sobre todo en sus aspectos fácticos. Si la objeción de parte se circunscribe a los hechos, en rigor, a la actividad perceptiva del perito en cuyo caso adquiere el status de testigo técnico, el examen pericial resultaría necesario; empero, si la objeción se centra en la actividad técnica o deductiva del perito, ésta se puede salvar con el aporte de una pericia de parte. Si lo primero (cuestionamiento de la labor perceptiva del perito) no se presenta, el acto y el reconocimiento pericial tiene el carácter de prueba preconstituida, siendo necesaria su lectura en el acto del juicio oral para someterla a contradicción.

Es de aclarar un punto fundamental en materia del dictamen o informe pericial. Schulchter indica que los hechos de conexión, que a su vez se dividen en dos grupos: a) los hechos de comprobación, que son aquellos que el perito es capaz de percibir en virtud de su pericia, introduciéndolos al juicio por su informe pericial; y, b) los hechos adicionales, que, por el contrario, son aquellas circunstancias que el Tribunal es capaz de comprobar por sus propios medios de reconocimientos, los mismos que no deben ser introducidos al juicio por la dación del dictamen, sino por medio de pruebas diferentes, ya que no caracterizan la posición específica del perito¹⁵⁵. Así las cosas, todo aquello vinculado a los hechos de conexión en general, que vincula a la actividad perceptiva de los peritos, exige un interrogatorio con arreglo al principio de contradicción, por lo que si el cuestionamiento de parte transita por esos puntos resultará imprescindible el examen pericial. De igual manera, es menester llamar la atención que los denominados hechos adicionales no puede ser valorados por el órgano jurisdiccional en la medida que no hayan sido introducidos al proceso por otros medios de prueba antes de la presentación del informe pericial; situación que debe tomarse en consideración pues es posible que el perito como consecuencia de la amnansis o tests que desarrolla puede acceder a información que el tribunal no tiene u obtener otras evidencias que no han sido incorporadas oportunamente a la causa.

¹⁵⁵ SCHÚCHTER. Derecho Procesal Penal, Valencia, 1999, pp. 136-137.

Nuestros tribunales, vistos los problemas de la concurrencia de peritos integrantes de organismos oficiales (Dirección de Criminalista de la Policía Nacional, Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, etc.), han venido aceptando en el juicio oral la simple lectura de los dictámenes periciales. Además, y por lo general, deniegan la concurrencia de los peritos si es que ya han sido examinados en la instrucción, en lo que se denomina “diligencia de ratificación pericial”. El Supremo Tribunal ha llegado a declarar que es nula la sentencia si el dictamen pericial no ha sido “ratificado” en el acto oral, porque no fue ratificado durante la instrucción, lo que significa, a contrario sensu, que no corresponde anular el fallo si la pericia fue ratificada en la etapa de instrucción. Empero, la jurisprudencia nacional no se ha preocupado en construir una doctrina propia enraizada en las características de la actividad pericial, en la necesidad del debate contradictorio y sus matizaciones. Se anulaba un fallo porque sencillamente no obraba en autos la ratificación pericial, aunque ahora tales declaraciones de nulidad no se producen, pero no es explícito el argumento jurídico que puede justificar tal cambio jurisprudencial, habida cuenta que no puede considerarse el informe pericial como simple prueba instrumental. Desde esta perspectiva es de considerar que el examen pericial en el juicio oral resulta imprescindible cuando se objeta la actividad perceptiva del perito y cuando existen pericias de parte contradictorias donde inclusive debe mediar un debate pericial; de igual manera, el examen pericial podrá ser necesario cuando no se ha llevado a cabo, en el período instructorio, la diligencia de ratificación pericial, claro está si se trata de dictámenes diminutos o evidentemente complejos que requieran una explicación adicional de los peritos. Es obvio que en los demás supuestos no cabe que se lleve a cabo un examen pericial en el juicio.

CAPITULO III

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación utilizada será descriptivo - explicativo y comparativo.

La investigación es descriptiva, ya que describirá los diversos criterios de valoración de los operadores del derecho al momento de dictar sentencia en los casos de violación sexual en la sede judicial de Huancabamba, aplicados durante los años 2011 y 2013.

La investigación es de tipo explicativo dado que con los elementos de juicio explicará los diversos conceptos en concordancia con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia que contempla la valoración de la prueba por testimonio en delitos de violación sexual, a fin de manejar adecuadamente la información en el desarrollo de la investigación referida a las variables de estudio.

Se realizará una descripción científicamente de como el derecho comparado contempla la valoración de la prueba de testimonio en delitos de violación sexual con la finalidad de establecer, igualdades, similitudes y diferencias. Así mismo, del análisis de los criterios aplicados en las diversas sentencias de violación serán comparados con jurisprudencias a nivel nacional, a fin de verificar si los criterios aplicables son los mismos

3.2. NIVEL

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

3.2. FUENTES DE INFORMACIÓN.

- La primera fuente de información está constituida por la diversas Sentencias expedidas por los juzgados Penales de la sede judicial de Huancabamba sobre delitos de violación sexual.
- Opiniones y entrevistas realizadas a los jueces y fiscales que aplican los diversos criterios de valor en los procesos penales de violación.
- La Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Peruana y extranjera sobre la valoración de la prueba de testimonio en los delitos de violación sexual.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1. POBLACIÓN La población estará compuesta por las sentencias condenatorias y absolutorias por delitos de violación sexual, dictadas en juzgados Penales de la sede judicial de Huancabamba, años 2011 a 2013.

3.3.2. MUESTRA Para determinar la muestra se aplicará la prueba de proporciones, en base a las sentencias, de juzgados Penales de la sede judicial de Huancabamba años 2011 a 2013, quedando conformada por 34 sentencias expedidas por los juzgados de Investigación Preparatoria y por los juzgados de Primera Instancia

$$N = \frac{(Z)^2(PQ*N)}{(E)^2(N-1) + (Z)^2PQ}$$

Donde:

Z = Desviación estándar

E = Error de muestreo

P = Probabilidad de ocurrencia en los casos

Q = 1 - P

N = Tamaño del universo de población.

Valores estadísticos constantes para determinar el tamaño de una muestra estadísticamente significativa:

Z = 1.96 (95%)

E = 0.05 (5%)

P = 0.5 (50%)

Para efectos del cálculo del tamaño de nuestra muestra, considerando N = 50 tenemos lo siguiente:

$$N = \frac{(1.96)^2(0.5*0.5)(50)}{(0.05)^2(50-1) + (1.96)^2(0.5*0.5)}$$

Por lo tanto $N = 44$

3.4. TECNICAS

Dentro de las técnicas que se usaron en la presente investigación son:

a. **La Recopilación documental.-** Que está constituida por la recopilación de las sentencias que condenan y absuelven a los procesados por delitos contra la libertad sexual violación de menores de edad, emitidos por el juzgado de Investigación preparatoria y el juzgado de Primera en la sede judicial de Huancabamba

b. **Análisis de registro documental.-** Esta Técnica está en función del análisis doctrinario y teórico de las diversas obras, así como de la jurisprudencia y legislación comparada.

c. **Técnicas para el procesamiento y análisis de datos** Las técnicas de análisis de datos se realizó mediante análisis documental y Análisis estadístico. El análisis estadístico se elaboró en el paquete estadístico SPSS; se ha elaborado tablas de frecuencias con totales absolutos y porcentajes. La contratación de Hipótesis se ha realizado con el soporte del Marco Teórico.

CAPITULO IV

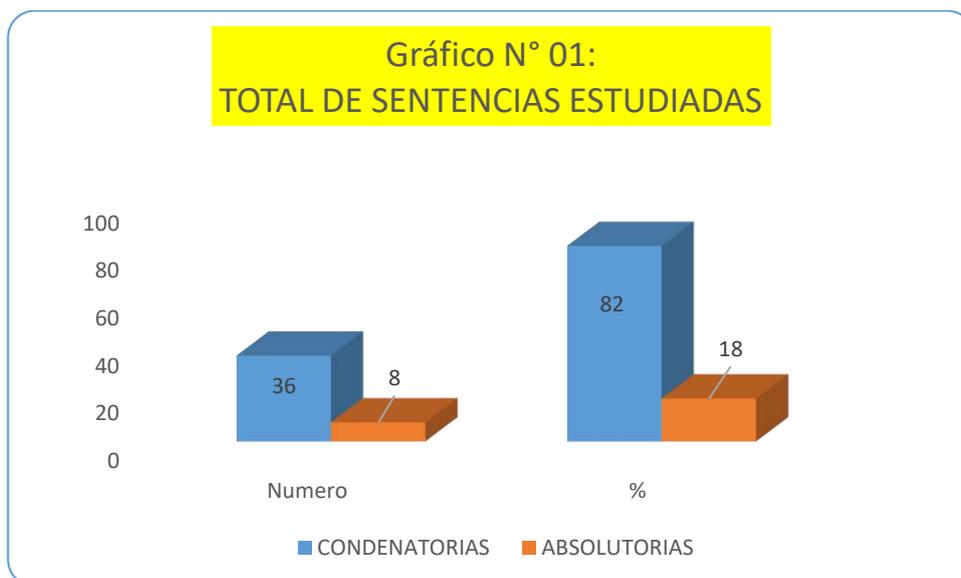
CAPÍTULO IV. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. DATOS GENERALES

1. TIPO DE SENTENCIAS

Del total de sentencias analizadas (44), el 82% (36) son condenatorias y el 18 % (08) absolutorias

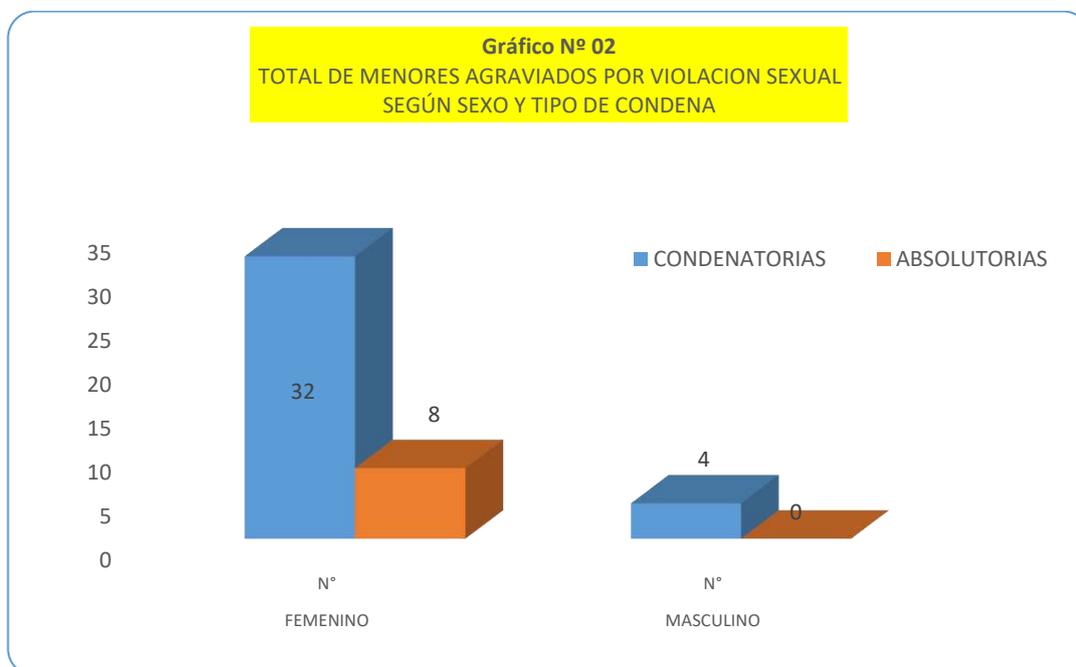
CUADRO N° 01			
TOTAL DE SENTENCIAS ESTUDIADAS			
SEGÚN TIPO			
TIPO SENTENCIA	DE	Numero	%
<i>CONDENATORIAS</i>		36	82
<i>ABSOLUTORIAS</i>		8	18
TOTAL		44	100



2. AGRAVIADOS MENORES DE 14 AÑOS SEGÚN SEXO Y TIPO DE SENTENCIA

Del total de las 44 sentencias analizadas; el 90% es de sexo femenino es de 40 son mujeres y el 10% de sexo masculino es decir 4 son hombre. Del total de sentencias condenatorias (82%), en el 74% las víctimas son de sexo femenino y en el 8% de sexo masculino.

CUADRO N° 02						
TOTAL DE MENORES AGRAVIADOS POR VIOLACION SEXUAL SEGÚN SEXO Y TIPO DE CONDENA						
TIPO DE SENTENCIA	AGRAVIADOS SEGÚN SEXO					
	FEMENINO		MASCULINO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
CONDENATORIAS	32	74	04	08	36	82
ABSOLUTORIAS	8	16	0	02	08	18
TOTAL	40	90	04	10	44	100



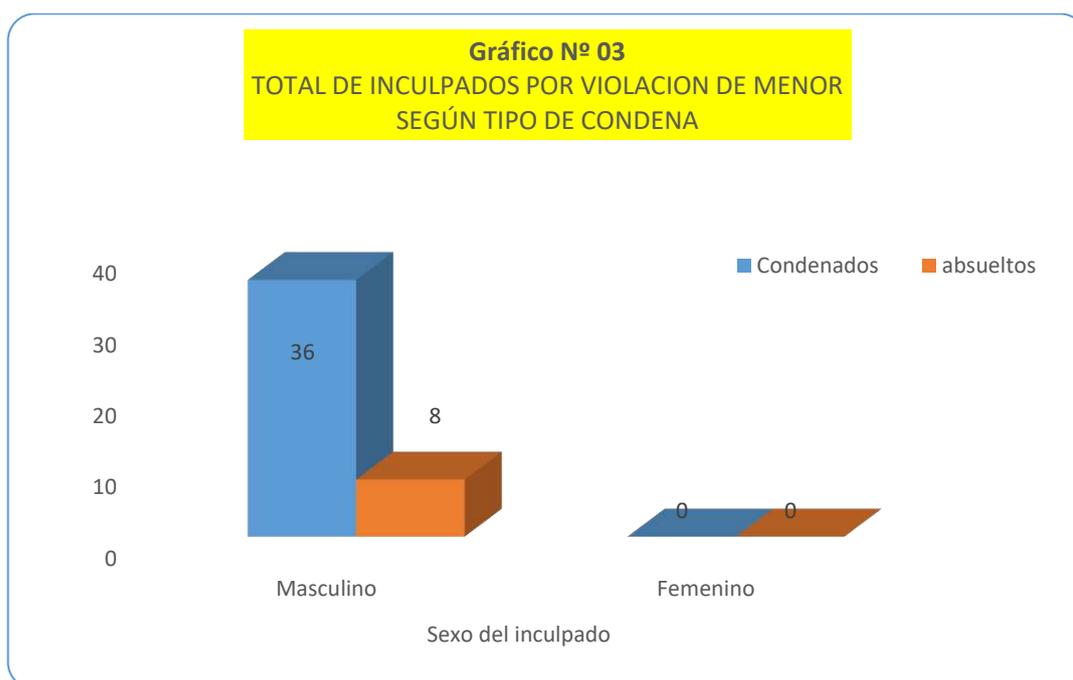
3. INCULPADOS SEGÚN TIPO DE CONDENA

Del total de 36 sentencias condenatorias, 32 menores agraviados fueron de sexo femenino que constituyen el 74%; y 04 menores agraviados fueron de sexo masculino que constituye el 8%.

De todas las 44 sentencias investigadas el 100% fueron cometidos por hombres; de las cuales el 82% obtuvo sentencia condenatoria y el 18% sentencia absoluta.

CUADRO N° 03
TOTAL DE INCULPADOS POR VIOLACION DE MENOR

SEGÚN TIPO DE CONDENA				
Tipo de sentencia	N°	%	Sexo del inculpado	
			Masculino	Femenino
Condenados	36	82	36	0
absueltos	8	18	8	0
TOTAL	44	100	44	



4. DEL VINCULO DEL AGRESOR CON LA VICTIMA

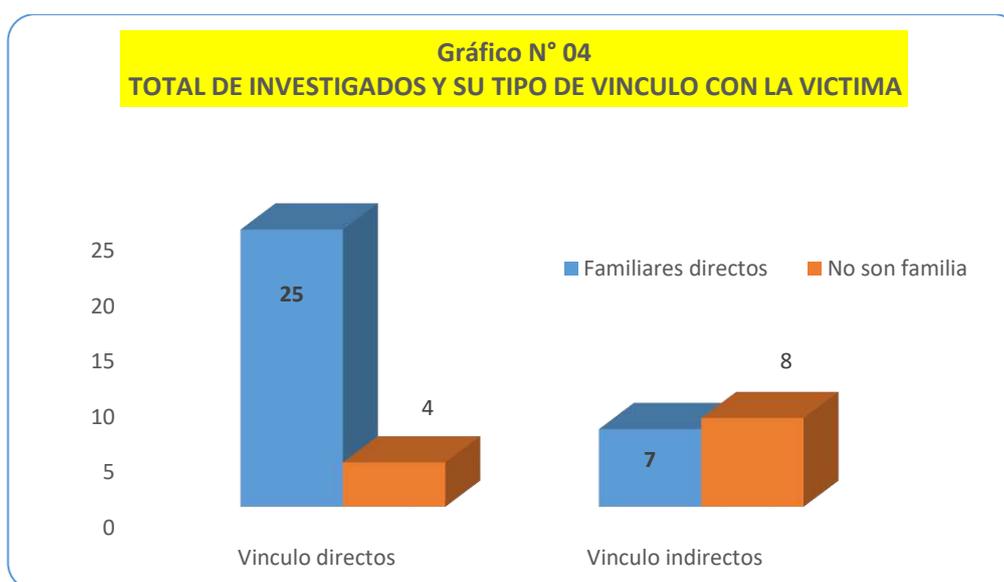
De las 44 sentencias analizadas, los agresores investigados con vínculos familiares fueron 32, dentro de los cuales 25 mantienen vínculo de familiaridad directo y 07 mantienen vínculos de familiaridad indirectos.

Se entiende por vínculos de familiaridad directo al grupo familiar que comprende padres, abuelos, hermanos, tíos y primos de la víctima.

Se entiende por vínculo de familiaridad indirecta a los cuñados, primos lejanos.

De los 12 personas investigados 4 mantenían algún tipo de vínculo dentro de los cuales se encuentran vecinos y amigos y 08 nunca habían mantenido ningún tipo de vínculo.

CUADRO N° 04 TOTAL DE INVESTIGADOS Y SU TIPO DE VINCULO CON LA VICTIMA			
Tipo de vinculo	Vinculo directos	Vinculo indirectos	Total
Familiares directos	25	7	32
No son familia	4	8	12



5. LUGAR DE LOS HECHOS SEGÚN VINCULO FAMILIAR

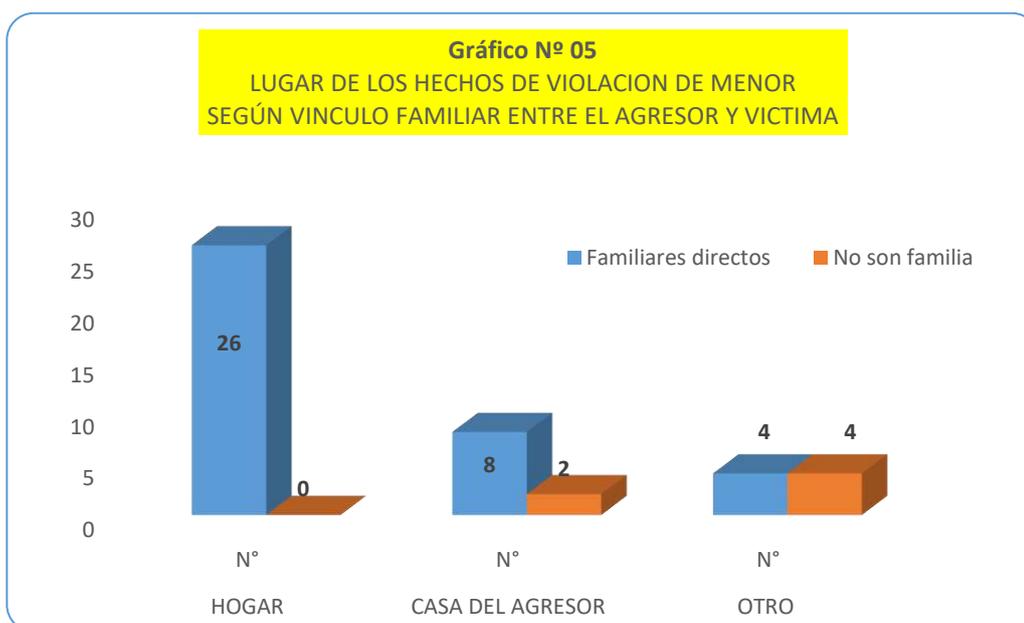
De las 44 sentencias, se ha creído conveniente analizar el lugar donde sucedieron los hechos llegando a obtener los siguientes resultados: el 60% de los hechos ocurrieron en el hogar de la víctima, siendo que su agresor siempre fue un familiar. Es decir 26 agresores eran entre padres, abuelos, tíos y primos que viven en la misma casa de la víctima.

El 23% de las agresiones ocurrió en la casa del agresor, es decir 10 de los agresores llevaron a sus víctimas menores de edad a su casas o estuvieron en ella durante el acto de la violación, siendo que ellos 8 de los agresores mantenían un grado de familiaridad directa; y 2 de los agresores no tenía vínculo familiar alguno con la víctima, pero esta regularmente los visitaba por diversos motivos.

El 17% de las violaciones ocurrieron en otros lugares como casas desocupadas, lugares desolados, algunos hostales, etc. De los agresores con vínculos de familiaridad fueron 4 entre los que figuran tíos y primos; y 4 agresores no tenían ningún tipo de familiaridad

CUADRO N° 05								
LUGAR DE LOS HECHOS DE VIOLACION DEL MENOR								
SEGÚN VINCULO FAMILIAR ENTRE EL AGRESOR Y VICTIMA								
Lugar de los hechos	HOGAR		CASA DEL AGRESOR		OTRO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
Familiares directos	26	60	8	19	4	8.5	38	87.5
No son familia	0	0	2	4	4	8.5	6	12.5
TOTAL	26	60%	10	23%	8	17%	44	100

Se debe tener presente que de las 8 sentencias que fueron absueltas, en su totalidad tuvieron como escenarios lugares distintos al hogar de la víctima o al hogar del agresor, toda vez que las mismas sentencias se considera que no se pudo encontrar suficientes medios de prueba que permita acreditar el lugar de los hechos.



6. RELACIÓN ENTRE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS Y SUS SEXOS.

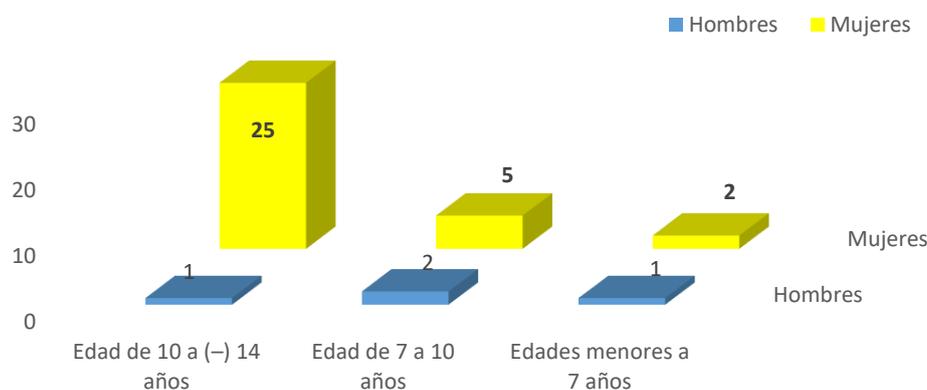
De las 36 sentencias condenatorias, 32 corresponden a sentencias por agresiones a víctimas menores de edad mujeres y 4 corresponde a sentencias por agresiones a víctimas menores de edad varones.

De las víctimas mujeres se puede apreciar que el 79% corresponde a niñas de 10 a (-) 14 años, el 15% a niñas de 7 a 10 años, y el 6% a niñas menores de 7 años.

En el caso de los víctimas varones el 25% corresponde a niños de 10 a (-) 14 años; el 50% a niños de 7 a 10 años, y el 25 % a niños menores de 7 años.

CUADRO N° 06: RELACIÓN ENTRE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS Y SUS SEXOS				
Sexo de las víctimas	Hombres		Mujeres	
	N°	%	N°	%
Edad de 10 a (-) 14 años	1	25	25	79
Edad de 7 a 10 años	2	50	5	15
Edades menores a 7 años	1	25	2	6
Total	4	100	32	100

Grafico N° 06: RELACIÓN ENTRE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS Y SUS SEXOS



7. RELACIÓN ENTRE LOS AÑOS DE CONDENA Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS Y SUS SEXOS.

➤ De las 32 sentencias por agresiones a víctimas menores de edad mujeres entre edades de 10 a (-) 14 años, 20 agresores recibieron sentencias por debajo del límite legal y 5 agresores recibieron sentencias por encima del límite legal. A las personas que ultrajaron niñas de 7 a 10 años 4 fueron sentencias por debajo del límite legal y 01 recibió sentencia dentro del límite legal. Las víctimas menores de 7 años, 01 de los agresores recibió sentencia por encima del límite legal y 01 fue condenado a cadena perpetua.

➤ De las 4 sentencias por agresiones a víctimas menores de edad varones, en el caso de las víctimas varones que corresponde a niños de 10 a (-) 14 años, el agresor fue sentenciado por debajo del límite legal; en el caso de los niños de 7 a 10 años los dos sentenciados fueron sentenciados a condenas superiores al límite legal, y de las víctimas menores de 7 años el sentenciado fue condenado a cadena perpetua.

CUADRO N° 07: RELACIÓN ENTRE LOS AÑOS DE CONDENA Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS Y SUS SEXOS						
VICTIMAS	Edad de Víctimas mujeres			Edad de Víctimas varones		
	10 a (-) 14 años	7 a 10 años	menores de 7 años	10 a (-) 14 años	7 a 10 años	menores de 7 años
De 5 años	5					
De 5 a 9	5					
De 10 a 14	5			1		
De 15 a 19	3					
De 20 a 24	2	4				
De 25 a 30	5	1	1		2	
Perpetua			1			1
TOTAL	25	5	2	1	2	1

Gráfico N° 07: RELACIÓN ENTRE LOS AÑOS DE CONDENA Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS MUJERES

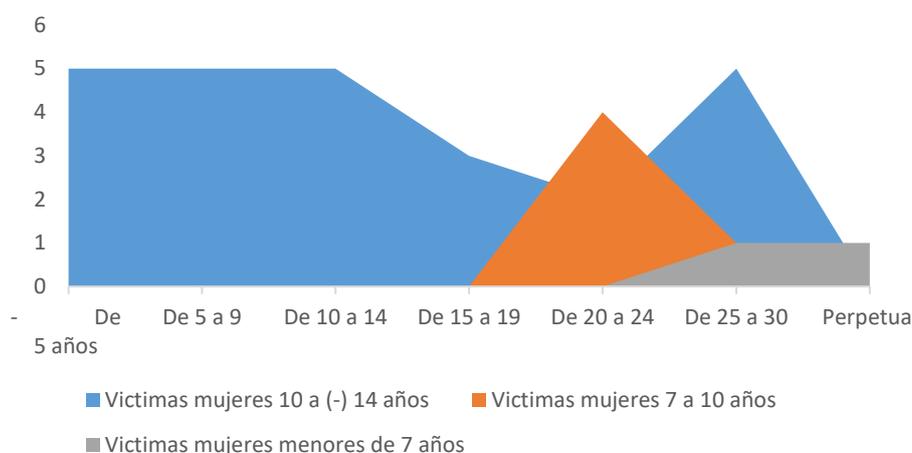
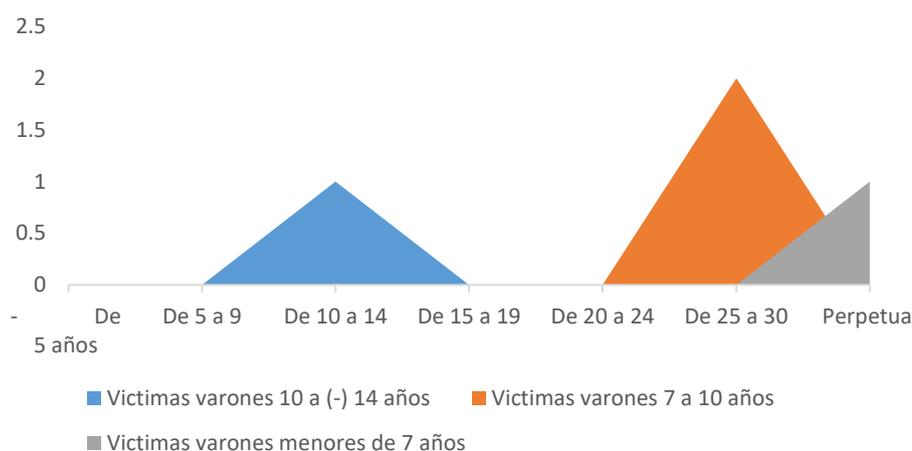


Gráfico N° 08: RELACIÓN ENTRE LOS AÑOS DE CONDENA Y LAS EDADES DE LAS VICTIMAS VARONES



8. RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADOS

a. De 32 las víctimas mujeres agredidas

➤ Víctimas mujeres entre edades de 10 a (-) 14 años, 20 agresores recibieron sentencias por debajo del límite legal de los cuales 17 mantenían vínculos directos con la víctima y 3 de eran conocidos directos. De los 5 agresores que recibieron sentencias por encima del límite legal, 3 eran familiares directos y 02 mantenían vínculos indirectos.

➤ Víctimas mujeres entre edades de 7 a 10 años 4 fueron sentencias por debajo del límite legal, 2 eran familia con vínculos directos y 02 no eran familia. 01 de los sentenciados recibió sentencia dentro del límite legal y era vínculo familiar directo.

➤ Víctimas mujeres menores de 7 años, 01 de los agresores recibió sentencia por encima del límite legal y 01 fue condenado a cadena perpetua, los dos condenados eran familiares directos

CUADRO N° 08: RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADAS MUJERES							
Edad de la agraviada	Tiempo de condena						
	(-) 5 años	De 5 a 9	De 10 a 14	De 10 a 14	De 20 a 24	De 25 a 30	Perpetua
Con vínculo familiar							
Menor de 7 años						1	1
De 7 a 10 años					2	1	
De 10 a (-) de 14 años	5	5	5		2	3	
Total	5	5	5	0	4	5	1
Sin vínculo familiar							
Menor de 7 años							
De 7 a 10 años					2		
De 10 a (-) de 14 años		1	1	1		2	
Total		1	1	1	2	2	

Gráfico N° 09: RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADAS MUJERES, CON VINCULO FAMILIAR

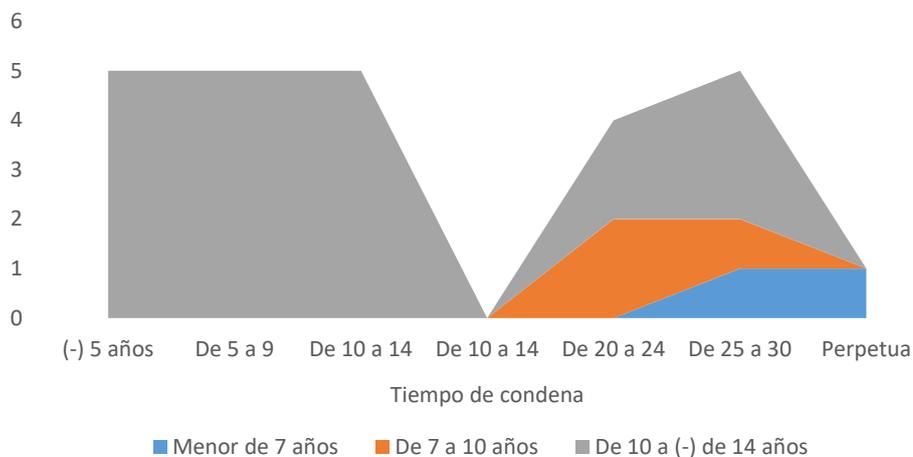
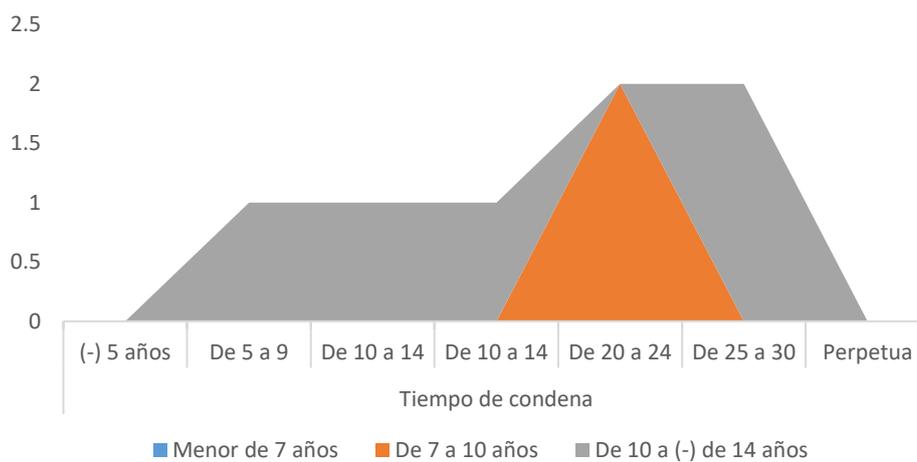


Gráfico N° 10: RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADAS MUJERES, SIN VÍNCULO FAMILIAR



b. De las 4 víctimas varones agredidos

- Víctimas menores de edad varones de 10 a (-) 14 años, el agresor fue sentenciado por debajo del límite legal el mismo que no mantenía vínculo familiar;
- Víctimas de 7 a 10 años los dos investigados fueron sentenciados a condenas superiores al límite legal y mantienen vínculo familiar.
- Víctimas menores de 7 años el sentenciado fue condenado a cadena perpetua y mantenía vínculo familiar

CUADRO N° 09: RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADOS							
Edad de la agraviada	Tiempo de condena						
	(-) 5 años	De 5 a 9	De 10 a 14	De 10 a 14	De 20 a 24	De 25 a 30	Perpetua
Con vínculo familiar							
Menor de 7 años							1
De 7 a 10 años						2	
De 10 a (-) de 14 años							
Total						2	1
Sin vínculo familiar							
Menor de 7 años				1			
De 7 a 10 años							
De 10 a (-) de 14 años							
Total				1			

Gráfico N° 11: RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADOS VARONES, SIN VÍNCULO FAMILIAR

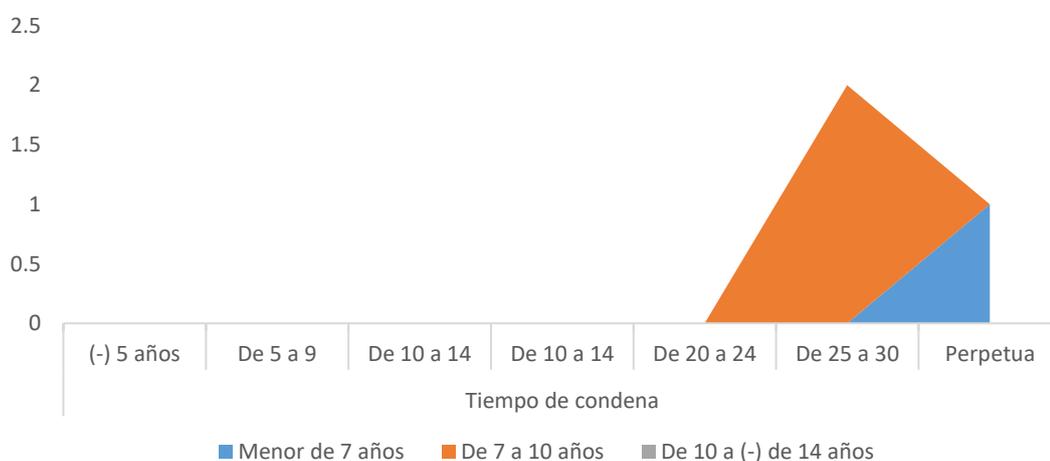
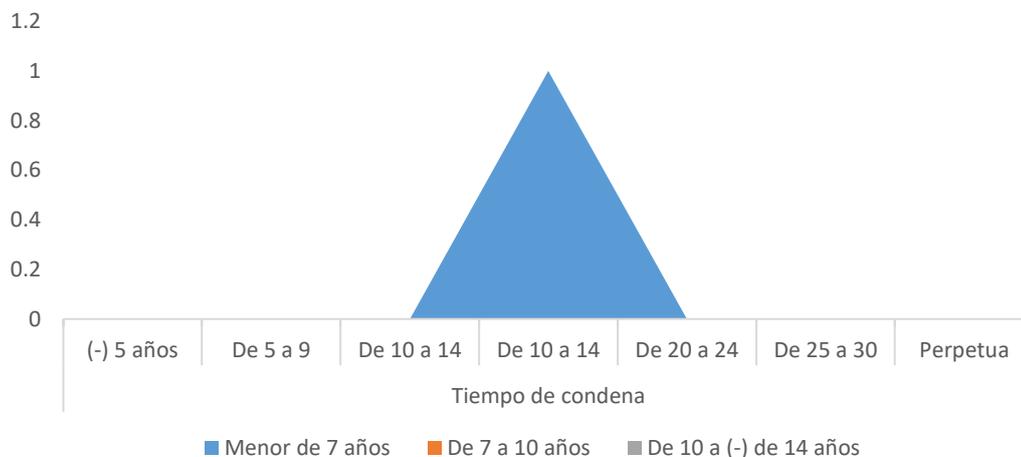


Gráfico N° 12: RELACION ENTRE LAS CONDENAS IMPUESTAS, VÍNCULO FAMILIAR Y EDAD DE LOS AGRAVIADOS VARONES, CON VÍNCULO FAMILIAR



4.2 CRITERIOS QUE UTILIZAN LOS MAGISTRADOS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL – VIOLACION DE MENOR

4.2.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El artículo 283 del Código de Procedimiento Penales señala que la valoración de la prueba se hace con criterio de conciencia. Este sistema según el profesor San Martín, supone la plena libertad en el proceso de convencimiento del Juez respecto de las afirmaciones de las partes, aunque exige que sus conclusiones sean consecuencia de las pruebas en la que se apoye.

De acuerdo a la libre valoración de la prueba, es posible considerar la declaración testimonial de la víctima como un medio de prueba viable y capaz, bajo determinadas condiciones, de crear convicción en el juzgador sobre el delito y sobre la responsabilidad del acusado.

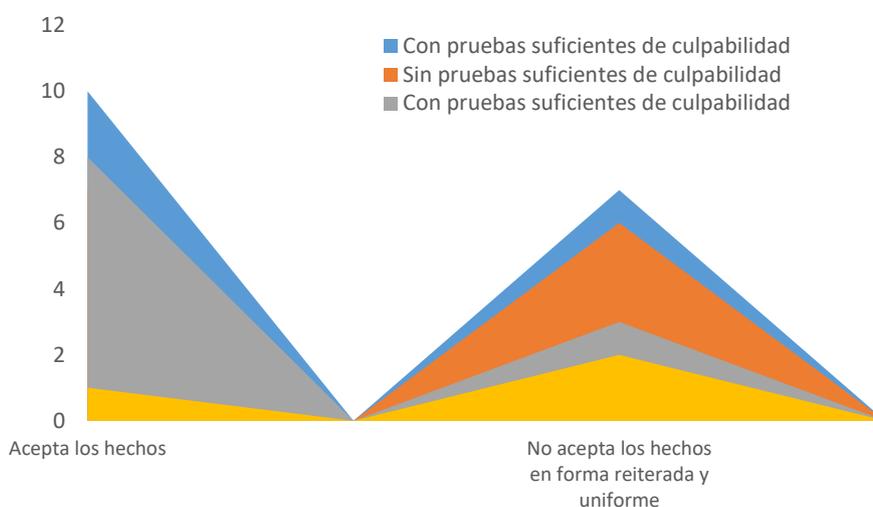
En el cuadro N° 10, se puede apreciar que si la sindicación es uniforme o contradictoria con pruebas suficientes de culpabilidad que corroboran los hechos delictivos, la sentencia es condenatoria; 36 sentencias condenatorias, con 36 agraviados (30 de sexo femenino y 06 de sexo masculino) y 36 condenados que representan el 82%, del total de sentencias analizadas.

CUADRO N° 10: RELACIÓN ENTRE LA SINDICACION DE LA AGRAVIADA CORROBORADA CON PRUEBAS SUFICIENTES DE CULPABILIDAD Y DECLARACIÓN DEL INCULPADO

DECLARACION DEL INCULPADO	DECLARACION DE LA AGRAVIADA									
	Sindicación Uniforme				Sindicación Contradictoria				TOTAL	
	Con pruebas suficientes de culpabilidad		Sin pruebas suficientes de culpabilidad		Con pruebas suficientes de culpabilidad		Sin pruebas suficientes de culpabilidad			
N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	
Acepta los hechos	10	23	7	16	8	18	1	2	26	
	condenatoria		condenatoria		condenatoria		condenatoria			
No acepta los hechos en forma reiterada y uniforme	7	16	6	14	3	7	2	4	8	
	condenatoria		Absolutoria		condenatoria		absolutoria			
Total	17	36	13	30	11	25	3	6	44	100

En el mismo cuadro podemos apreciar que, si la sindicación es uniforme o contradictoria sin pruebas suficientes de culpabilidad, que corroboren los hechos delictivos, la sentencia es absolutoria siempre y cuando exista la negativa reiterada y uniforme de los hechos por parte del inculpado; son en total 08 sentencias absolutorias, que representan el 18%, del total de sentencias analizadas.

GRAFICO Nº 13: RELACIÓN ENTRE LA SINDICACION DE LA AGRAVIADA CORROBORADA CON PRUEBAS SUFICIENTES DE CULPABILIDAD Y DECLARACIÓN DEL INculpADO



A. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Del total de sentencias absolutorias (08) analizadas, el 100%, se les aplicó el principio de solución de la incertidumbre o principio indubio pro reo consagrado en nuestra Constitución en el inciso undécimo del artículo ciento treintinueve y el 284 del Código de Procedimientos Penales.

➤ PRINCIPIO DE SOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE – INDUBIO PRO REO.

✓ Un caso ilustrativo, es la sentencia de fecha quince de agosto del año dos mil once (EXP. Nro. 95-2011), que absuelve a R.I.V. del delito contra la Libertad Sexual - Violación de menor de edad - en agravio del menor MJCT.

“Que, el acusado R.I.V, al prestar su instructiva de fojas Setenta y seis, continuada a fojas noventa y dos a noventa y cinco, así como el Acto de Juzgamiento viene proclamando su inocencia, al amparo del apartado “e” párrafo veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, no ha sido desvirtuado en un debido proceso rodeado de todas las garantías necesarias a su derecho de defensa, por cuanto, el menor agraviado originariamente le incriminó de un evento que no cometió, por estar influenciado por sus primas C.I.J. y G.I.J., para posteriormente al ser interrogado en el Acto Oral lo exculpa,

desvaneciendo de esta forma la imputación formulada al prestar su declaración a nivel policial, ... Que, del análisis y evaluación de las diligencias se llega a la convicción que en autos se encuentra acreditada la comisión del ilícito, más no la responsabilidad del acusado, dado que no existe en autos imputación uniforme del agraviado, que el acusado sea el autor material del acto investigado, a lo que se aúna la inexistencia de testigos que le inculpen tal hecho, sin embargo debe relevarse la conclusión arribada por los Peritos Psiquiatras, quienes tras evaluar al acusado, indican sus rasgos pasivos, inteligencia normal y no psicopatología de psicosis, sumados a ello la Pericia Psicológica de fojas trescientos once a trescientos diecisiete al ser examinado el agraviado, expresó su acercamiento al procesado describiéndolo bueno y lo quiere, quien cumplió con asistir puntualmente a los requerimientos dictados por el colegiado, en consecuencia, por falta de pruebas objetivas, idóneas y suficientes, no se puede dictar sentencia condenatoria y estando a lo previsto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, se le debe absolver de la Acusación Fiscal.

✓ La sentencia de fecha, el once de septiembre del dos mil doce (EXP. 104-2012), contempla el principio Indubio Pro reo (la duda favorece al reo), Absolviendo a M.M.M.B. del delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor – en agravio de la menor signada con clave número treinta y seis - dos mil doce.

“... la sola imputación de la agraviada efectuada tardíamente y en forma variable, no siendo constante en el tiempo, toda vez para que tenga plena validez dicha declaración debe ser uniforme y coherente en toda la secuencia, lo cual no ha ocurrido en autos, así como el reconocimiento ginecológico efectuado igualmente practicado mucho tiempo después de la fecha en que dice ocurrieron los hechos, son insuficientes para dictar una sentencia condenatoria, y de otro lado, que el acusado ha negado los cargos durante toda la secuela del proceso, y que de otro tanto la pericia psiquiátrica como la psicológica practicada en la persona del acusado, las mismas que han sido ratificadas durante el juzgamiento, concluyen que este presenta personalidad con rasgos pasivo -agresivos y disociales respectivamente, más no que presenta una personalidad disocial, todo lo cual no hace más que crear una duda razonable en el juzgador, lo que le favorece al acusado en atención al principio constitucional del INDUBIO PRO REO esto es que la duda favorece al reo, ”

✓ Asimismo la sentencia dada el cinco de marzo del año de dos mil trece (EXP. 213-2012), también aplica el principio de solución de incertidumbre o Indubio Pro reo, Absolviendo a G.H.Q. del delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor - en agravio de la menor signada con clave número Setenta y dos - dos mil doce.

“..... que analizando los elementos de juicio acumulados en la etapa de instrucción así como en el acto oral, de acuerdo a la sana crítica y lógica jurídica se colige válidamente que no existe prueba concreta, idónea y objetiva que pruebe a cabalidad la responsabilidad penal de acusado en el delito que se le imputa, que sin bien existe la sindicación directa de la agraviada contra éste, la misma que ingresara en forma voluntaria al domicilio del procesado a sabiendas que podría estar expuesta a requerimientos amorosos, también es cierto que luego de la actividad probatoria desplegada en el presente proceso, subsisten dudas sobre la realidad de los hechos, toda vez que luego del presunto hecho, la agraviada en vez de dirigirse a su hogar a fin de comunicar la presunta violación que refiere haber sido objeto, se dirigió al domicilio de su amiga Claudia Bermeo Guerrero y posteriormente acudieron ambas a un baile;que, si bien es cierto, existe conexión entre el procesado y la menor agraviada, éste hecho no conlleva a establecer concluyentemente de que hubo violación sexual contra dicha menor, por cuanto no existe prueba plena concreta, idónea y objetiva que pruebe a cabalidad la responsabilidad del procesado en el delito que se le imputa y que al haber duda del mismo, es pertinente la aplicación del Principio jurídico del Indubio Pro-Reo.....”

✓ EXP. 119-2012, con sentencia del diecinueve de noviembre del dos mil doce, aplica el principio Indubio Pro reo, Absolviendo a J.G.G. del delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor - en agravio de la menor de clave A.J.J.

“Que, la negativa del acusado no ha podido ser contrastada durante el presente proceso reservado, por cuanto la agraviada en la actualidad ha fallecido; tal como aparece en el Informe Médico del Hospital de Huancabamba; que, de todo lo resuelto en reiteradas jurisprudencias, cuando se señala que la sola imputación no corroborada con otro elemento probatorio idóneo, carece de validez como para condenar por la comisión de un ilícito penal;

que, siendo así estando a la férrea negativa del acusado, a la duda razonable que en materia penal favorece al Indubio Pro Reo”.

✓ EXP. 36-2013, con sentencia del nueve de junio del año dos mil trece, absuelve a J.P.C. del delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor - en agravio de la menor signada con clave cincuenta y dos; aplicando el principio Indubio Pro reo,

“Que, la imputación de la agraviada de haber sido la víctima de violación por parte del encausado no se encuentra corroborada con ninguna otra prueba, y el certificado médico concluye indicando que la desfloración es antigua, no se puede atribuir necesariamente los actos violatorios al encausado, Que, siendo así, estando a la férrea negativa del acusado, a la insuficiencia de medios probatorios que lleve al convencimiento de la responsabilidad del procesado, surge una duda razonable que en materia penal favorece al imputado, en estricta aplicación del Principio Universal del Indubio Pro Reo”

✓ La sentencia dada el treintiuno de enero del año dos mil doce (EXP.125-11), aplica el principio Indubio Pro reo, Absolviendo a H.L.N. del delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor - en agravio de la menor ERPI.

“Que en el presente proceso, resalta duda, no obstante el desarrollo de la actividad probatoria, es el caso absolverlo de la acusación fiscal, pues la sindicación primigenia de las agraviadas, quienes luego se retractan, hacen que la duda se produzca favorablemente para el acusado orientándonos a la aplicación del indubio pro reo”.

❖ SENTENCIAS CONDENATORIAS

Las sentencias en las que la valoración de las pruebas permitió crear convicción en el Juzgador sobre el delito y la responsabilidad del inculpado; representan el 82% (36) del total de las sentencias analizadas (44)

➤ **DECLARACION DE LA VICTIMA**

✓ **Declaración de la víctima con persistente concreción y coherencia incriminatoria, también denominado sindicación uniforme.**

De los expedientes analizados, son 24 (55%) las agraviadas que realizan sindicación uniforme con pruebas suficientes de culpabilidad, que corroboran la sindicación y son doce las agraviadas (27%) que realizan sindicación contradictoria, con pruebas suficientes de culpabilidad; como sabemos la declaración exculpatoria de la agraviada a favor del acusado no es suficiente para absolverlo si en el expediente existen pruebas suficientes de culpabilidad; por lo que el juzgador dicta sentencia condenatoria en el 82% del total de las sentencias analizadas. A manera ilustrativa exponemos la siguientes sentencias.

EXP-24-2011 – de fecha quince de mayo del dos mil once, falla a mérito de las piezas procesales analizadas con criterio de conciencia que la Ley Autoriza, condenando a F.V.M. como autor del delito contra la Libertad – violación de la libertad sexual violación de menor en agravio de la menor registrada con la clave treinta guión dos mil once y como tal impusieron quince años de pena privativa de libertad efectiva.

“esto es, confrontando y compulsando reflexivamente la actuación y obtención de los medios de prueba obtenidos dentro de las reglas de un debido proceso y con las garantías de la administración de justicia; de la estación policial, etapa de la instrucción y las producidas en el acto oral, haciendo uso de los principios de inmediatez, oralidad y contradicción con razonamiento lógico-jurídico se arriba a la conclusión que se encuentra probado y acreditado la comisión del delito contra la Libertad Sexual en agravio de la menor y sancionada en la última parte del artículo ciento setentitrés del Código Penal modificado por la ley veintiséis mil doscientos noventitrés; ... probado está que la menor agraviada durante la investigación preliminar y en la instrucción a sostenido de modo categórico que fue objeto de violación sexual desde el mes de noviembre del año de dos mil diez, cuando ésta contaba con menos de catorce años de edad, como se tiene acreditado con la partida de nacimiento que se tiene glosada; además se verifica que las declaraciones vertidas por la menor agraviada han sido uniformes y coherentes en relación con las declaraciones vertidas por el encausado, quien acepta haber mantenido relaciones sexuales con la sobrina de su conviviente y que incluso le enseñaba matemáticas y hacia regalos, aunque este niega que sólo se hace responsable de la violación sexual practicada cuando esta contaba con más de catorce años de edad; pero aduce

que se encuentra arrepentido; cabe anotarse que de la revisión de autos se tiene que el encausado ha mantenido su negativa de la comisión del hecho punible e incluso hasta el momento que se efectuó la confrontación con la menor agraviada en la etapa de la instrucción para luego en el acto oral aceptar los cargos ”

✓ **Declaración contradictoria de la agraviada, con pruebas que corroboran el hecho delictivo; en las sentencias analizadas encontramos tres casos, en donde la agraviada, se contradice tratando de exculpar al acusado.** Exponemos un caso ilustrativo, en donde queda clara que la sola declaración exculpatoria de la agraviada a favor del acusado no es suficiente para absolverlo, si es que en el expediente existen pruebas suficientes de culpabilidad.

EXP. N° 42 – 2012, según sentencia del veintiuno de mayo del año dos mil doce.- se condena a quince años de pena privativa de la libertad; a A.B.C.C. como autor del delito contra la Libertad - Violación - en agravio de la menor signada con la clave número cincuenta y uno dos mil doce ” aún cuando en el acto oral el encausado niega los cargos imputados reconocidos en su versión primigenia con el afán de enervar su responsabilidad, también está que en el acto oral la agraviada varía totalmente su versión inicial indicando que no mantuvo relaciones sexuales con el acusado sino que lo sostuvo con su enamorado José Ballesteros en varias oportunidades; dicha versión exculpatoria en esta instancia no crea convicción alguna en el Colegiado, toda vez que aquella es producto de una composición a efectos de sustraerlo de la esfera penal al encausado, puesto que éstas pruebas son suficientes y contundentes que lo acreditan; es por ello que la responsabilidad del encausado está acreditado no solamente por su declaración a nivel policial ratificada en la etapa de instrucción en la que narra la forma y circunstancias de cómo sucedieron los hechos, extremos que solo puede dar una persona que ha participado en dichos hechos, tanto más en las pericias psicológicas y psiquiátricas de fojas noventa y dos respectivamente, en el relato de la actitud personal reconoce el evento, aseveración expresada por el acusado, empero realizado bajo la espontaneidad coligiéndose de esa manera que lo narrado en dichas pericias es el descargo de su conciencia, por lo que la negativa formulada en el Acto Oral carece de sustento

✓ **Declaración contradictoria de la víctima, con pruebas suficientes de culpabilidad del encausado, aún cuando éste no acepta a través de todo el proceso, ser el autor de los hechos delictivos.**

Del total de sentencias analizadas, sólo una, es ilustrativa para este caso, la cual exponemos a continuación:

EXP. N° 108 – 2013, el veinticinco de noviembre del año dos mil trece.- condena a M.V.J.P como autor del delito contra la libertad sexual - violación de menor – en agravio de la menor signada con las iniciales de C.J M.J.; a quince años de pena privativa de la libertad “... si bien es cierto que la agraviada en su preventiva de fojas treintaiséis a treintaisiete, niega que su padrastro la haya violado aduciendo que el día que le tomaron su preventiva a nivel policial estaba soñolienta ya que esta se realizó en la madrugada, versión no creíble ya que de autos es de verse que dicha diligencia fue realizada a las diecinueve horas con diez minutos del día diecinueve de junio del dos mil trece, en presencia de su madre la cual también estuvo presente en la ampliación de la referencial de la menor la cual se realizó el veinte de junio de dos mil trece a las diez horas; asimismo en el Acto Oral ratifica dicha versión a nivel judicial refiriendo en esta oportunidad que fue forzada por los policías a culpar a su padrastro de los sucesos señalados y sindicando como culpable al menor Wilfredo Ibañez, versión que se debe tomar con reserva ya que el acusado es el único sustento de su familia y también la negativa conforme es de verse de autos de asistir al examen de Ácido Desoxirribo Nucleico para determinar la paternidad de la criatura la cual nació a consecuencia de la violación sufrida; que la comisión del delito queda comprobado con el Certificado Médico Legal de fojas dieciocho, que señala que la menor tiene himen complaciente y que a la fecha se encuentra con veintiséis semanas de gestación; SEXTO.- Que al momento de la comisión de los hechos la menor agraviada contaba con trece años de edad, asimismo para la configuración del ilícito penal que nos ocupa basta que se configure la conducta descrita, esto es, la práctica de la relación sexual con una menor de edad, lo cual queda acreditada con las pruebas antes glosadas; SÉTIMO.- Que, la conducta del acusado, esto es el delito contra la libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor, se encuentra tipificada en el artículo ciento setentitrés, inciso tres del Código Penal, siendo también de aplicación los numerales, once, doce, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós y noventitrés de la norma acotada....”

✓ **Principio de inmediatez, para la validez de la declaración de la agraviada, nuestros tribunales, contemplan que no exista un tiempo considerable, no justificado, entre la fecha de comisión del delito y la fecha de la denuncia.**

EXP. 113-2012.- “..... que si después de veintiséis días de haber sido ubicada en lugares de dudosa reputación, ésta es conducida a su domicilio y después con la ayuda de su madre hace la respectiva denuncia, que por sí sola es en forma extemporánea, respecto de los hechos denunciados, careciendo del Principio de Inmediatez, vale decir, que una vez que ocurrieron los hechos respecto a la violación que dice haber sido objeto, ésta inmediatamente ha debido de comunicar tal hecho a su familia y efectuar la denuncia correspondiente ante las Autoridades pertinentes, y no después de veintiséis días;”

➤ **VALORACIÓN DE LA PERICIA**

✓ La jurisprudencia nacional al igual que la extranjera reconocen que los dictámenes periciales por si solos, no vinculan de modo absoluto al juez porque no son en si mismos manifestación de una verdad incontrovertible, cabe destacar que si se está ante conclusiones contundentes y las pericias, en caso de ser más de una, son coincidentes no hay razón lógica para apartarse de ellas.

EXP. 202-2011.- “..... En tanto que la Pericia Médica que obra en autos a fojas veintinueve que arroja un desfloramiento antiguo carece por si solo como prueba para acreditar la responsabilidad del procesado respecto del delito que se le imputa;

EXP-148-2012.- “y no existiendo mayores pruebas de relevancia jurídica para su análisis salvo el certificado médico legal practicado a la menor agraviada a fojas dieciséis en la que se describe desfloración antigua y signos de parto reciente; la partida de nacimiento de la agraviada obrante a fojas treintaseis repetido a fojas cincuentidós; pericia psicológica de

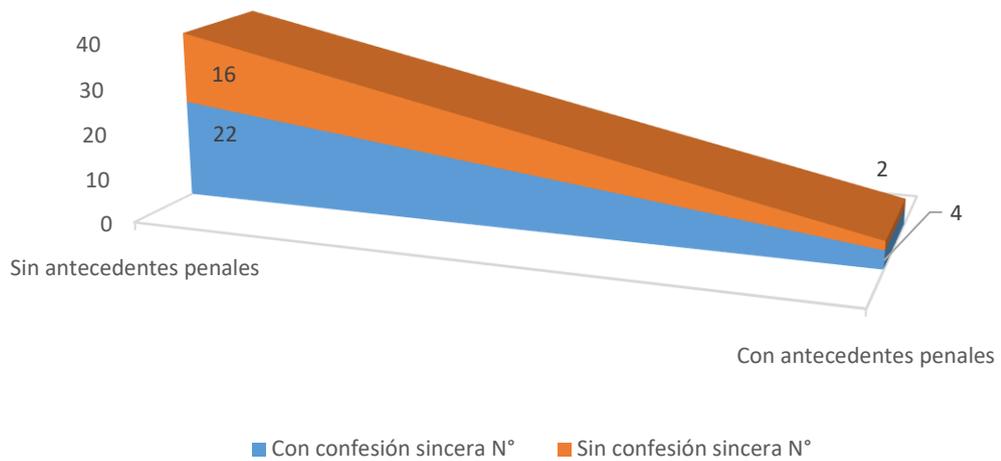
fojas ochentiuno al ochentitrés practicada a la menor agraviada en la que se concluye que esta presenta trastorno de las emociones y del comportamiento, requiere psicoterapia de apoyo; de fojas ciento veinticinco a ciento cincuentisiete obra la pericia psicológica practicada al procesado en la que se concluye que este presenta personalidad rasgos disóciales e histriónicos; a fojas ciento cincuentinueve a ciento sesentiuno corre la pericia psiquiátrica practicada a la persona del procesado concluyéndose: que presenta personalidad con rasgos pasivos, inteligencia dentro de los parámetros normales, no presenta Psicosis; a fojas doscientos veinticinco al doscientos veintisiete obra la pericia biológica Forense del ADN, concluyéndose: que la persona del procesado, ES EL PADRE BIOLÓGICO de la menor MMM, con una probabilidad del noventinueve punto noventinueve por ciento; y certificados de estudios de la agraviada presentados en el acto oral, instrumentales que no han sido cuestionadas ni tachadas por los sujetos procesales, por consiguiente conservan su valor probatorio y eficacia jurídica para el caso Sub - materia; por lo que corresponde efectuar el JUICIO JURÍDICO; esto es, confrontando y compulsando reflexivamente la actuación y obtención de los medios de prueba obtenidos dentro de las reglas de un debido proceso y con las garantías de la administración de justicia; de la estación policial, etapa de la instrucción y las producidas en el acto oral, haciendo uso de los principios de inmediatez, oralidad y contradicción con razonamiento lógico-jurídico se arriba a la conclusión que se encuentra probado y acreditado la comisión del delito contra la Libertad Sexual en agravio de la menor.

4.2.2 RELACIÓN ENTRE ATENUACIÓN DE LA PENA POR CONFESIÓN SINCERA Y ANTECEDENTES PENALES

El 86% (25) de los condenados no tenía antecedentes penales, de los cuales el 48% no realizó la confesión sincera y el 38% sí; el 14% ya tenía antecedentes penales, los cuales no realizaron confesión sincera en su totalidad.

Antecedentes Penales	Con confesión sincera		Sin confesión sincera		Total	
	N°	%	N°	%	N°	%
Sin antecedentes penales	22	50	16	36	38	86
Con antecedentes penales	4	9	2	5	6	14
Total	26	59	18	41	44	100

Graáfico N° 12: Relación entre confesión sincera y antecedentes penales



CAPITULO V

CAPITULO V.- CONCLUSIONES

- a) Se confirma la primera hipótesis planteada, ya que en la Investigación realizada se ha podido determinar que:
- A. Cuando la sindicación de la víctima es uniforme y existen pruebas suficientes de culpabilidad como las pericias médico legales, y la confesión del inculpado sobre los hechos, la sentencia es siempre condenatoria.
 - B. Cuando la sindicación de la víctima es contradictoria y existen pruebas suficientes de culpabilidad, como las pericias médico legales, la partida de nacimiento y la declaración del inculpado es contradictoria, la sentencia es siempre condenatoria.
 - C. Cuando la sindicación de la víctima es uniforme y no existen pruebas suficientes de culpabilidad, como las pericias médico legales y la partida de nacimiento que corroboren los hechos delictivos, la sentencia es absolutoria, siempre y cuando exista la negativa reiterada y uniforme de los hechos por parte del inculpado.
 - D. Cuando la sindicación de la víctima es contradictoria y no existen pruebas suficientes de culpabilidad, como las pericias médico legales y la partida de nacimiento, que corroboren los hechos delictivos, la sentencia es absolutoria, siempre y cuando exista la negativa reiterada y uniforme de los hechos por parte del inculpado.
- b) Se confirma la segunda hipótesis planteada, en el sentido de que las sentencias analizadas por el delito contra la libertad sexual – violación de menores de edad, el juzgador fundamenta sus decisiones en pruebas directas (preventivas, pericias, reconocimiento médico legal, testimoniales, aceptación del imputado, etc), obviando la posibilidad de tomar en consideración la prueba indirecta o indiciaria (circunstancias del lugar, tiempo, conducta precedente o posterior del imputado, indicio de oportunidad, móvil, etc).
- c) La prueba indiciaria, es relevante porque permite al Juez expresar cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van

a servir de fundamento a la deducción o inferencia. También debe hacer explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del mismo del acusado. Sin embargo, vemos que se viene omitiendo por parte del Juzgador la recurrencia a la prueba indiciaria.

- d) La doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, consideran que, en principio, la declaración de la víctima puede ser eficaz para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que usualmente los delitos contra la libertad sexual, violación de menor, son realizados en situación de clandestinidad, son encubiertos y generalmente ocultos, que impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, por lo tanto hay que resaltar que para fundamentar una sentencia condenatoria, basada en la sola declaración de la víctima, es necesario que se valore expresamente la comprobación de la concurrencia de los siguientes requisitos: la inmediatez entre el hecho y la denuncia, sindicación uniforme de la víctima asociada a la existencia de una pericia médico legal, sindicación verosímil, persistente, circunstanciada y ausencia de incredibilidad subjetiva o móvil egoísta.
- e) En las sentencias estudiadas, los Jueces para resolver los casos, aplican en forma restrictiva al criterio de conciencia, limitándolo solamente a la valoración de las pruebas directas para condenar o absolver a los procesados.
- f) La opinión mayoritaria de la doctrina señala que la prueba indiciaria permite enlazar los conceptos de hecho indicio, como dato real, cierto y el hecho consecuencia, es decir, lo que permite descubrir o comprobar. La prueba indiciaria aparece como una de las actividades procesales más importante en la labor de investigación y valoración de la prueba, por lo que se debe tomar en cuenta por los Órganos Jurisdiccionales al momento de fundamentar sus decisiones.
- g) La libre valoración de la prueba o la actual sana crítica debe tomar en cuenta tanto la prueba directa como en los casos analizados, como la prueba indirecta o indiciaria, ya que como una expresión de los jueces de motivar sus fallos, deben explicar cuáles con los indicios que se encuentran acreditados así como los criterios que rige a dicha prueba. Para ello, se requiere que la actividad probatoria se oriente a la obtención, proposición y actuación de

ambos tipos de prueba lo que no ha sido una constante en las sentencias analizadas.

- h) Como una expresión de la obligación constitucional de los Jueces de motivar sus fallos, los juzgadores deben explicar cuáles son los indicios que se encuentran acreditados así como el razonamiento lógico utilizado para obtener la afirmación base y producir plena convicción respecto a la comisión del delito denunciado así como la culpabilidad del agente.

CAPITULO VI

CAPITULO VI. RECOMENDACIONES

- A. Que, se dé una unificación de criterios acerca de la regulación de la prueba indiciaria, a fin de dar mayor seguridad y predictibilidad a los fallos judiciales en los delitos sexuales.
- B. Que, exista una regulación normativa acerca de la prueba indiciaria a fin de poder aplicar de manera correcta los diversos criterios de la prueba indiciaria y así evitar posibles impunidades con la sola aplicación de ésta.
- C. Recomendar que los Fiscales en sus dictámenes en los casos de violación sexual a menores de edad resalten la importancia de la prueba indiciaria y su respectiva valoración con la finalidad de coadyudar a los jueces a formar criterios valorativos al momento de dictar sentencias.
- D. Recomendar que los Jueces en la parte considerativa de las sentencias, resalten las pruebas indiciarias que conducen a determinar la responsabilidad penal del procesado.
- E. Recomendar que los colegios de abogados y los entes encargados del Ministerio Público y Poder Judicial y/o a Academia de la Magistratura dicten cursos teóricos y prácticos sobre prueba indiciaria y su valoración, sobre todo en los casos de agresión sexual.
- F. Recomendar la elaboración de un manual de técnicas de investigación con especial incidencia en la toma de declaraciones judiciales a los sujetos procesales ya sean víctimas, inculpados, testigos y peritos.
- G. Generar desde el interior del sistema de Justicia penal una línea uniforme de jurisprudencia que tome en cuenta los criterios expuestos en esta tesis.

CAPITULO VII

CAPITULO VII.- BIBLIOGRAFIA

1. **ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. 2000.** “Temas de Derecho Procesal Penal Especialización para Jueces”. Lima-Perú.
2. **ANGEL PATITÓ, José.** “Medicina Legal”. Edit. Centro Norte. 2ª Edic. Argentina, 2001.
3. **ASCENCIO MELLADO, José María. 1992.** “Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria”. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid-España.
4. **BERRIO B., V. 1998.** “Nueva Legislación de Derecho Penal”. Ediciones Berrio. Lima-Perú.
5. **BONILLA, Carlos.** “Manual de Técnica Policial”. 2ª Edic. Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1995.
6. **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, GARCÍA CONTIZANO, María del Carmen.** “Derecho Penal – Parte Especial”. 4ª Edic. Editorial San Marcos. Lima-Perú. 1998.
7. **BRAMONT-ARIAS, Luis.** “Manual de Derecho Penal – Parte Especial”. Editorial San Marcos. Lima-Perú. 2008
8. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** “Introducción al Derecho Penal” Editorial TEMIS. S.A. Bogotá-Colombia. 2006.
9. **CAFFERATA NORES, José 2008..** “La Prueba del Proceso Penal”. Ed. De Palma, Argentina.
10. **CARO CORIA, Dino, SAN MARTÍN CASTRO, César. 2008.** “Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. 1ª Edic., Editora GRIJLEY E.I.R.L.. Lima-Perú.
11. **CARRANZA VALDIVIESO, Humberto.** “Código Penal”. Editora RAO. Lima – Perú. 2006.
12. **CASTILLO ALVA, José Luis. 2002.** “Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. 1ª Edic. Gaceta Jurídica. El Buho Imprenta Editorial. Lima-Perú.

13. **CHOCANO NUÑEZ, Percy.** 2001. “Teoría de la Prueba”. Editorial Moreno S.A. 1997.
14. **CLAUS ROXIN.** Dogmática. “Penal y Política Criminal”. Edición y Traducción: Manuel A. Abanto Vásquez. Editorial INDESA. Lima – Perú. 1998.
15. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.** 1ª Edición Oficial. Editora Perú. Lima – Perú. 1999.
16. **CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.**
17. **CUBAS VILLANUEVA, Víctor.** “El Proceso Penal”.- 3ª Edic., Palestra Editores. Lima-Perú. 1998.
18. **DE LA CRUZ ESPEJO, Marco.** “Derecho Procesal Penal – Vol. I”. Editora “FECAT” Lima-Perú.
19. **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.** 2000. “Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales”. 1ª Edic. Edit. Las Esmeraldas S. A. Lima-Perú.
20. **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** “Teoría General de la Prueba Judicial”. Tomo V. Editorial Zavalía. Buenos Aires-Argentina. 2006.
21. **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** “Teoría General del Proceso”. Tomo II. Edit. Universidad. Buenos Aires-Argentina. 2008.
22. **FUENTES SORIANO** “Valoración de la Prueba Indiciaria y Declaración de la Víctima en los Delitos Sexuales” Y en la Defensoría del Pueblo, Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales. Lima-Perú. 2000.
23. **GARCÍA RADA, Domingo.** 1998. “Manual de Derecho Procesal Penal”. 7ª Edic. Tipografía Sesator. Lima-Perú.
24. **GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio.** “Las Pruebas en el Proceso Penal”. 2ª Edic. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1996.
25. **GISBERT CALABUIG, J.A., GISBERT GRIFO, M.S..** 1998. “Delitos Contra la Libertad Sexual”. 4ª Edic. (Reimpresión), Edit. Massan-Salvat Medicina. Barcelona-España.

26. **GONZÁLES RUS**, Juan. “La Violación en el Código Penal Español”. Imprenta de la Universidad de Granada. Colección de Estudios Penales. Granada-España. 2012.
27. **GUZMÁN FERRER, Fernando**. “Código de Procedimientos Penales”. 8ª Edic. Editorial Científica S.R.L.. Lima – Perú.
28. **LA GACETA JURÍDICA** 2012 “El Delito de Violación Sexual de Menores en la Legislación Peruana”. Mayo. Lima-Perú.
29. **LA GACETA JURÍDICA – CUADERNOS JURISPRUDENCIALES**. “Violación de la Libertad Sexual”. N° 18. Diciembre. Lima-Perú. 2014.
30. **MARCONE MORELLO**, Juan. “Tratado de la Prueba Penal – Parte General y Especial”. A.F.A. Editores Importadores S.A., Lima Perú.
31. **MENDOZA RETAMOZO**, Aissa Rosa: (2000) En su tesis “*La Valoración de la Prueba en los Delitos de Actos Contra el Pudor, en el Distrito Judicial del Cono Norte de lima* “
32. **MIXÁN MASS**, Florencio. “Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal”. Ediciones B.L.G. Trujillo-Perú.
33. **MIXÁN MASS**, Florencio. “El Juicio Oral”. Edit Marsol Perú. Trujillo-Perú. 1994.
34. **MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS,** 2006. “Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal”. Edic. José María Bosch Editor, S.L. Barcelona-España.
35. **MONTERO AROCA, Juan**. 1997. “Principios del Proceso Penal - Una Explicación Basada en la Razón”. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia-España.
36. **MONTÓN GARCÍA**. 1999. “La Admisión y Práctica de la Prueba en el Proceso Penal”. Madrid-España.
37. **MONTOYA VIVANCO, Iván**. 2000. "Discriminación Sexual y Aplicación de la Ley". Edit. Defensoría del Pueblo. Lima-Perú.
38. **MUÑOZ CONDE**, Francisco.- “Teoría General del Proceso”. Editorial TEMISE Librería. Bogotá-Colombia.1994.
39. **MUÑOZ CONDE**, Francisco. Derecho Penal – Parte Especial. 10ª Ed. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2005.

40. **ORÉ GUARDIA, Arsenio. 1993.** “Estudios de Derecho Procesal Penal”. 1ª Edic. Editorial Alternativas. Lima-Perú.
41. **OVALLE FAVELA, José.** 1999. “Teoría General del Proceso”. Industrial Editorial Mexicana. México.
42. **PAZ RUBIO.** “La Prueba en el Proceso Penal”. Madrid-España. 1999.
43. **PEÑA CABRERA, Raúl A.** “Estudios de Derecho Penal – Parte Especial “Delitos Contra la Libertad e Intangibilidad Sexual”. Ediciones Guerrero. Lima-Perú. 2010.
44. **PEÑA CABRERA, Raúl A.** “Tratado de Derecho Penal”– Volumen II Parte Especial. 12ª Edición. Ediciones Grijley. Lima-Perú. 2012.
45. **RIVAS SOUZA, Mario.** “Medicina Forense”. Ediciones Cuellar. Segunda Edición.
46. **ROJAS VARGAS, Fidel.** “Cuadernos Jurisprudenciales – Violación de la Libertad Sexual” Gaceta Jurídica. N° 18. Diciembre. Lima-Perú. 2002.
47. **ROSAS YATACO, Jorge.** “La Valoración de la Prueba Penal”. Revista Jurídica del Ministerio Público del Distrito Judicial del Cono Norte de Año I, N° 1. Lima-Perú. 2003
48. **SÁNCHEZ VELARDE, Pablo.** “Manual de Derecho Procesal Penal” Editorial IDEOSA. Lima-Perú. 2004.
49. **SAN MARTÍN CASTRO, César.** “Derecho Procesal Penal. Volumen II”. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L.. Lima-Perú. 2009.
50. **SENTIS MELENDO, Santiago.** 1967. “Estudios de Derecho Procesal” I y II. Edic. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina.
51. **SPROVIERO, Juan H. 1996.** “Delito de Violación”. Editorial Astrea., Buenos Aires-Argentina.
52. **VARELA, Casimiro A 1990..** “Valoración de la Prueba”. Edit. Astrea. Buenos Aires-Argentina.
53. **VARGAS ALVARADO, Eduardo. 1991.** “Medicina Forense y Deontología” . 1ª Edic. Editorial Trillas. México.
54. **VEGA BILLAN, Rodolfo. 2002.** “Derecho Procesal Penal”. Fohat Ediciones, Huanuco-Perú.

55. **VEGAS TORRES.** “Presunción de Inocencia y Pruebas en el Proceso Penal”.
56. **VELEZ MARICONDE, A. 1986.** “Derecho Procesal Penal. Tomo I”. 3ª Edic. Marcos Lerner Editora. Córdoba-Argentina.
57. **VILLA STEIN, Javier. 1997.** “Derecho Penal, Parte Especial” 1 – A. Editorial San Marcos. Lima-Perú.
58. **VILLAVICENCIO, Modesto1957..** “El hombre y el Derecho”. Lima-Perú.
59. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.-** “Manual de Derecho Penal II – Parte General”. 6ª Edic. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú. 1999