



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**VALORACIÓN DE LAS PERICIAS PSICOLÓGICAS Y
PSIQUIÁTRICAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA
EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A MENORES
DE 14 AÑOS, EN LAS SALAS PENALES DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH, 2010-2011**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

MARÍA DEL CARMEN SEGURA CÓRDOVA

Asesor: Dr. ELMER ROBLES BLACIDO

Huaraz - Perú

2017

N° Registro: T0506

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Presidente

Magister Ricardo Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Elmer Robles Blácido

Vocal

ASESOR

Doctor Elmer Robles Blácido

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a personas maravillosas que son mi soporte y compañía, mi mamá Luzmila y hermanas Flor De María y María Teresa.

A mi papá Eloy, hombre que hizo el papel de padre y abuelo, y quien desde el cielo celebra junto a mi cada logro en mi vida.

DEDICATORIA

A Carlos Enrique,

mi esposo por su amor,

bondad y apoyo para cumplir mis sueños.

A Daniela, Álvaro y Mateo, mis queridos hijos

quienes son mi orgullo y por ellos busco superarme cada día.

ÍNDICE

	Página
Resumen	vii
Abtsrac	viii
I.- INTRODUCCION	1-6
1.1.- Objetivos	4-5
1.2.- Hipótesis	5
1.3.- Variables	5
II.- MARCO TEÓRICO	7 -64
2.1.- Antecedentes	7 -10
2.2.- Bases teóricas	10-63
2.3.- Definición de términos	63 -64
III.- MÉTODOLOGIA	65-71
3.1.- Tipo y diseño de investigación	65
3.2.- Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	65-69
3.3.- Instrumento(s) de recolección de la información	69 -70
3.4.- Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	70 -71
IV.- RESULTADOS	72 -103
V.- DISCUSIÓN	104-113
VI.- CONCLUSIONES	114-115
VII.- RECOMENDACIONES	116-117
VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	117-119

RESUMEN

El propósito fundamental de la presente investigación fue analizar la importancia que tiene en todo proceso penal, la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas en la determinación de la pena, específicamente en los delitos de violación sexual a menores de 14 años; en las salas penales de la corte superior de justicia de Ancash, 2010-2011. para lo cual se realizó una investigación socio-jurídica, pues se pretendió alcanzar una meta utilitaria para el mejoramiento de la vida humana, se trató de una investigación Descriptiva - Explicativa, pues a partir del conocimiento del objeto de nuestra investigación, analizamos y explicamos los factores que influyen en la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas, se empleó la técnica documental cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, de resumen y bibliográficas, para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, se empleó el método de la Argumentación Jurídica; de los resultados obtenidos se concluyó que cuando se juzga y determina la responsabilidad penal de los sujetos acusados por el delito de violación sexual a menores de 14 años, deviene en obligatorio la realización de pericias psicológicas y psiquiátricas a los dos participes del hecho (sujeto activo del delito y víctima), pero en nuestra práctica judicial actual se viene prescindiendo de estas pericias debido a la falta de profesionales, especialmente psiquiatras y, desconocimiento de nuestros operadores jurídicos, especialmente abogados y magistrados, lo que conlleva finalmente a decisiones arbitrarias, que al final no coadyuvan a controlar la criminalidad, sino probablemente a ahondarla; como se ha podido advertir en las encuestas desarrolladas

Palabras clave: Valoración, Prueba, Pericias, delito, Violación Sexual, Pena.

ABSTRACT

The main purpose of the present investigation was to analyze the importance of psychological and psychiatric expertise in determining punishment, specifically in crimes of rape of children under 14 years old. For which a socio-juridical investigation was carried out, since it was tried to reach an utilitarian goal for the improvement of the human life, it was a Descriptive - Explicative investigation, because from the knowledge of the object of our investigation, we analyzed and we explained the Factors that influence the evaluation of psychological and psychiatric expertise, the documentary technique was used whose tools were the textual, summary and bibliographic records, to systematize the information into a coherent and logical whole, was used the method of Legal Argumentation; of the results obtained it was concluded that when it is judged and determines the criminal responsibility of the individuals accused for the crime of rape to children under 14, it becomes mandatory to perform psychological and psychiatric tests to the two participants of the act Of the crime and to the victim, but in our current judicial practice these skills are being dispensed with due to the lack of professionals, especially psychiatrists and ignorance of our juridical operators, especially lawyers and magistrates, which ultimately leads to arbitrary decisions. In the end they do not help to control crime, but probably to deepen it; As has been observed in the surveys carried out.

Keywords: Reviews, Tests Forensics, Crime, Rape Crisis, Grief

I. INTRODUCCIÓN

Es muy recurrente en nuestro país, especialmente en la ciudad de Huaraz, la comisión del delito de violación sexual a menores de 14 años. El delito que más indignación y repulsión genera en la sociedad en general, en especial de nuestra ciudad de Huaraz.

Las respuestas, a tan vil atentado contra la integridad de una menor de edad, nos genera tal repulsión que a veces la respuesta es emocional o mejor emotiva y, por tanto, esperamos o proponemos penas más drásticas, “todo el peso de la ley clama la población”.

Actualmente el delito de violación sexual de menor se encuentra tipificado en el artículo 173° del Código Penal. Consiste en tener acceso carnal o realizar actos análogos con el uso de objetos o partes del cuerpo, con una persona menor de 18 años de edad.

Para configurar esta conducta no es necesaria la utilización de la fuerza física o la grave amenaza, pues el delito de violación sexual de menor se configura aun cuando el autor cuente con el consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual.

El artículo 173.2 del Código penal, establece que aquel que tiene relaciones sexuales con un menor entre 10 y menos de 14 años de edad tendrá una pena no menor de 30 ni mayor de 35 años. Adicionalmente, a los autores de este delito no se les concede beneficios penitenciarios. Como se indica las penas para este tipo de delitos son drásticas y cuyos procesos generalmente concluyen sancionando al

responsable con penas privativas de libertad, sin considerar que la conducta responde a alguna alteración psíquica que padece o pudiera padecer la persona, y que la sanción impuesta muchas veces conlleva a la privación de la libertad, sin que con ello puedan remediarse la conducta, pues esta privación traerá consigo, que al cumplir su condena la persona pueda ser susceptible de volver a cometer el mismo delito.

En ello está el peligro, es decir, en la falta de detección de las anomalías psíquicas del imputado o condenado. Por ello se busca que los magistrados al momento de emitir sentencia valoren adecuadamente la pruebas que se presente en el proceso, específicamente las pericias psicológicas y siquiátricas, pruebas con las que los magistrados podrán concluir si el responsable padece de alguna enfermedad mental y en caso de padecer, la sanción a imponerse no sea la privación de libertad, sino el internamiento en un centro de rehabilitación, aspecto que permitirá que la persona tenga tratamiento médico y, consecuentemente al cumplir con la pena impuesta se tenga en la sociedad a una persona rehabilitada.

Atendiendo a esta problemática, el trabajo con fines didácticos y siguiendo las formalidades de la Escuela de Post Grado, se ha dividido en cinco capítulos:

El primer capítulo, está referido a la introducción, donde en forma sucinta se presentan los problemas, objetivos, las hipótesis; pero también las razones que han conllevado a la realización del presente trabajo de investigación.

El segundo capítulo, desarrolla el marco teórico que sustenta el trabajo de investigación. En ella se explican los problemas de la teoría de la pena, de la prueba

(entre ellas de la importancia de las pericias psicológicas y psiquiátricas); así como de los fines de todo proceso penal.

El tercer capítulo, hace referencia a los materiales y métodos usados en el desarrollo del trabajo. Resalta y especifica los métodos, materiales y técnicas usadas en la preparación del trabajo de investigación.

El cuarto capítulo, se refiere a los resultados. En ella se ha presentado los resultados de las encuestas a magistrados y abogados; la verificación de los peritos psicólogos y psiquiatras en nuestra ciudad; el análisis de las sentencias, a partir del cual se ha llegado a conclusiones relevantes para mejor explicar y fundamentar mi investigación.

El Quinto capítulo, se ha desarrollado la discusión, es decir, la confrontación entre las hipótesis y los resultados, tratando en todo momento de no generalizar, sino particularizar los hechos para que me permita llegar a conclusiones trascendentes.

Finalmente, el trabajo presenta las conclusiones, sugerencias y la bibliografía usada en el desarrollo del trabajo, empezando del proyecto de investigación.

El presente trabajo, se planteó el siguiente problema, al inicio de la investigación:

Problema Principal

¿Cuáles son los factores que influyen en la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas en la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011?

Problemas Específicos

- ¿Es adecuada la formación académica de los Magistrados, en relación a la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas para la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011?
- ¿De qué manera los sujetos procesales contribuyen en la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas realizado por los Magistrados para la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011?

Atendiendo a los problemas presentemente indicados, me propuse los siguientes objetivos:

1.1. Objetivos

Objetivo General

Explicar los factores que influyen para la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas en la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011.

Objetivos Específicos

- a. Determinar el nivel de formación académica de los Magistrados, en relación a la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas para la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011.

- b. Explicar si los Sujetos Procesales contribuyen en la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas para la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011.

Finalmente, durante el desarrollo del trabajo, fui orientada por las siguientes hipótesis:

1.2. Hipótesis

Hipótesis General:

Los factores que influyen en la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas en la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, principalmente está relacionada al aspecto cognoscitivo, escasa preparación académica de los magistrados, los abogados y la falta de especialistas en psiquiatría y psicología penal.

1.3. Variables

Variable independiente (X): Pericias psicológicas y psiquiátricas:

Indicadores: - Doctrina sobre las pericias psicológicas y psiquiátricas.

- Manifestaciones.
- Situaciones psicológicas y psiquiátricas que enervan la responsabilidad penal.
- Criterios para el tratamiento de problemas psicológicos y psiquiátricos.

Variable dependiente (Y): Determinación de la pena.

Indicadores:

- La pena.
- Clases de pena.
- Las medidas de seguridad.

Hipótesis Específicos:

- a. La provisionalidad, la falta de especialización y capacitaciones permanentes de los magistrados, probablemente sean factores que coadyuven a la poca valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas para la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011.
- b. Probablemente los sujetos procesales, principalmente representado por los abogados defensores, contribuyen de manera decidida a la poca valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas realizado por los magistrados para la determinación de la pena en los delitos de violación sexual a menores de 14 años, en las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 2010-2011, debido principalmente a su desconocimiento y, porque precisamente no lo solicitan en el proceso penal en concreto.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

a. A nivel local:

A nivel local hemos podido encontrar el siguiente trabajo:

HERRERA LIZARDO, Eder Sixto, “La determinación Judicial de la Reparación del Daño en los Delitos de Violación Sexual de Menores bajo el Código Penal Peruano actual”¹.

En esta tesis, el investigador somete a enjuiciamiento la determinación de daño en general, siendo materia de discusión el daño moral, a la persona, el mismo que podría generar mayor pago de reparación civil.

Es de notar que, el estudio del daño más está dirigida a la determinación de la reparación civil, por lo tanto, tiene poca relación con nuestro trabajo; sin embargo, es de resaltar que existe cierta preocupación por el daño (moral, psicológico y otros que pueden persistir en el tiempo) que causa los delitos de violación sexual a menores de edad.

b. A nivel nacional:

A nivel nacional revisando, la página web de cibertesis.com, ubicamos las siguientes tesis:

¹ Tesis para optar el título de abogado, presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, 2010.

TAPIA VIVAS, Gianina Rosa, *“Valoración Judicial de la Prueba en los Delitos de Violación Sexual en Agravio de los menores de edad”*². Esta tesis es importante, pues nos lleva a la reflexión sobre dos temas que creo es importante para el desarrollo de mi trabajo: La importancia de la prueba y su valoración correspondiente.

Sobre el primer asunto, es necesario señalar que existe coincidencia sobre la necesidad de prueba para determinar la responsabilidad penal o no del imputado. En esto coinciden todos los tratadistas, incluso nuestro autor, cuya investigación comentamos.

En lo concerniente a la valoración de la prueba, sí hay ciertas discrepancias. Mientras por un lado, algunos sostienen que la única prueba suficiente para emitir condena es el Certificado Médico Legal y la imputación de la víctima respecto al probable autor; otros, son de la idea de actuar muchas o varias pruebas; pues cada caso es particular y, no puede haber una prueba tasada que pueda “maniqueizar” el proceso penal. Precisamente, en este afán, también abogan por la necesidad de la prueba psiquiátrica a favor del imputado, quien en mérito a dicha prueba puede ser considerado inimputable, por tanto, incluso de probarse su vinculación con los hechos, tan solo merecer la medida de seguridad.

CASTILLO ALVA, José Luís: “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”³.

² Tesis para optar el título de abogado, presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, 2005.

³ CASTILLO ALVA, José Luís (2002). *Tratado de los Delitos Contra la Libertad Sexual e Indemnidad Sexual*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú.

En este trabajo, el autor, hace un análisis dogmático amplio y bien sustentado sobre sobre los diferentes tipos de violación sexual que prescribe nuestro código penal.

Pero lo resaltante para nuestro trabajo, es la referencia que hace en el capítulo XI, donde se refiere con bastante profundidad sobre “la medida de tratamiento terapéutico obligatorio”. En ella no solo menciona la necesidad de pruebas psicológicas y psiquiátricas, sino también hace referencia a que éstas son indispensables para que determinar no solo la responsabilidad penal, sino también la pena; pudiendo ser en algunos casos de medidas de seguridad.

c. A nivel internacional:

A nivel nacional internacional, ubicamos las siguientes tesis:

CUELLO IRIARTE, Gustavo. “Derecho probatorio y pruebas penales”⁴. Este libro según las referencias del propio autor, se inició como una tesis, para luego ser publicado como libro, por ello la referencia a ella.

En la fundamentación de su trabajo, sostiene la importancia de la prueba; es más, trata de precisar y argumentar como un “derecho” a la prueba.

Por otro lado, respecto a las pruebas en concreto o especiales, tratándose de delitos también especiales, sostiene la necesidad de pruebas científicas. Aquí está el aporte esperado en mi investigación.

Según el autor, las pruebas científicas son importantes porque, no solo ilustran al juzgador, sino también permitirán sustentar mejor y científicamente la decisión

⁴ CUELLO IRIARTE, Gustavo (2008). Derecho Probatorio y Pruebas Penales. Editorial LEGIS, Bogotá-Colombia.

final; es decir, la sentencia. Asimismo, entre esas pruebas científicas aplicables a delitos de violación sexual deberían ser las pruebas psiquiátricas, los mismos que deben ser obligatorias; sin embargo, no detalla mayor fundamento en ello.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Neurociencias y derecho penal”⁵. Este trabajo de investigación, es un trabajo de conjunto, es decir, de penalistas y científicos en neurociencias, financiados por el Ministerio de Innovación y ciencias de España, que tratan de explicar la relación importante o probable que puede haber entre neurociencia y derecho penal.

De lo más resaltante del trabajo que incumbe y relaciona a mi trabajo de investigación, se encuentra respecto a que si los delincuentes, en este caso, violadores, son peligrosos de nacimiento por herencia. Además, en esta investigación, los autores discuten si la culpabilidad como libertad de decisión, realmente es dicha libertad o que esta decisión ya viene preconfigurado a nivel de los genes de los delincuentes.

En fin, es una investigación apasionante, que llama la atención y permite repensar en nuevas formas de confrontación con la delincuencia.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. La Prueba:

Es necesario establecer un concepto de la prueba, y para ello debemos recurrir a su sentido etimológico, pues la palabra prueba, deriva del término latín probatio

⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2013). Neurociencias y Derecho Penal- Nuevas Perspectivas en el Ámbito de la Culpabilidad y Tratamiento Jurídico Penal de la Peligrosidad, editorial EDISOFER, Buenos Aires-Argentina.

o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

El término prueba puede utilizarse para designar realidades diversas, pero relacionadas entre sí: medio de prueba, acción de probar o suministrar elementos de juicio, y estado mental del juez tras la actuación de los medios probatorios.

a) Concepto:

En el lenguaje jurídico la prueba tiene varios significados, efectivamente no se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo.⁶

En materia penal, llamaremos prueba a la actividad procesal llevada adelante con el fin de obtener certeza judicial según el criterio uniformemente utilizado de verdad real sobre la imputación dirigida al sospechoso o de cualquier otra afirmación o negación de interés; realizada por medios y procedimientos previstos por la Ley y aceptada socialmente, que tienden a provocar la convicción del Juez, en mayor o menor grado de conocimiento, acerca de la existencia o inexistencia de un hecho pasado o de una situación de hecho afirmada por las partes, a propósito de verificar si se ha vulnerado el orden jurídico y, en su caso, imponer la sanción.⁷

⁶ EUGENE, Florián (2005). Elementos del Derecho Procesal Penal. México, Editorial Jurídica Universitaria, pág. 165.

⁷ A. CHAIA, Rubén (2010). La Prueba en el Proceso Penal. Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L, pág. 27.

Como vemos, la prueba no es un concepto unívoco y puede comprender al menos tres cuestiones:⁸

- Indicar el método, proceso, operación o actividad encaminada a comprobar la exactitud de una proposición.
- Hacer referencia a los elementos, datos, evidencias o motivos que, analizados concretamente al tiempo de tomar una decisión, que permita fundarla o motivarla.
- Señalar el resultado obtenido de la actividad, esto es, lo que se tiene por probado.

En sentido amplio, cabe decir que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.⁹

Mirado desde una óptica técnicamente más estricta, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, aun cuando en el léxico jurídico ordinario (incluido el de este libro) no siempre se los distinga con precisión: 1) el elemento de prueba; 2) el órgano de prueba; 3) el medio de prueba; 4) el objeto de la prueba.¹⁰

⁸ *Ibíd.* pág. 28.

⁹ CAFFERATA NORES (1998). *La Prueba en el Proceso Penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 4.

¹⁰ *Ibíd.* pág. 15.

b) Elementos de la prueba:

Son tres los elementos de la prueba:¹¹

- i) **Órgano:** Es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba. Es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso. Su función es la de intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último se lo considera órgano de prueba) El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito).¹²

- ii) **Medios de Prueba:** Es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba. Es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas. Con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador (v.gr., las relacionadas con los actos definitivos e irreproducibles) o restrictivo (v.gr., las referidas al secreto de la instrucción) de los derechos de los sujetos procesales privados.¹³

- iii) **Objeto de Prueba:** Es todo aquello que debe ser probado, es decir como thema probandum. En este sentido se habla de los hechos objeto de prueba,

¹¹ EUGENE FLORIÁN. Ob.Cit. pág. 165.

¹² CAFFERATA NORES. Ob.Cit. pág. 23.

¹³ CAFFERATA NORES. Ob.Cit. pág. 24.

de una conducta que debe ser objeto de prueba y cosas semejantes, en el sentido que tales situaciones deben ser comprobadas. Podemos decir que el objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. Las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio no son objeto de prueba.¹⁴

Objeto de la prueba es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista, se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado.

El objeto de prueba nos permite verificar que se puede probar en el proceso penal, es el tema probandum y como tal, impide o habilita la comprobación, siendo tarea del acusador fijarlo, marcando el terreno en donde se librará el combate judicial.¹⁵

El artículo 156° del Nuevo Código Procesal Penal establece, son objeto de prueba.

1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

¹⁴ SALAS BETETA, Christian (2011). El proceso Penal Común. Perú, Gaceta Jurídica, pág. 247.

¹⁵ A. CHAIA, Rubén. Ob. Cit, pág. 597.

2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.
3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.

c) Clasificación de la Prueba:

A partir de la adopción de sistemas vinculados a la libertad probatoria y el consecuente avance que significo otorgarle al investigador y al juzgador la posibilidad de buscar y apreciar las pruebas, las estrictas clasificaciones a las que fueron sometidas los medios ha perdido vigencia. Pero no es posible disimular el tremendo interés que este tema provoco en la doctrina, en particular en los jueces, abogados y sospechosos, pues al encasillar un medio se podía prejuzgar su utilidad y proyectar tempranamente la inocencia o la culpabilidad a partir de la prueba con que se contaba.¹⁶

- i) **Las Pruebas Directas:** Se refieren a los hechos mismos que se quiere probar, es el objeto de prueba, no demanda ningún esfuerzo del investigador, se muestra ante él y este lo percibe, tal es el caso del reconocimiento judicial.
- ii) **Las Pruebas Indirectas:** Estas no se vinculan ni se refieren inmediatamente al objeto a aprobar, pero colaboran en esa tarea. El investigador por medio de una labor intelectual puede corroborar la existencia del hecho a probar. La

¹⁶ *Ibíd.* pág. 90

mayoría de los medios de prueba comúnmente utilizados encajan en esta variante, así el testimonio, los documentos, los dictámenes periciales.¹⁷

La prueba indirecta, es la llamada más técnicamente la prueba por indicios¹⁸ o prueba indiciaria¹⁹, el mismo que “es entendida, por lo general, como aquella prueba que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hecho que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta”²⁰.

d) Requisitos de la Prueba:

La prueba debe reunir dos condiciones:

- i) Pertinencia:** Es decir que la prueba debe estar relacionada con las proposiciones o hecho que se buscan demostrar dentro del proceso. Pues es la relación lógica entre el medio y el hecho por probar. En consecuencia, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. Prueba impertinente es la que evidentemente no tiene vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal.²¹

¹⁷ *Ibidem.*, pág. 91

¹⁸ Por ejemplo, GARCÍA CAVERO, Percy (2010). La prueba por indicios en el proceso penal. Editorial INCIPP, Lima-Perú.

¹⁹ Por ejemplo, MARTÍNEZ GARNELO, Jesús (2012). La prueba indiciaria, presuncional o circunstancial en el nuevo sistema penal acusatorio. Editorial Porrúa, México-México.

²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy (2010). La prueba por indicios en el proceso penal. Editorial INCIPP, Lima-Perú, pág. 29.

²¹ TALAVERA ELGUERA, (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, editorial de la Academia de la Magistratura. pág. 54.

ii) Utilidad: Es decir, que la prueba incluida al proceso sea positiva e idónea; que demuestre la realización de un hecho y permita generar convicción en el Juez.

La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho.

La prueba, además de ser pertinente, debe ser útil. Un ejemplo de prueba inútil es el siguiente: en el caso de proponerse una prueba testifical para averiguar si el agua de un determinado pozo es o no potable. Los criterios que determinan la potabilidad del agua constituyen máximas de experiencia de carácter técnico y solo un perito en la materia podrá aportarlas con la fiabilidad necesaria.²²

e) Valoración de la Prueba:

La valoración es una operación intelectual que tiene por objeto establecer la eficacia o valor convictivo que le serán otorgados a los elementos de prueba incorporados al proceso.²³

La diferencia de criterios ha dado origen a los distintos sistemas de valoración judicial de pruebas, los que son adoptados o desechados de acuerdo con los tiempos en que la discusión se ha dado, y particularmente, atendiendo al grado de desarrollo de la sociedad en la que deben efectuar, a la conformación del sistema de persecución penal y al diseño de la política criminal.

El artículo 158° del Nuevo Código Procesal Penal respecto a la valoración de la prueba establece:

²² *Ibíd.* pág. 57.

²³ CHAIA A. Rubén. *Ob. Cit.* pág. 135.

1. 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. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

f) Sistemas de Valoración de la Prueba

Estos sistemas permiten saber cómo el juez deberá formar su convencimiento respecto de los hechos, y han sido desarrollados en mérito a los modelos procesales en los que han tenido que servir. Así bajo un proceso inquisitivo, el sistema de pruebas tasadas es el que cobra operatividad. En un proceso acusatorio lo será uno guiado por la íntima convicción del jurado, y en un sistema mixto, la libre convicción hará de fundamento las decisiones adoptadas por el tribunal.

- i) **Sistema de Prueba legal o tasada:** Este sistema ha sido vinculado a procesos de corte inquisitivo, en donde la autoridad del juzgador tiene fuerza dirimente a la hora de resolver el caso, no ha de perderse de vista que mediante la introducción de estrictas reglas procedimentales se buscó también otorgarle mayor seguridad al ciudadano sometido a una acusación, llegando al punto en donde si bien la doctrina rechaza el sistema, perduran determinadas reglas sobre las que se reconocen ciertas bondades, lo que les ha permitido subsistir

al paso del tiempo y forman parte del conjunto de experiencias condensadas por toda la sociedad y muchas veces aplicadas en la labor judicial.²⁴

Fue introducido en el derecho canónico, como un freno, un obstáculo, a los ilimitados poderes que tenía el juez, que ejercía absoluto dominio sobre el acusado y que frecuentemente se traducían en arbitrariedades.

En éste sistema se suprime el poder absolutista del Juez, ya que no son los jueces los que según el dictado de su conciencia debe juzgar el hecho determinado, sino que sus fallos han de ajustarse a la pauta de la norma jurídica; ya no es solo su convicción la que prevalece, sino que sus resoluciones deben dictarse apreciando la prueba de acuerdo con las normas procesales. Por tanto, el sistema de la prueba tasada es aquel que consistía en el establecimiento de ciertas reglas a que de manera rígida asignaba un determinado resultado a los medios de prueba en sentido formal que se utilizaban en el proceso, y que no se dirigían a formar el conocimiento del juzgador sino a la obtención de un resultado absoluto, en un principio y más tarde sustituido por normas que obligaban al juzgador a formar un criterio según el contenido de éstas. Este régimen puede lograrse de dos modos que se denominan por la doctrina: Teoría Positiva y teoría Negativa de la Prueba. Atiéndase por teoría negativa de la prueba: La que hace depender de la condena del imputado de un mínimo de requisitos del resultado de las pruebas o de algún particular. Teoría positiva es en la que se vincula al juzgador tener como probado un hecho, siempre que ciertas pruebas produjeran un determinado resultado.

²⁴ *Ibíd.* pág. 137.

La prueba tasada consiste en el establecimiento por parte del legislador, y consiguiente imposición al juez, de un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar la convicción; esto es, se establece un de medios probatorios, sancionándose, además, de forma previa en lo que constituye una sustitución de la labor del juez por el propio legislador, el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba, así como las condiciones y requisitos que han de sucederse para alcanzar un determinado valor absoluto o parcial.²⁵

En el sistema de la prueba legal, es la ley procesal la que precisa, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).²⁶

ii) Sistema de Íntima Convicción o libre apreciación de la Prueba: Con anclaje en modelos de enjuiciamiento de corte acusatorio, el sistema de íntima convicción o prueba de conciencia es el reverso de la moneda del modelo de prueba tasada, la ausencia de toda norma que determine el valor que el juzgador debe acordar a las pruebas y la innecesidad de dar explicaciones o motivar las sentencias, constituyen el núcleo central de este sistema.

²⁵ TALAVERA ELGUERA, Ob. Cit. pág. 106

²⁶ CAFFERATA NORES, Ob.Cit. pág. 44.

Existe determinada o cierta desconfianza a las normas a-priori que fijan el valor a cada medio de prueba y se sustituye con la fe o confianza que se tiene a la autoridad judicial; este sistema se conoció desde la época romana.

En el sistema de libre convicción, el juez forma su convicción sobre la base de las pruebas, sin sujetarse a reglas jurídicas preestablecidas. Se reconocen dos formas de libre convicción: la íntima convicción y la libre convicción o sana crítica.

En la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A ésta debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el hecho de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de cometer una arbitrariedad y, por ende, una injusticia.

El sistema de la libre convicción o sana crítica, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige a diferencia de lo que ocurre en aquél que las conclusiones a las que se llega sean el fruto racional de las pruebas en que se apoyen.

En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según

su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido (racionalidad) connatural a todos los hombres.²⁷

iii) El sistema mixto: surge de la reunión de los sistemas anteriores, el cual por mucho tiempo se ha aplicado a los tribunales, existiendo en la actualidad la tendencia de transformar moldes probatorios por un sistema relacionado con la evolución jurídica del mundo, pues el procedimiento moderno en materia de pruebas deja a el Juez en libertad para admitir como tales aquellos elementos probatorios que no estén expresamente clasificados en la ley, siempre que a su juicio puedan constituirlos, pero en su valoración debe expresarse los fundamentos que tuvieron en consideración para admitirlos o para rechazarlos.

g) El Derecho de Prueba

La función principal del proceso judicial radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el Derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas, y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio Derecho. Por ello se ha de concluir que la función del proceso es la aplicación del Derecho. En esa línea, la idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en que se funda su pretensión procesal. Es decir, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas.²⁸

²⁷ CAFFERATA NORES, Ob.Cit. pág. 45.

²⁸ TALAVERA ELGUERA, Ob. Cit. pág. 21.

Siendo un derecho fundamental, el derecho a la prueba tiene una doble dimensión o carácter. En su dimensión subjetiva, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. En su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia.²⁹

El Tribunal Constitucional de nuestro país, al pronunciarse sobre asuntos constitucionales, ha señalado que cuando se refiere del derecho a la prueba “ *Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado* ”³⁰.

i) El derecho a ofrecer medios de prueba

El Tribunal Constitucional afirma que una de las garantías que asiste a las partes del proceso (en general) es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos

²⁹ *Ibíd.* pág. 22.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N.º 03801-2012-PHC/TC, ANCASH, EDMUNDO DARÍO ROSALES ALVARADO, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03801-2012-HC.html>, fecha de visita el 27 de enero del 2015.

son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva. El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor (STC 6712-2005-HC/TC).³¹

Conforme a este derecho, por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley.

Subyace aquí el principio de libertad de prueba. Pueden aportarse medios de prueba típicos los previstos expresamente en la ley o atípicos aquellos que no están regulados en la ley, en cuyo caso la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos en lo posible artículo 157°.1 del NCPP.

ii) El derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos.

Se entiende por actuación o práctica de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso.

Esta fase de la actividad probatoria tiene igualmente sus requisitos: ante todo el que consiste en que haya sido admitida, y también los de formalidad, oportunidad y competencia del funcionario. El Código de Procedimientos Penales, por ejemplo,

³¹ *Ibíd.*, pág. 24

señala un orden para la práctica de las pruebas en el juicio oral, mientras que el nuevo Código Procesal lo deja a criterio del juez, escuchando a las partes.

A través de los medios de prueba, las fuentes de prueba ingresan al proceso. El momento en que deben ser adecuadamente incorporadas las fuentes de prueba es el juicio, porque es en dicha fase del proceso penal que rigen plenamente los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, esenciales para la formación de las pruebas. La doctrina denomina a los medios de prueba practicados en el juicio actos de prueba, distinguiéndolos de los actos de investigación que son propios de la investigación probatoria y que solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia artículo 325° del nuevo Código Procesal Penal. Por esta razón es que el artículo 393° del nuevo Código Procesal Penal señala que no se pueden utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.³²

iii) El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas.

Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso en el marco del respeto de los derechos fundamentales y de lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión

³² *Ibíd.* pág. 26.

injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso (STC 1014-2007-PHC/TC).³³

Esta exigencia de valoración de las pruebas puede descomponerse en dos aspectos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida mediante el recurso a la denominada valoración conjunta de las pruebas. Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no pueda realizarse sin esa valoración conjunta, esta última no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas podrán hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por ello, deberían ser consideradas como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión.

Es necesario también que la valoración de las pruebas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad. Solo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones. Es más, solo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el Derecho han sido obtenidos

³³ *Ibíd.* pág. 28-29.

racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso, puede certificarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica.

En sus disposiciones, el nuevo Código Procesal Penal configura una valoración racional de la prueba al señalar, de un lado, que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, estando obligado a exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados (art. 158°). En ese sentido, la racionalidad radicaría en la necesaria corrección del razonamiento probatorio en la medida que hay obligación de explicitarlo. De otro lado, el artículo 393°.2 estatuye que, para la apreciación de las pruebas, el juez penal procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás.³⁴

h) Las reglas del nuevo código procesal penal sobre la Valoración.

Si bien el Código de Procedimientos Penales de 1940, se adscribía al sistema de libre convicción, bajo el llamado criterio de conciencia previsto en el artículo 283°, en modo alguno constituía un criterio positivo de valoración.

Por el contrario, el nuevo Código Procesal Penal no solo se adscribe al sistema de libre valoración, sino que se decanta por una valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

³⁴ *Ibíd*em, pág. 29.

El nuevo Código Procesal Penal contiene normas jurídicas generales y específicas sobre la valoración de la prueba, así como un conjunto de reglas extrajurídicas. Solo pueden ser objeto de valoración las pruebas incorporadas legítimamente en el juicio oral (artículo 393°.1).

No pueden ser utilizadas para la valoración las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo VIII° T.P.).

Para la valoración de las pruebas, en primer lugar, el juez procederá a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás (artículo 393°.2).

En la valoración de la prueba, el juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo 158°.1).

El artículo 394°.3 del nuevo Código exige que la sentencia contenga la motivación sobre la valoración de las pruebas que sustentan los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, con indicación del razonamiento que la justifiquen.

i. Las Reglas de la Sana Crítica.

Por disposición del artículo 393°.2 del nuevo Código Procesal Penal, la valoración probatoria debe, especialmente, respetar las reglas de la sana crítica conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

En principio, la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Implica que en la valoración de

la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. El criterio valorativo está basado en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a su juzgamiento, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica.³⁵

Más que reglas específicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para que el juez forme su convicción sobre los hechos.

i) La Prueba por Indicios.

La prueba indiciaria es una prueba de contenido complejo constituida por tres elementos fundamentales: el indicio o hecho base de la presunción, el hecho presumido o conclusión y, por último, el nexo o relación causal que une el indicio o hecho base con su correspondiente conclusión. Mediante la prueba indiciaria lo que se obtiene es un razonamiento fundado que, una vez probada la existencia de los indicios o hechos base, proporciona un convencimiento respecto del hecho consecuencia que se puede plasmar en la sentencia de modo que sea racionalmente comprendido y compartido por todas las personas.³⁶

Pero antes de hacer referencia a la prueba por indicios, es necesario precisar la idea de indicio. El profesor Martínez Garnelo, ha señalado que el indicio es “...circunstancia cierta, de la cual se puede obtener, por inducción lógica, una conclusión sobre el hecho desconocido cuyo esclarecimiento se intenta. El

³⁵ *Ibíd*em, pág. 110.

³⁶ *Ibíd*em, pág. 137.

convencimiento indiciario se basa sobre un silogismo cuya premisa mayor problemática tiene su fundamento en una presunción relativa”³⁷.

Pero el indicio, solo es eso; es decir, un dato fáctico, existente; que per se no te lleva a nada, si previamente no hay un proceso de razonamiento o reflexión que quien pretende usarla.

La consecuencia de ese razonamiento, viene a ser la prueba por indicios o prueba indiciaria.

Según el profesor Mixan Mass, la prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.³⁸.

i. Características de la prueba indiciaria

La prueba por indicios o prueba indiciaria no es un medio de prueba, ya que no se trata de un procedimiento previsto en la ley para incorporar una fuente de prueba. Se trata de una prueba, en tanto resultado probatorio sobre la base de hechos probados y de un razonamiento.

Es una prueba indirecta, por cuanto el juez llega a dar por demostrado un hecho por la deducción que hace, mediante las reglas de la experiencia, de otro conocido. La actividad probatoria no recae sobre los hechos determinantes de la

³⁷ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús (2012). La prueba indiciaria, presuncional o circunstancial en el nuevo sistema penal acusatorio. Editorial Porrúa, México-México, pág. 136.

³⁸ MIXÁN MASS, Florencio (1995). Prueba indiciaria Carga de la prueba. Ediciones BLG. Trujillo, pág. 22.

responsabilidad penal, sino sobre otros hechos, y mediante un razonamiento puede establecerse su prueba.

No se trata de una prueba histórica, en la medida que no representa al hecho objeto de la prueba, sino que permite deducir su existencia o inexistencia.

Se trata de una prueba crítica, desde que interviene el raciocinio. Sin el razonamiento probatorio que contenga como premisa mayor la regla de experiencia, no es posible arribar a conclusión probatoria alguna.

Según el Dr. Percy García Caveró, para poder tener una visión completa de la prueba indiciaria resulta sumamente útil mostrar cuáles son sus características más saltantes. A la prueba por indicios se le han asignado diversas características, dentro de los cuales destacan:³⁹

- Indirecta, pues no realiza una comprobación del hecho investigado, sino que la demostración del hecho se obtiene a través de un razonamiento.
- Crítica, en la medida que el raciocinio resulta sumamente importante para la formación de la fuerza probatoria de esta modalidad probatoria.
- Multifforme, dado que un hecho, y el delito lo es, puede estar con diversas circunstancias, los indicios pueden ser muy diversos e ilimitados.
- De segundo grado, en la medida que se apoya sobre los datos de otras pruebas tales como testimonios, pericias, esto es, de las pruebas a través de las cuales se conoce el hecho indiciario o indicio.

³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy (2010). La Prueba por Indicios, Editorial Reforma, pág. 40.

- Objetiva, pues al estar basada en hechos su valor probatorio no está contaminado por factores subjetivos.
- Abierta, pues las innovaciones científicas y técnicas pueden deparar en el futuro insospechadas consecuencias respecto a la virtualidad probatoria de los datos indiciarios.
- Subsidiaria, en la medida en que no sería procedente acudir a ella cuando exista prueba directa disponible suficientemente para probar el delito
- De probabilidades, pues cada indicio permite variar inferencias probables.

Según el Doctor Félix Vargas la prueba indiciaria se caracteriza por su: ⁴⁰

- Objetividad
- Racionalidad
- Indirecta

j) La Pericia

La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. No se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar al juez supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podrá evitar su realización aun cuando aquél tenga los conocimientos especializados necesarios.⁴¹

⁴⁰ CHIRA VARGAS MACHUCA, Félix (2005). Indicio, prueba indiciaria y pericias criminales, Editorial Jurídica Grijley, pág. 76.

⁴¹ CAFFERATA NORES, Ob.Cit. pág. 53.

El acceso de todo el material probatorio en el proceso penal, se efectúa a través de los medios de prueba acogidos legalmente, que consiste en el modo o acto por medio del cual se traslada el conocimiento cierto e irrefutable de un hecho determinado al órgano jurisdiccional.

El medio de prueba, por tanto, es el procedimiento regulado en la ley con vistas a lograr el aporte de elementos probatorios al proceso. De lo que se deriva que el medio de prueba pericial constituye el acto procesal a través del cual se designan al proceso penal peritos que poseen especiales conocimientos en alguna ciencia, arte o profesión, para que emitan a través de un dictamen, un criterio basado en la interpretación y apreciación del hecho objeto de investigación.

i. Fundamento de la Pericia:

Así como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez no puede verlo todo, con igual o mayor razón se ha señalado que tampoco puede saberlo todo. Partiendo de esta base, en ciertos casos se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos artísticos, científicos o técnicos; Es decir, conocimientos propios de una cultura profesional especializada y científica⁴².

⁴² *Ibíd.* pág. 53.

ii. Concepto de Pericia:

Es el examen y estudio que realiza el perito sobre el problema encomendado para luego entregar su informe o dictamen pericial con sujeción a lo dispuesto por la ley.⁴³

Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.⁴⁴

iii. Concepto de Perito:

Es la persona versada en una ciencia arte u oficio, cuyos servicios son utilizados por el juez para que lo ilustre en el esclarecimiento de un hecho que requiere de conocimientos especiales científicos o técnicos.

Los peritos son terceras personas, competentes en una ciencia, arte, industria o cualquier forma de la actividad humana, que dictaminan al juez respecto de alguno de los hechos que se investigan en la causa y se relacionan con su actividad.

El juez verá la coordinación lógica y científica; la suficiencia de sus motivos y sus razones, y de ahí la importancia de la motivación de la misma, pues si falta, podrá rechazarse la pericia u ordenarse su aclaración.

Aunque parezca formalmente perfecta y bien motivada, el juez, por no estar convencido, podrá refutarla, pero no significa que puede imponer su arbitrariedad o su capricho, no podrá rechazarla simplemente.

Tendrá que argumentar a su vez tener en cuenta el resto de la prueba obtenida, expondrá las razones por las cuales no concuerda con la pericia y la corrección o

⁴³ EUGENE FLORIÁN. Ob. Cit. pág. 197.

⁴⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, editorial S.A.C, Lima, 2005, Vol. II.

incorrección de sus argumentos serán a su vez valoradas, como los de pericia, por el superior jurisdiccional.

k) La Prueba Pericial:

Este medio probatorio está relacionado con la aplicación de conocimientos científicos, técnicos, artísticos, o de experiencia calificada, cuya finalidad será la de contribuir con el descubrimiento de la verdad mediante la valoración debida que realiza el juez del aporte probatorio realizado por las partes en un juicio penal.⁴⁵

Es la que surge del dictamen de los peritos, que son personas llamadas a informar ante el juez o tribunal, por razón de sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal dictamen científico, técnico o práctico sobre hechos litigiosos.

Es el medio probatorio por el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba.⁴⁶

En tal sentido, la pericia está dirigida a descubrir o valorar un elemento de prueba, cuando para ello fuese conveniente tener conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, y se concretara en una conclusión, fruto de un juicio realizado al amparo de dichos conocimientos.⁴⁷

⁴⁵ ANGULO MORALES, Marco Antonio (2012). El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano. Gaceta Jurídica S.A, Lima Perú. Pág. 103.

⁴⁶ FLORES NEYRA, José Antonio (2010). Manual del Nuevo Proceso penal & de Litigación Oral. Editorial Moreno S.A, Lima Perú. Pág. 575.

⁴⁷ *Ibidem.*, pág. 575.

i. Fundamento de la Prueba Pericial:

El fundamento de la pericia se halla en las limitaciones del propio juzgador, pues ni los jueces ni los jurados son omniscientes, es decir, no lo saben todo.

Ello está justificado en la medida que al Juez solo se le requiere que sea un técnico en Derecho, mas no en otras Ciencias, de ahí que por lo general carece de conocimientos sobre cuestiones de técnicas diversas, artes o especialidades que se refieren precisamente a las circunstancias que se desconocen en el proceso.⁴⁸

Ante tal hecho se hace necesaria la intervención del perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludible recurrir cuando ha verificado que para obtener o explicar un elemento de convicción son necesarios determinados conocimientos científicos, técnicos o artísticos, esto es conocimientos propios de una cultura profesional especializada.

No obstante, cabe precisar que aun cuando el Juez posea para el caso particular conocimientos especiales sobre la cuestión que se presenta, no le está permitido prescindir del auxilio del perito. Esto, debido a que el fundamento de su sentencia no podría tener como sustento, en lo referente a ese extremo, sus propios conocimientos, con lo que se violaría el principio de Necesidad de Prueba.⁴⁹

ii. Finalidad de la Prueba Pericial:

La finalidad de la prueba pericial es que el juzgador descubra o valore un elemento de prueba, por eso es que: Tiene como finalidad únicamente descubrir en

⁴⁸ *Ibidem.*, Pág. 575.

⁴⁹ *Ibidem.*, Pág.576.

el problema asignado al perito, la verdad concreta y explicarla científica o técnicamente o según la regla de la experiencia.

iii. Procedencia de la Prueba Pericial:

Tal como lo refiere el NCPP, en su artículo 172°, la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

La prueba pericial se constituye como el apoyo al juzgado en una materia determinada, sin que la intervención del perito pueda reemplazar las funciones y atribuciones jurisdiccionales del juez; su dictamen no podrá exceder los límites de las percepciones, causas o consecuencias de los hechos, la interpretación de las acciones de otras personas, y emitir conclusiones que es labor eminentemente jurisdiccional.⁵⁰

Por tanto, no se requerirá la intervención del perito, ante los siguientes supuestos:

- Para la realización de meras comprobaciones materiales, que pueden ser llevadas a cabo por cualquier persona (como, por ejemplo, verificar si las llaves secuestradas abren la puerta del lugar del hecho).
- Cuando dentro de la cultura normal, o cultura general se puede, hallar la regla o el criterio para resolver la cuestión, es decir, cuando pueda solucionársela mediante los conocimientos básicos de cualquier hombre culto (como, por ejemplo, mediante la aplicación de la Ley de la Gravedad).

⁵⁰ ANGULO MORALES. Ob. Cit. pág. 104.

iv. Nombramiento de Peritos:

Es erróneo considerar que los peritos oficiales, es decir, los que han sido designados para la labor pericial por el juez y los nombrados por las partes, no posean igualdad de facultades y, por lo tanto el aporte que pudieran entregar a la administración de justicia esta parametrada en considerar a los designados por el Juez como auxiliares del juez y a los peritos como medio de prueba; para ambos casos, las consideraciones previstas, con relación a la credibilidad de los informes evacuados y de la idoneidad de sus habilidades y capacidades profesionales para su actividad de peritación, detentan ambas las mismas calidades de fe, por lo que el juez proclama a los peritos como profesionales de fe, confianza y credibilidad.⁵¹

El nombramiento de Peritos se encuentra regulado en el Código Procesal Penal artículos 172° y siguientes.

v. Diferencia entre Testigo y Perito:

El testigo se caracteriza por un concepto de generalidad; el perito por el de especialidad. Se dice que es delito quien crea los testigos, mientras que los peritos, por el contrario, son elegidos por el juez. En lo que se refiere al testigo, éste es un medio de prueba y un tercero, o sea, no es un sujeto de la relación procesal, pero a diferencia del perito, no se le puede remplazar por otro, ya que los hechos determinan según quién los presencie o escuche, qué persona puede declarar.

Además, mientras que el perito declare sobre la base de sus conocimientos, o sea, dictamina, el testigo lo hace sobre sus percepciones, y el primero toma conocimiento del asunto por encargo del juez.

⁵¹ *Ibíd.*, Pág. 106

Perito es la persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el Juez por su especial preparación jurídica, puede carecer y que es llamada al proceso para apreciar algún hecho o circunstancia que ha sido adquirido con anterioridad por otros medios de averiguación, y sean de interés o necesidad para la investigación.⁵²

Pericia, es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba.⁵³

vi. Objeto de la Prueba Pericial:

El objeto de la pericia es el estudio, examen y aplicación de un hecho, de un objeto, de un comportamiento, de una circunstancia o de un fenómeno. Es objeto de la prueba pericial establecer la causa de los hechos y los efectos del mismo, la forma y circunstancia como se cometió el hecho delictuoso.⁵⁴

vii. Partes del Dictamen Pericial:

Este documento comprende tres partes:

- Descripción de la persona o cosa, objeto del examen, indicando su estado en el momento de realizar el examen.
- Relación de las operaciones practicadas, indicando el método científico empleando, así como los resultados.
- Conclusión a que han llegado en vista del examen pericial y como resultado de haber aplicado los principios científicos indicados.

⁵² *Ibíd.*, Pág.108.

⁵³ *Ibíd.*, Pág.108.

⁵⁴ EUGENE FLORIÁN. Ob. Cit. pág. 199.

Emitido el dictamen, los peritos se presentarán al juzgado para entregarlo personalmente y ante el juez realizar la última etapa de la pericia; la diligencia de entrega y ratificación.

viii. La Pericia en el Nuevo Código Procesal Penal:

Está regulado en el artículo 172, señala:⁵⁵

- La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.
- Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal.

Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.

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

ix. Valoración de la Prueba Pericial en Materia Penal:

La valoración consiste en el análisis razonado de los elementos de convicción introducidos en el proceso. Y precisamente uno de los problemas más importantes que plantean las pruebas periciales en la valoración que el juez debe hacer de los resultados el trabajo del perito.

⁵⁵ Código Penal, Juristas Editores, Perú, 2011, pág. 469.

La fuerza probatoria del dictamen pericial será valorada entonces, conforma a los principios de la sana crítica y la libre convicción. El código prevé pautas ejemplificativas que deberá especialmente tener en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad y la disconformidad de sus opiniones, los principios científicos, criterios técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen, en que se fundan, su concordancia con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ofrezca.⁵⁶

x. Criterios de valoración de la Prueba Pericial:

En el sistema peruano, en que impera la libre convicción, el juez debe valorar la prueba pericial al igual que el resto del material, conforme a los principios de la sana crítica. En consecuencia, será a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano, que ameritara el dictamen del perito, debiendo agudizarse la atención en este particular elemento pues serán menester añadir aquellas, reglas orientadoras, y un especial detenimiento por tratarse de cuestiones técnicas o científicas que requieren una singular apreciación.⁵⁷

En ese sentido, Florencio Mixan Mass, propone para el tratamiento de la valoración de la prueba pericial el siguiente esquema:⁵⁸

- Verificación de su existencia.
- Exigencias de validez de la prueba pericial.
- Exigencias de la eficacia probatoria de la prueba pericial.

⁵⁶ FLORES NEYRA. Ob. Cit. pág. 584.

⁵⁷ *Ibidem.*, pág. 586.

⁵⁸ *Ibidem.*, Págs. 586 y 587.

xi. Contenido del informe pericial:

- Aquel en el que el experto entrega una opinión sobre los hechos directamente observados. Se trata de situaciones en el que el perito observa hechos sobre los que declara, pero a la vez aporta opiniones acerca de esos hechos que suponen conocimiento experto.⁵⁹
- Aquel en la que el experto entrega una opinión sobre hechos presentados por terceros, que no han sido objeto de percepción directa de su parte. Típicamente se produce en casos en que el experto es confrontado con hipótesis de diversa índole en donde se le pida asuma como verdadero ciertos hechos que no han tenido oportunidad de presenciar.⁶⁰
- Aquel en que el experto entrega una opinión basada en principios generales de la disciplina que profesa, aun cuando no estén relacionados necesariamente con hechos concretos no específicos del caso.
- Aquel en que el experto declara sobre un hecho que el observo a través del uso de su conocimiento especializado. Se trata de declaraciones sobre hechos y no opiniones, pero que solo podrían ser entregadas por alguien que tiene conocimiento experto que lo habilita para percibir ciertos hechos.⁶¹

Sobre el contenido del informe pericial el artículo 178° del Código Procesal Penal ha precisado los alcances que debe contener el informe de los peritos oficiales.

⁵⁹ ANGULO MORALES. Ob. Cit. pág. 110.

⁶⁰ *Ibidem.*, pág. 110.

⁶¹ *Ibidem.*, pág. 111.

l) La pericia psiquiátrica

En ciertas investigaciones, una de las pruebas sustanciales para poder determinar si la conducta típica, y antijurídica resulta imputable a un individuo es la pericia Psiquiátrica. Partiendo, que la siquiatria forense está puesta al servicio del derecho, constituyendo una de las áreas científicas del conocimiento humano que ofrece mayor complejidad en razón del objeto de su estudio: el hombre visto desde un lado imperceptible visualmente en cuanto a su personalidad en sus manifestaciones anómalas, en lo que ellas poseen alguna relevancia jurídica.⁶²

La importancia de la pericia siquiátrica es fundamental; pues puede conllevar a diferencias consecuencias jurídicas del delito: pudiendo justificar la imposición de pena privativa de libertad o medida de seguridad.

Es importante, añadir por ejemplo un caso emblemático en nuestra reciente historia judicial: el Caso del joven Marco Arenas quien mató a su madre, pero que en la secuela del proceso se probó mediante la pericia siquiátrica que era un psicópata⁶³.

La psiquiatría, es una rama de la medicina, es responsable del estudio, el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de los trastornos del comportamiento

⁶² SILVA VELASCO, Marjorie Nancy, La Pericia Psiquiátrica, <http://www.teleley.com>, fecha de acceso, el 24 de noviembre del 2014.

⁶³ Según la definición legal más admitida, un sociópata es una persona con trastornos mentales que deja de lado las normas establecidas –sean de índole legal, familiar o social-. No tienen, en consecuencia, ningún problema en cometer actos graves con tal de conseguir lo que buscan, a pesar de saber que están haciendo algo que puede perjudicar a terceros. Generalmente actúan por impulso. Por ejemplo, los parricidas por sociopatía suelen ser sujetos aislados de sus familias y, en general, no tienen vínculos sentimentales con familiares ni amigos, a pesar de su convivencia. Por otro lado, el psicópata es una persona que se encarga de elaborar un plan para conseguir lo que desea. Puede realizar varios actos previos, como ganarse la confianza de su víctima y de su entorno, o elaborar un plan alternativo. La intensidad de sus planes suele llevarlo a matar a su víctima. Algo que los define es que el diseño y ejecución de sus planes suele ser mucho más elaborado que el simple impulso. En: http://laley.pe/not/537/la_pericia_psiquiatica_de_un_criminal/, fecha de visita el 25 de enero del 2015.

humano. El comportamiento anormal puede estar determinado o modificado por factores genéticos, físico-químicos, psicológicos y sociales. El Psiquiatra debe dominar los conocimientos y las habilidades no sólo de la observación objetiva, sino de la subjetiva, de la participativa y de la autoobservación. Su formación en ciencias básicas lo (a) alienta hacia la observación objetiva, pero a medida que aprende otros tipos, advierte que esta diferenciación de la función de su papel es necesaria para la comprensión de la relación con su paciente y para el desarrollo de su capacidad para la intimidad humana. Únicamente entonces puede⁶⁴ aprenderse la noción general de personalidad y sus principios subyacentes: los factores genéticos y ontogenéticos del crecimiento del desarrollo y de la involución, el reconocimiento de los factores inconscientes y preconscious como determinantes del comportamiento, la idea de que la personalidad es íntegra e indivisible, y el reconocimiento de que el ser humano es un animal social y que los estadios iniciales del ciclo de la vida reflejan la coordinación entre el individuo en desarrollo y su entorno social⁶⁵.

i. Psiquiatría forense⁶⁶

La Psiquiatría, como todas las especialidades de la medicina, posee un área propia, un campo delimitado de estudio y tiene así mismo sus propias técnicas de diagnóstico y tratamiento. Por ser una ciencia que estudia el comportamiento humano, normal y anormal, causado por enfermedades, esta ciencia debe disponer

⁶⁴ CIE-10. Décima Revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades. Trastornos Mentales y del Comportamiento. OMS. Meditor. Madrid. 1992

⁶⁵ Kaplan, H y Sadock, B (1987). Compendio de Psiquiatría. Salvat Editores, S.A. Barcelona. España.

⁶⁶ CASTILLO RAMÍREZ Sisy. Importancia de la Siquiatría Forense en el Proceso Penal. En: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200005&script=sci_arttext, fecha de acceso, el 12 de enero del 2015.

de medios idóneos para conocer, comprender y corregir las muy variadas modalidades de las alteraciones de la conducta, del afecto y del pensamiento e inclusive de la adaptación personal y social. Esto significa que la Psiquiatría se relaciona con aquellas características del ser humano que no son exclusivamente biológicas ni pueden evaluarse únicamente por medios físicos. Pero en todas las ramas de la medicina ocurre así, porque el hombre no es solamente un ser biológico sino un ser social y porque muchos aspectos psicológicos hasta ahora no han sido comprendidos por la fisiología y tal vez nunca lleguen a ser explicables solamente por ella.

Cuando una persona busca ayuda para sí misma o para algún pariente o allegado, puede hacerlo por varios motivos: ya sea porque siente perturbaciones emocionales, como la depresión o la ansiedad, o porque observa disminución en su rendimiento en el trabajo, en el estudio, o en su actividad habitual o porque sus relaciones con los demás han sufrido un cambio apreciable, o porque su conducta se ha modificado ostensiblemente (aunque esto no siempre es aceptado por el (la) mismo(a) paciente, pero sí por quienes conviven con él o ella) o porque se ha hecho adicto al alcohol, a la marihuana o a alguna de las drogas que producen dependencia, o bien porque los distintos exámenes médicos (exploraciones clínicas, análisis de laboratorio, radiografías o pruebas imagenológicas) no han demostrado ninguna alteración que explique sus síntomas, quejas o molestias, o se sospeche que pueden ser factores emocionales que expliquen las quejas subjetivas del (la) paciente. Pero también se recurre al (la) Psiquiatra en demanda de ayuda psicológica en distintas circunstancias de la vida: por desajustes conyugales, por problemas familiares o desarmonía en el hogar, por mal rendimiento escolar, o por

dificultades laborales. Por último, se solicita la colaboración profesional del (la) Psiquiatra cuando se le llama como perito(a) en asuntos judiciales, ya sea en juicios civiles, penales o de nulidad matrimonial en derecho canónico; por ejemplo, para saber si una persona es capaz de manejar sus bienes o si cuando firmó un contrato comprendía lo que hacía, o para saber si una conducta penal típica y antijurídica puede serle impuesta o no, o para saber si su consentimiento matrimonial estaba o no viciado en el momento de contraer el vínculo. En todas estas modalidades el (la) Psiquiatra actúa en el área de la Psiquiatría Forense.

La Psiquiatría Forense es el conjunto de nociones médico-legales-psiquiátricas que tienen importancia en el Derecho (penal, civil, laboral, canónico) y que se relacionan con algunos aspectos de la capacidad mental y psíquica. La Psiquiatría clínica se ocupa de las enfermedades mentales y de las alteraciones del comportamiento que se consideran anormales, morbosas o patológicas. Pero la Psiquiatría, como especialidad médica, tiene características propias que la distinguen de las demás áreas de la medicina y no ha alcanzado el grado de precisión y objetividad de otras cuyo campo lo constituyen enfermedades mejor conocidas en cuanto a sus causas, entre ellas las lesiones que las producen, fácilmente identificables en los órganos y los tejidos, o que originan modificaciones bioquímicas y funcionales en el organismo que pueden comprobarse por medio de técnicas de laboratorio o de exámenes de imágenes radiológicas o de ultrasonido y otras pruebas objetivas y concretas.

La Psiquiatría se ocupa de los aspectos menos tangibles, más subjetivos del ser humano enfermo, como su conducta, sus motivaciones, las alteraciones de su pensamiento, de sus afectos, de los problemas de desajuste o desadaptación de la

personalidad a su medio cultural y social cuando son provocadas por causas patológicas. En algunas enfermedades mentales y precisamente las más importantes y las más graves, como las esquizofrenias y las enfermedades afectivas maniaco-depresivas, no han podido descubrirse ni comprobarse causas físicas, ni las perturbaciones bioquímicas halladas han sido bien comprendidas. Tampoco los conocimientos psicológicos y sociales pretenden explicarlas son concluyentes.

En el estado actual de los conocimientos lo más prudente y sensato es aceptar el llamado “*enfoque multidimensional*” en el que tienen en cuenta tanto los factores orgánicos (biológicos) como los psico-sociales. La medicina puede ayudar al Derecho, con la aplicación de ciertos conocimientos médicos, para contribuir el esclarecimiento e investigación de ciertos asuntos y para ayudar al Juez a formarse su criterio antes de tomar su decisión.

Así como el médico legista da un dictamen muy objetivo y concreto, como la descripción de unas heridas, o de unas lesiones, o una autopsia, el perito Psiquiatra legista emite su dictamen sobre aspectos tales como la capacidad en lo civil o la responsabilidad en lo penal. Más exactamente, no emite su concepto directamente sobre estos temas sino sobre determinados estados morbosos psíquicos que pueden alterar la capacidad de obrar razonablemente (en lo civil). O bien el (la) perito Psiquiatra dictamina acerca de un posible vicio de consentimiento que puede haber existido en el momento de contraer matrimonio (en derecho canónico). Al respecto es muy importante recordar que los dictámenes de los peritos no son de forzosa aceptación por los jueces, quienes pueden aceptarlos o rechazarlos, pero no modificarlos. En cierto modo, jurista y médico (a) hablan distintos idiomas, pero precisamente en la Medicina Legal y la Psiquiatría Forense esos distintos idiomas

deben ponerse de acuerdo, para llegar a un fin común, que en este caso es la colaboración que la medicina psiquiátrica presta al derecho (penal o civil) para el esclarecimiento de un punto concreto.

Así pues, el médico Psiquiatra no es llamado para dar un diagnóstico clínico de la persona que ha delinquido o del presunto interdicto, lo que se pide al perito es determinar si el sujeto de la peritación se hallaba en alguno de los estados que define la Ley, así esta denominación del código o de la ley no tengan el mismo significado que en medicina. En cierto modo el perito médico debe traducir, si así puede decirse, los términos médicos a términos legales⁶⁷.

La Psiquiatría Forense tiene una problemática más extensa y más compleja que el resto de la medicina. La sociedad mantiene prejuicios sobre la enfermedad mental, de los que interesa subrayar el referente a su peligrosidad, prejuicio que ha venido influyendo en la legislación, en realidad, la peligrosidad se da sólo en un porcentaje reducido de los casos y se ha preocupado de controlar la conducta del "*enfermo mental peligroso*", hasta hace bien poco, con medidas análogas a las establecidas para todos los delincuentes.

Existen relaciones especiales entre el Derecho y Psiquiatría. Es un error presentar como grave malentendido el concepto médico de enfermedad y su concepto jurídico, porque la jurisprudencia no pretende formar un concepto propio de la enfermedad. Por otra parte, algunos conceptos psiquiátricos son tachados por los juristas como borrosos e imprecisos, por ejemplo, el pronóstico y curso de la enfermedad mental, reprochándose a la Psiquiatría que no puede establecer normas

⁶⁷ SERPA, Roberto (1994). Psiquiatría Médica y Jurídica. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, pág. 182.

seguras sobre ellos. Esa objeción es exagerada, porque en el estado actual de la ciencia psiquiátrica, con la existencia de sutiles medios complementarios de diagnóstico y el perfeccionamiento del tratamiento (eficaces medicamentos psicofármacos, diversas formas de psicoterapia, etc.), respecto del pronóstico futuro de muchas psicosis, psicopatías, déficit intelectual, podemos pronunciarnos actualmente con toda fiabilidad.

ii. Perito psiquiatra y el proceso penal

Las funciones del Psiquiatra, en cuanto al Derecho Penal, son primordialmente, la elaboración de informe sobre el estado de salud mental de un acusado, lo que engloba dos cuestiones fundamentales: si reconoce el valor de sus actos y si es capaz de actuar conforme a ese conocimiento, en ocasiones valoración del potencial delictógeno. Como consecuencia de ello puede inferirse una anulación o una disminución de su imputabilidad, estableciéndose por los juristas la existencia de una eximente completa, incompleta o una atenuante de la responsabilidad criminal. En el Derecho Civil, los Psiquiatras Forenses determinan como función más habitual si determinada persona está afectada de anomalía deficiencia o enfermedad mental, lo que puede constituir alguna de las causas de restricción de la personalidad jurídica. En cuanto al Derecho Laboral, para demostrar la existencia de una concausa psíquica en un accidente de trabajo y para valorar como incapacidad una secuela psíquica en un accidente. También en la investigación de la simulación de enfermedad mental.

Para ejercer la Psiquiatría Forense se tiene que ser Psiquiatra Clínico y poseer un conocimiento jurídico de lo que la Ley exige del Psiquiatra y de cómo puede transformar sus conocimientos médicos y psicológicos en aplicaciones jurídicas. El

Psiquiatra clínico realiza una anamnesis, una exploración minuciosa, emite un diagnóstico, elabora un pronóstico y establece un tratamiento, mientras que el Psiquiatra Forense tiene la misión después del diagnóstico y el pronóstico, de indicar lo que es más importante desde el punto de vista legal, es decir, cómo la alteración psíquica influye sobre la facultad de conocimiento de la penalidad del hecho y sobre la capacidad de actuar de acuerdo con este conocimiento. Lo cual no siempre está en simple relación con el diagnóstico de salud o enfermedad, ya que, por ejemplo, en casos leves de psicosis enfermedad mental propiamente dicha puede ser discutible alguna vez la existencia o no de imputabilidad, mientras que, por otro lado, en casos intensos de trastorno de personalidad que en estricto criterio psiquiátrico no son enfermedades mentales pueden existir dudas sobre la imputabilidad de la persona. La Psiquiatría se halla en la encrucijada entre biología, psicología y sociología, de hecho, la moderna Psiquiatría está impregnada de espíritu sociológico: la curación de un enfermo mental exige, a menudo, manejar adecuadamente los factores ambientales⁶⁸.

¿Cómo se forma una opinión objetiva médico/psiquiátrica? Un experto médico es un doctor en medicina que tiene los requisitos de experiencia clínica y atestados académicos para formar una opinión médica objetiva con un grado razonable de certeza médica. Un Psiquiatra Forense es un médico que integra experiencia clínica, conocimientos de medicina, salud mental, y neurociencias para formar una opinión objetiva e independiente. Hechos relevantes son reunidos y analizados como parte de un proceso de examinar hipótesis alternativas para formular una opinión experta médico psiquiátrica. Esta opinión experta puede ser

⁶⁸ MARCO, J. Et al (1990). Psiquiatría Forense. Salvat Editores, S.A. Barcelona. España, pág. 283.

efectivamente comunicada a través de un reporte escrito, una declaración o en un testimonio en la Corte. Las aplicaciones de la Psiquiatría Forense son muy amplias van desde cuidados de la salud en el trabajo hasta Justicia Criminal y Seguridad Pública⁶⁹.

¿Es un Psiquiatra Forense la misma cosa que un Psicólogo Forense? No. Los o las Psiquiatras son médicos con un entrenamiento especial en el entendimiento, diagnóstico y tratamiento de los trastornos mentales. Esto incluye evaluaciones y tratamientos biológicos, psicoterapia, y problemática social y familiar. Un psicólogo a nivel de doctorado son profesionales en su propia rama y pueden hacer pericias especiales en tópicos usualmente no estudiados en detalle por los Psiquiatras (como las pruebas psicológicas)⁷⁰.

m) La pericia psicológica:

La prueba pericial psicológica es el informe que brinda el psicólogo, luego de haber estudiado y analizado el caso a peritar. Se trata de un proceso o acontecer, que transcurre durante varias horas, y frente a una o varias personas, que llegan para ser analizadas y evaluadas. La diferencia entre los informes psicológicos y el peritaje ya que este ha de insertarse en el marco jurídico. Debe realizar una descripción realista de los hechos, formular hipótesis diagnósticas, hacer una descripción fehaciente de lo dicho por el entrevistado, y contestar exhaustivo a los puntos periciales, que constituyen la respuesta a lo solicitado.⁷¹

⁶⁹ BURSZTAJN, H. M.D (1989). Psiquiatría forense y medicina. En: <http://www.forensic-psych.com/> May 1998, fecha de acceso el 12 de agosto del 2015.

⁷⁰ REID, W. MD, MPH. Consulta Psiquiátrica en materia civil y penal. En: [hte//C: psybasic.htm](http://C:psybasic.htm)., fecha de acceso el 12 de julio del 2015.

⁷¹ MANRON & ASOCIADOS, La Psicología en el Ámbito Jurídico, [Http://www.pericialesenpsicologia.com.mx](http://www.pericialesenpsicologia.com.mx), fecha de acceso, el 15 de octubre del 2014.

Una evaluación pericial psicológica puede solicitarse ante diferentes ámbitos judiciales: puede ser parte de un procedimiento criminal cuya pregunta esté relacionada con la culpabilidad, la imputabilidad... Puede realizarse periciales psicológicas ante la toma de decisión de un régimen de visitas o de una custodia. Puede solicitarse también una pericial en casos en los que existan secuelas tras un hecho traumático y se desee valorar el alcance de éstas. Y por supuesto, en casos de acoso, acoso sexual, o laboral es también frecuente el uso del peritaje psicológico

Un informe psicológico pericial suele realizarse cumpliendo ciertos requisitos formales: descripción de la formación del perito y su capacidad para ejercer como tal, descripción de las pruebas psicométricas administradas, resumen de la documentación aportada sobre el evaluado, análisis de los hechos y circunstancias relacionadas, análisis de resultados y las conclusiones forenses. Un informe que no esté fundamentado en un análisis exhaustivo de los datos, no podrá sostener adecuadamente las conclusiones forenses a las que se llegue. Es muy importante la capacidad del perito para agrupar y dar sentido a toda la información.

n) La Pena:

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Para el desarrollo de la presente investigación, el concepto de pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un mal que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del principio de legalidad, donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este

principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: nullum crime, nulla poena sine lege.⁷²

En tal sentido, la pena es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente investida de dicha facultad en competencia y jurisdicción quien, tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción, merecedor de una sanción o aflicción conocida como pena.

i. Justificación, Fundamento y Fines de la Pena.

Para entender con claridad este asunto, es necesario distinguir tres aspectos importantes de la pena: su justificación, su fundamento y su fin; desarrollo que nos ocupa a continuación.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada lucha de Escuelas, que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal. Aquí expondremos sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). Derecho Penal -Parte General-. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia- España. Pág. 62.

ii. Las Teorías Absolutas o Retributivas de la Pena. - Las teorías absolutas o también reconocidas como retributivas, tienen como sus máximos representantes a Kant y Hegel. Para ellos, el fundamento de la pena radica en la mera retribución. Es la imposición de un mal, por el mal cometido. En esto se agota y termina la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del talión: ojo por ojo, diente por diente.

Enmanuel Kant encuentra que la pena solo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad. Según la posición racionalista Kantiana que sirve de sustento a la teoría retributiva de la pena, la pena únicamente se justifica para sancionar un mal cometido por el delincuente, ya que, si existiera otro fin, ello constituiría una afrenta a la Dignidad de la persona. Kant lo explica con el siguiente ejemplo: si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de que ello se lleve a cabo, deberían ejecutar al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos.⁷³

Posteriormente Hegel, basándose en la dialéctica, concibe el delito como la negación del derecho y a la pena como la negación de la negación, afirmando que la pena según el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresado en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la

⁷³ KANT Enmanuel (1994). *Critica de la razón práctica*. Traducción de León Dujovne Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Colección Ciencia y Cultura, Pág., 78.

persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena.

Roxin afirma que la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró..., la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. Dicho de otro modo, el Estado como Institución Humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La idea de que puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo.⁷⁴

Sin embargo, la idea retribucionista de algún modo todavía tiene fuerte arraigo en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables el que la hace la paga y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del mal (delito) cometido.

Para concluir con el análisis de estas teorías, cabe destacar el llamado de alerta que hace Raúl Eugenio Zafaroni respecto de que, si bien ellas implicaron en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, ello no trajo aparejado una proporcional reducción de la crueldad. Y recuerda a Federico Nietzsche para quien este mundo de los conceptos morales nunca perdió del todo un cierto olor a sangre y tortura.⁷⁵

⁷⁴ ROXIN, Claus (1976). Sentido y Límites de la Pena Estatal, en Problemas Básicos de Derecho Penal, trad. Luzón Peña, Edit. Reus S.A., Madrid, Pág.122

⁷⁵ ZAFARONI, Raúl Eugenio (2009). En busca de las penas perdidas Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1952, pág. 51.

iii. Las teorías relativas o preventivas

Estas teorías atienden al fin que se persigue con la pena. Se oponen completamente a las teorías absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención.

La concepción de las teorías de prevención, se remonta a los inicios de la historia del derecho, Platón decía: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccet*; ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque. Entonces a diferencia de la concepción de la pena retributiva, la teoría de la prevención, es teoría relativa. Pues, encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal.

Las teorías de la prevención se pueden dividir en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Entonces la pena es como una coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos.

Las teorías de la prevención especial, ven el fin de la pena, en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, o a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. El delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e Inocuidad. Fundamenta la primera en el sentido que está dirigida al delincuente

como un aviso de la sanción que puede ser objeto al cometer un acto atribuido como delito. Luego, fundamenta la resocialización, en que el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación durante el tiempo que cumple la sanción y por último precisa que la Inocuidad está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte.

En tal sentido cabe mencionar que, lo incorrecto y peligroso para la seguridad jurídica es pensar que el fundamento de la pena es uno de los dos criterios indicados. No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente de una acción ilícita. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El para que se castigue, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad.⁷⁶

iv. Teorías de la Unión.

Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en la lucha de Escuelas. Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo, adoptando posturas medias; es decir, recogen de una y otra lo mejor y no llegan a satisfacer totalmente a nadie. Esto se debe a que las teorías de retribución y prevención resultan antípodas, por lo tanto, no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir.

⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 54

Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo, el mérito de haber superado la parcialidad, tanto de las teorías absolutas como de las relativas. Ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno.

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para éstas lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Roxin manifiesta que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho.⁷⁷

En tal sentido, no se puede afirmar que existe una función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársela la pena prevista para ese hecho,

⁷⁷ ROXIN. Claus, Ob. Cit. Pág., 26.

predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

v. Teorías sobre la Individualización de la Pena

La pena no es una imposición en abstracto de un castigo Institucional como respuesta a una conducta lesiva de bienes jurídicos o afrenta al orden social, según sea la postura ideológica al cual uno se adscriba. Como todo producto cultural por eso, su evolución en el tiempo a través de la adopción de diversas formas en su aplicación: pena de muerte, lapidación, ahorcamiento, privación de la libertad, restrictivas de derechos, etc., la pena tiene fines a los que está dirigido como expresión legitimada e Institucionalizada de castigo.

Los caminos que se han transitado en el tema de la determinación de la pena, han sido, según los estudiosos del derecho que la han desarrollado muy distintos y hasta opuestos en cuanto a los fines que a la pena se le ha atribuido.

Doctrinariamente son muchas las direcciones por la que ha transitado la pena a lo largo de los tiempos, de las cuales podemos destacar para efectos del tema las siguientes:

vi. Teoría de la pena exacta

Para esta teoría no es posible admitir que exista un marco o una zona adecuada a la culpabilidad, sino que la culpabilidad debe concretarse en un punto exacto. Éste y sólo éste es el contenido de pena adecuada a la culpabilidad del sujeto. El problema, evidentemente, es el determinar con exactitud cuál es ese punto exacto que corresponde a la culpabilidad del individuo.

vii. Teoría del ámbito de juego

Esta teoría parte de considerar que la pena debe ser medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que la culpabilidad no puede medirse hasta la determinación de un punto correcto, sino que entiende sus defensores que la culpabilidad proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta de la pena. Se trata de una zona cuyo límite mínimo ya es adecuado a la culpabilidad y cuyo límite máximo todavía también es adecuado a la culpabilidad. En esta zona, o ámbito de juego, es en la que debe ser individualizada la pena conforme a criterios de prevención especial. Para esta teoría no es posible admitir que exista un marco o una zona adecuada a la culpabilidad, sino que la culpabilidad debe concretarse en un punto exacto. Éste y sólo éste es el contenido de pena adecuada a la culpabilidad del sujeto. El problema, evidentemente, es el de determinar con exactitud cuál es ese punto exacto que corresponde a la culpabilidad del individuo.

viii. Teoría del valor de la posición

Considera esta teoría que la pena debe ser determinada teniendo en cuenta ciertos factores en función del momento de que se trate.⁷⁸ En efecto, la culpabilidad es una categoría que sirve según los partidarios de esta teoría para concretar la pena en cuanto a su duración. Los criterios derivados de factores de prevención deberán ser tenidos en cuenta para fijar otras cuestiones como la clase de pena o la suspensión de la misma, en otras palabras, los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser

⁷⁸ En: <http://WWW.Enciclopedia-Juridica.biz14.com>., fecha de acceso el 23 de enero del 2014.

examinada. Para determinar la duración se atenderá a criterios retribuidos en función de la culpabilidad. Una vez fijada la duración de la pena en un punto concreto, entonces, tendrán relevancia los otros criterios derivados de fines preventivos, para determinar los demás aspectos como la clase de pena (en los casos en que la ley establece alternativas) o si se concede o no la suspensión condicional de la pena. De ahí la denominación de esta teoría, pues sus partidarios atribuyen distinto valor a los fines de la pena en función del momento de que se trate, esto es, de la posición que examinemos. Así, en primer término, la pena debe verse con una finalidad retributiva, mientras que, posteriormente, es cuando se valorará el aspecto preventivo de la pena.

ix. Parámetros para la Individualización de la Pena.

La necesidad del control social y de una autoridad encargada de preservarla es un dato innegable que aporta la historia para distinguir la civilización de la barbarie. En ese contexto, la sociedad y el individuo necesitan la constatación del Estado como ente regulador de todas las relaciones sociales del cual el derecho es un apéndice.

La Pena no surge como una imposición en abstracto de un castigo Institucional como respuesta a una conducta lesiva. En ese sentido, la discusión sobre la determinación de la pena tiene necesariamente que incorporar el parámetro socio-existencial a partir del cual desarrollar sus hipótesis de trabajo.

El Parámetro socio existencial para la determinación de la pena lo entendemos como el continente donde se expresa la pena como un intento de normalización social expresada en el encierro Institucional a partir del ámbito de la

culpabilidad, el mismo que en su definición no establece únicamente una categoría psicológica, sino una categoría jurídico existencial, lo que explica que pese a los múltiples esfuerzos de los estudiosos de la criminología, no ha podido ser encuadrado en un molde único y equilibrado, debido precisamente a que la culpabilidad incorpora rasgos esenciales de la cultura y la civilización circundante del cual el concepto de culpabilidad no puede sustraerse.

La Culpabilidad⁷⁹ es un componente no solo de la estructura del delito sino de la inclinación natural del hombre como ser social, apareciendo entonces ésta la culpabilidad como una faceta de la vida del individuo trasgresor, subordinada en su ejercicio para efectos de determinación penal a la libertad y a la razón verificada en el orden de su moralidad y de su intelectualidad, con organización propia que no se extiende a ninguna otra.

Para efectos de individualización de la Pena⁸⁰, la conducta delictiva se entiende aislada, formando por sí misma un complejo con sus propias motivaciones y propósitos de ulterioridad propios de su campo limitado, sin extenderse en sus actos preparatorios y realización a la vida total de la comunidad. He allí el fundamento de individualizar la Pena al principio de culpabilidad. De ahí la necesidad de adecuación a la proporcionalidad del hecho cometido, toda vez que ninguna expresión psicológica característica del delincuente aparece como dominante en el espectro de la cultura delictiva en conjunto.

⁷⁹ Aunque no todos coinciden con esta postura, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo “Culpabilidad jurídico penal y neurociencias”, publicado en “Neurociencias y derecho penal”, editorial EDISOFER, Buenos Aires-Argentina, pág. 269.

⁸⁰ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. “Aspectos de la individualización de la pena en el Código penal de 1995”, en: <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/1931/1/AD-1-27.pdf>, fecha de acceso el 11 de julio del 2015.

El Parámetro socio existencial para la individualización de la pena exige de parte del juzgador el registro y ponderación de todos los hechos sobresalientes en la conducta del individuo trasgresor, poniendo cuidado de no efectuar una selección de los hechos que se adapten a una tesis, en conformidad de alguna suposición pretenciosa, pues, el delito es una pauta más o menos coherente de la socio-existencialidad del delincuente.

2.3. Definición de Términos

- **Delito:** Es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de la penalidad.⁸¹

Es todo acto típico antijurídico imputable, culpable, sancionado con una pena y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.⁸²

Es la violación de un deber hacia la sociedad o los individuos, exigible en sí y útil al mantenimiento del orden político, de un deber cuyo cumplimiento no puede ser asegurado más que por la sanción penal y cuya infracción puede ser valorada por la justicia humana.⁸³

- **Pena:** Viene del latín poena, y denota un dolor físico y moral, que se impone al infractor de una Ley. Puede precisarse, quien sabe, mejor aún, esta noción desde el punto de vista jurídico, no obstante que contiene todos los elementos necesarios para definir la pena, el elemento de la sanción. Jurídicamente la pena no es otra

⁸¹ MARCONE MORELLO, Juan (1995). “Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares”, Pág. 697.

⁸² *Ibidem*. Pág. 698.

⁸³ *Ibidem*. Pág. 699.

cosa, que la sanción característica de aquella transgresión que delito. La pena es una sanción, una sanción jurídica.⁸⁴

- **Pericia:** Es una declaración técnica acerca de un elemento de prueba. Es una frase muy exacta, consiste en un no saber del juez y un saber del perito, esto es, una comunicación entre este y aquel.⁸⁵
- **Violación:** Significa, en lenguaje general, infracción o transgresión, por lo que es común emplearlo como sinónimo de quebrantamiento, sobre todo como parte de términos como violación de domicilio, violación de correspondencia, violación de contratos, entre otros. Sin embargo, se usa sobre todo para referirse a casos en el ámbito de la conducta sexual humana y para indicar que ha existido un quebrantamiento de origen sexual, el cual menoscaba la dignidad humana y atenta contra el derecho de libertad sexual. Así pues, violación se define, desde el punto de vista de la sexualidad, como todo aquel contacto sexual con cualquier persona que, por alguna razón, no puede (incapaces mentales, menores de edad, personas que se encuentran en estado de inconsciencia) o no quiere dar su consentimiento.

⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 1656.

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 1666.

III. MÉTODOLÓGIA

3.1. Tipo y diseño de Investigación:

Respecto al tipo de investigación teniendo en cuenta la orientación, fue una investigación socio- jurídica, pues con la investigación que es materia de estudio se pretendió alcanzar una meta utilitaria para el mejoramiento de la vida humana, específicamente la vida de los sentenciados por el delito de violación sexual a menores de 14 años. Es decir, se partió de una realidad concreta (o mejor de varias realidades concretas, materializadas en las sentencias), para confrontarla con mejores argumentos.

Teniendo en cuenta el nivel de investigación se trató de una investigación Descriptiva - Explicativa, pues a partir del conocimiento del objeto de nuestra investigación, analizamos y explicamos los factores que influyeron en la valoración de las pericias psicológicas y psiquiátricas en la determinación de la pena, en los delitos de violación sexual a menores de 14 años.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico:

3.2.1. Delimitación de la Población.

Estuvo constituida por los expedientes judiciales emitidos por las Salas Penales de la ciudad de Huaraz, durante los años 2010 -2011, por la comisión del delito de violación sexual a menores de 14 años (siendo un total de 50 casos resueltos); así como por magistrados y abogados penalistas (en total 12 y 100) respectivamente.

3.2.2. Delimitación de la muestra

Por la naturaleza de la investigación, para determinar la muestra de estudio, se optó por la Técnica No Probabilística; y cuyo procedimiento fue intencional, para determinar los casos de estudio pertenecientes a las sentencias emitidas por las Salas Penales de la ciudad de Huaraz, durante los años 2010 -2011 en los casos de delitos de violación sexual a menores de 14 años.

Asimismo, atendiendo a la técnica no probabilística, se optó por el estudio de casos, como la más adecuada, máxime si por razones de formalismos judiciales no se pudo sacar copia de los actuados judiciales de manera directa.

Unidad de Análisis: Estuvo conformada por las sentencias emitidas por las Salas Penales de la ciudad de Huaraz, durante los años 2010 -2011 en los casos de delitos de violación sexual a menores de 14 años.

Muestra: Lo constituyeron las sentencias, los magistrados y abogados penalistas.

Tamaño de la Muestra: Estuvo conformada por 10% de las sentencias emitidas por las Salas Penales en los casos de delitos de violación sexual a menores de 14 años, años 2010 – 2011.

Este tamaño de la muestra, se debió a que las sentencias verificadas tenían un solo patrón de redacción, juicio y decisión, por lo tanto, he creído conveniente solo presentar el 10% de estas, el mismo que es igual a 5 sentencias emitidas por las Salas Penales de Huaraz. Además, la decisión de este tamaño de muestra se debe a que he optado por la técnica del muestreo intencional u opinativo.

Por otro lado, de igual modo esa misma técnica muestral, es decir, intencional, se ha aplicado para con los abogados penalistas, razón por la cual asciende su número a 100 abogados.

Finalmente, respecto a los magistrados, teniendo en cuenta que tan solo son 12 dichos magistrados, usando la misma técnica intencional, he creído conveniente trabajar con los 12 magistrados de la sala penal liquidadora. Debo precisar que si bien en la realidad en las dos salas penales de Huaraz, hay 6 jueces superiores; sin embargo, en la corte superior de justicia de Ancash, hay 12 jueces superiores en total (que incluye a la sala civil y sala de apelaciones). Como quiera que, por ciertas incompatibilidades, abstenciones, vacaciones, licencias u otros, casi todos participan en los casos materia de investigación.

3.2.3. Métodos de investigación

Se utilizaron los siguientes métodos:

Generales:

Inductivo. - elevarse al entendimiento desde los fenómenos o hechos particulares hasta la ley o principio de que dependen.

Deductivo. - Sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto.

Análisis. -separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos.

Síntesis. - Composición de un todo por la reunión de sus partes.

Particulares:

Exegética. - Explicación e interpretación de las cosas.

Hermenéutico. - Interpretación de textos relativos al tema.

Método estadístico. - Para poder representar los resultados, más aún si voy a trabajar con expedientes, encuestas y, todos ellos deben ser graficados para poder sustentar el trabajo de investigación.

Método fenomenológico. - Consiste en volver de los objetos a los actos de conciencia (vivencias) que se nos ofrecen, y en estudiar las estructuras de conciencia con su generalidad ideal.

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmaron de la siguiente manera:

Planteamiento del problema: Comprendió la individualización y descripción del problema, el planteamiento de una hipótesis de trabajo, y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.

Construcción: Fue la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Papel fundamental es la ordenación de las fuentes, la cual puede ser:

- Bibliográficos: Datos sobre las fuentes.
- Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.

- Nemotécnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.
- Webgrafía: Datos sobre fuentes del internet.

Discusión: Donde se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

3.3. Instrumento (s) de recolección de la información.

- Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, de Resumen y bibliográficas.
- Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- Selección de la comunicación que fue estudiada;
- Selección de las categorías que se utilizaron;
- Selección de las unidades de análisis, y
- Selección del sistema de recuento o de medida

Criterios:

Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información:

3.4.1. Técnicas

Las técnicas que se utilizaron en la presente investigación fueron:

- Cuestionario.
- Análisis documental
- La observación.

3.4.2. Instrumentos de Recolección de Datos

Se utilizaron los siguientes instrumentos:

- Encuesta estructurada.
- Fichas:
 - 1) De registro:
 - a) Bibliografía
 - b) Hemerográficos.
 - 2) De investigación: a) Textual

- b) Resumen
 - c) comentario
 - d) Mixta
- Matriz estadística

3.4.3. Contexto.

El lugar donde se desarrolló la investigación fue en las salas Penales de la ciudad de Huaraz, durante los años 2010 - 2011.

3.4.4. Unidad de Análisis o informantes.

La unidad de análisis en la presente investigación estuvo conformada por:

- Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Huaraz
- Doctrina, Jurisprudencia y Normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estuvo conformada por:

Unidad temática: Consistió en el tema del contenido que se pudo analizar: Valoración de las Pericias Psicológicas y Psiquiátricas.

Categorización del tema: Esta es una de las partes esenciales de la metodología, ya que establece y especifica las categorías dentro del análisis: Valoración de las Pericias Psicológicas y Psiquiátricas.

Unidades de registro: En esta etapa se delimitó y dio curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estuvieron delimitadas según los objetivos: Valoración de las Pericias Psicológicas y Psiquiátricas.

IV. RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS FORMAL DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN EL UNIVERSO DE ESTUDIO RESPECTO A LAS PERICIAS.

a) Número de pericias ordenadas en el proceso o juicio oral

CUADRO N° 01

PERICIAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
PSICOLÓGICAS	14	70%
PSIQUIÁTRICAS	01	05%
NO SE ORDENO	05	25%
TOTAL	20	100%

Fuente: Revisión de sentencias, realizado el 10 de enero del 2015.

INTERPRETACIÓN

Como se puede advertir del cuadro que presentamos, el 70% de las pericias que se han ordenado practicar en el juicio oral fue solo de pericia psicológica. Tan solo el 05% del total hacía referencia a la pericia siquiátrica a practicarse. Es más, se tiene en el 25% de los procesos que estuvieron en juicio oral, no se ordenó se practique ninguna de estas pericias.

b) Pericias psicológicas practicadas a las víctimas de la violación sexual

CUADRO N° 02

Pericias ordenas por los magistrados de las Salas Penales de Huaraz en el proceso penal por violación a menor de edad

PERICIAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Agraviado	12	60%
Imputado	04	20%
No practicadas	04	20%
TOTAL	20	100%

Fuente: Revisión de sentencias, realizado el 10 de enero del 2015.

INTERPRETACIÓN

Del cuadro se tiene datos importantes y trascendentes para nuestra investigación. Primero, el 60% de las pericias tan solo se ordenaron practicar a la víctima, más no así al imputado; es más, éstas fueron solo pericias psicológicas. Aquí una interrogante: ¿No era pertinente practicar la pericia psicológica al imputado para determinar principalmente el ámbito de la culpabilidad? La respuesta tiene que ser afirmativa, pero en estos casos no sucedieron. Solo a 04 de los imputados, que asciende al 20% del total, se ordenó practicar la pericia psicológica. El otro 20%, simplemente se ignoró estas pericias.

c) **Número de especialistas en psiquiatría en la ciudad de Huaraz**

CUADRO N° 03

Psicólogos y psiquiatras colegiados en la zona sierra de Ancash

NÚMERO DE PROFESIONALES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Psicólogos	50	100%
Psiquiatras	00	00%

Fuente: Colegio de Psicólogos, según información del Decano pertinente realizado el 12 de febrero del 2015.

INTERPRETACIÓN

Adicionalmente a los otros factores que estamos seguros hay, en la ciudad de Huaraz, a la fecha no se tiene especialista en psiquiatría, en consecuencia, es un factor importante a tener en cuenta; pues sin contar con estos especialistas simplemente no se podría realizar, por más que haya orden para ello.

Lo precedentemente indicado, por supuesto, no enerva la posibilidad de que se ordene practicar estas pericias. Ello ya depende del colegiado que dirige la investigación, pero también del Ministerio Público y las partes procesales que tiene el camino expedito, teniendo en cuenta su propia y particular teoría del caso.

d) Peritos psicólogos y psiquiatras en el Ministerio Público de Huaraz al 2014, en el Departamento de Medicina Legal.

CUADRO N° 04

Cantidad de profesionales psicólogos y psiquiatras en Medicina Legal de Huaraz

PERITOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Psicólogos	05	100%
Psiquiatras	00	00%
TOTAL	05	100%

FUENTE: Información del departamento de Medicina legal del Ministerio Público (Huaraz)

INTERPRETACIÓN

En la ciudad de Huaraz, simplemente se carece de peritos psiquiatras. Una demostración simple de esta aseveración es el dato consignado en el cuadro precedente. Hay dos formas de darle sentido a esa realidad: O no hay casos donde se requiera un psiquiatra o, en su defecto nadie da a importancia a estos hechos. Cualquiera sea la respuesta, hay una simple constatación: El Estado no le da importancia cabal a la salud mental de sus ciudadanos, entonces, menos será a los procesados.

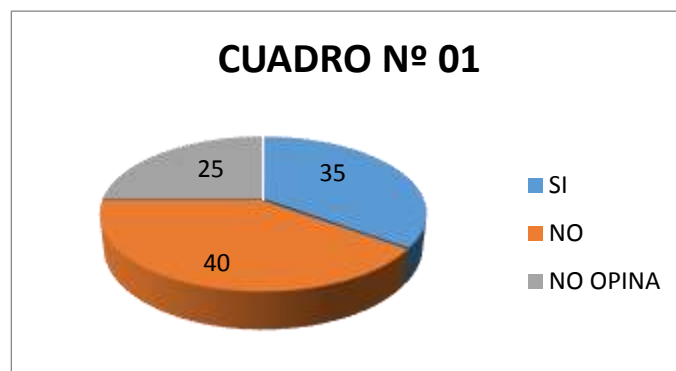
4.2.- ENCUESTA A LOS ABOGADOS.

1.- ¿A su criterio son imprescindibles las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?

CUADRO N° 01

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	35	35%
NO	40	40%
NO OPINA	25	25%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

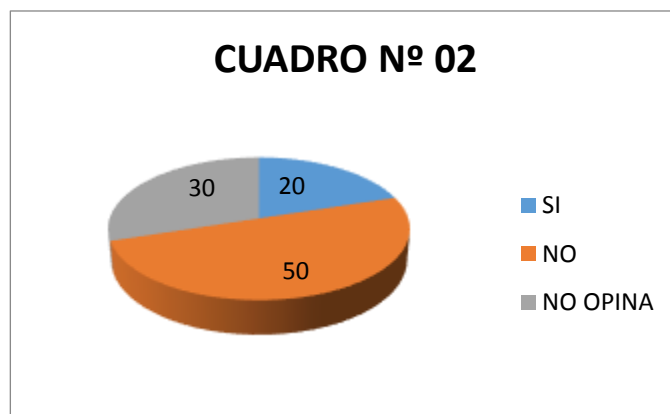
A la pregunta ¿A su criterio son imprescindibles las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 35% de los Abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 40% señala todo lo contrario. El 25% precisa no opinar al respecto.

2.- ¿A su criterio se valoran adecuadamente las pruebas psiquiátricas y psicológicas, actuadas en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?

CUADRO N° 02

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	20%
NO	50	50%
NO OPINA	30	30%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

A la pregunta ¿A su criterio se valoran adecuadamente las pruebas psiquiátricas y psicológicas, actuadas en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?,

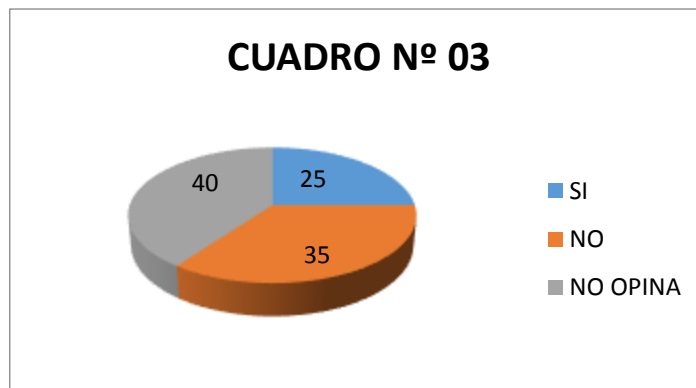
Del cuadro presentado, se tiene que el 20% de los abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 50% señala todo lo contrario. El 30% precisa no opinar al respecto.

3.- ¿A su criterio son importantes la valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas en la emisión de las sentencias por el delito de violación sexual a menor de 14 años?

CUADRO N° 03

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	25%
NO	35	35%
NO OPINA	40	40%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

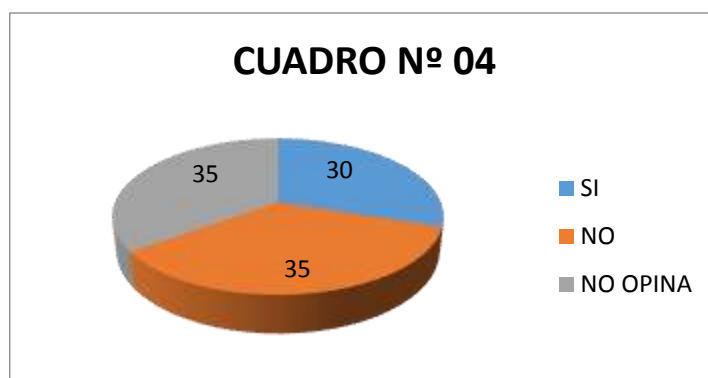
A la pregunta ¿A su criterio son importantes la valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas en la emisión de las sentencias por el delito de violación sexual de menor de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 25% de los abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 35% señala todo lo contrario. El 40% precisa no opinar al respecto.

4.- ¿Ud. cree que influyen, la preparación académica de los magistrados, los abogados, entre otros en la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?

CUADRO N° 04

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	30%
NO	35	35%
NO OPINA	35	35%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

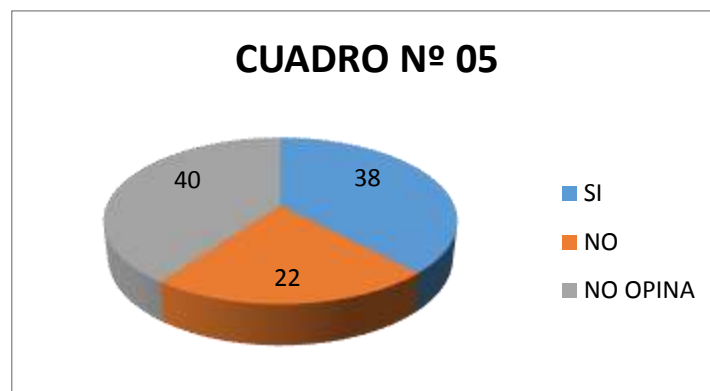
A la pregunta ¿Ud. Cree que influyen, la preparación académica de los magistrados, los abogados, entre otros en la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 30% de los abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 35% señala todo lo contrario. El 35% precisa no opinar al respecto.

5.- ¿A su criterio la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años influiría en la determinación de la pena?

CUADRO N° 05

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	38	38%
NO	22	22%
NO OPINA	40	40%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

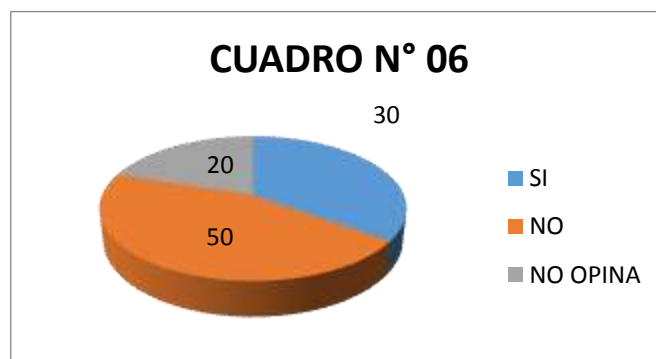
A la interrogante ¿A su criterio la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años influiría en la determinación de la pena?, del cuadro presentado, se tiene que el 38% de los Abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 22% señala todo lo contrario. El 40% precisa no opinar al respecto.

6.- ¿Si en su condición de Abogado en el lapso de su desempeño profesional, ha requerido proponer un perito psiquiatra como perito de parte, cuando ha patrocinado por el delito de violación de la libertad sexual de menor de 14 años?

CUADRO N° 06

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	30%
NO	50	50%
NO OPINA	20	20%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



FUENTE: Encuesta

INTERPRETACIÓN

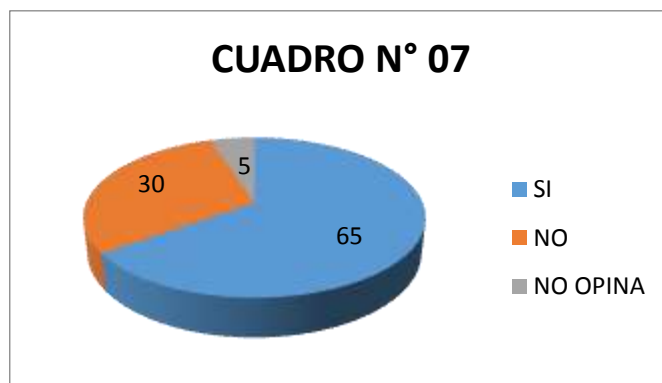
A la interrogante ¿Si en su condición de abogado en el lapso de su desempeño profesional, ha requerido proponer un perito psiquiatra como perito de parte, cuando ha patrocinado por el delito de violación de la libertad sexual de menor de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 30% de los abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 50% señala todo lo contrario. El 20% precisa no opinar al respecto.

7.- ¿Crees que la provisionalidad de los magistrados influye también en la falta de mejor criterio para recabar y valorar mejor las pericias, en especial las pericias psiquiátricas en el proceso de violación sexual de menor de 14 años?

CUADRO N° 07

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	65	65%
NO	30	30%
NO OPINA	05	05%
TOTAL	100	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

A la interrogante ¿Crees que la provisionalidad de los magistrados influyen también en la falta de mejor criterio para recabar y valorar mejor las pericias, en especial las pericias psiquiátricas en el proceso de violación sexual de menor de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 65% de los abogados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 30% señala todo lo contrario. El 05% precisa no opinar al respecto

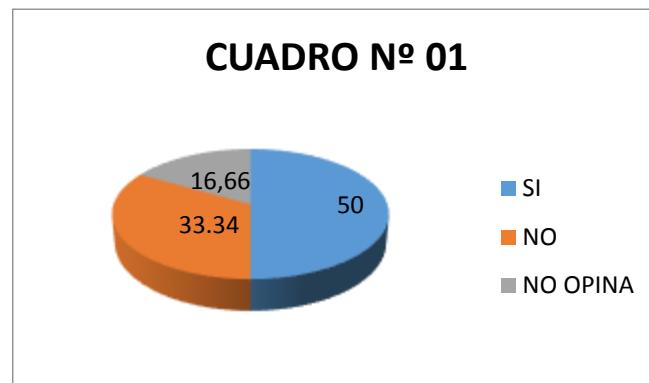
4.3.- ENCUESTA A LOS MAGISTRADOS.

1.- ¿A su criterio son imprescindibles las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años de edad?

CUADRO N° 01

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	06	50%
NO	04	33.34%
NO OPINA	02	16.66%
TOTAL	12	100%

Fuente. Encuesta



Fuente. Encuesta

INTERPRETACIÓN

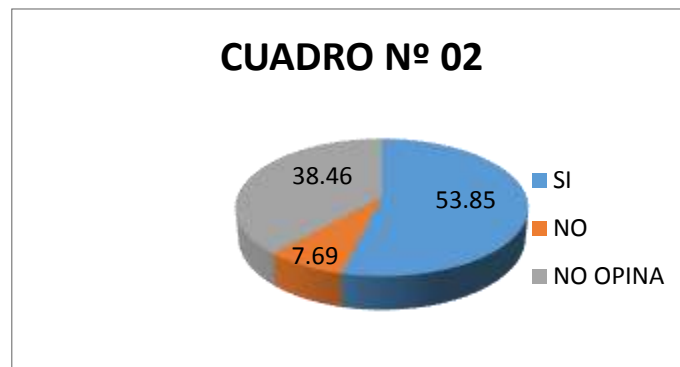
A la pregunta ¿A su criterio son imprescindibles las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años? del cuadro presentado, se tiene que el 50% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 33.34% señala todo lo contrario. El 16.66% precisa no opinar al respecto.

2.- ¿A su criterio como magistrado se valoran adecuadamente las pruebas psiquiátricas y psicológicas, actuadas en los procesos de violación sexual a menores de 14 años de edad?

CUADRO N° 02

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	07	53.85%
NO	01	7.69%
NO OPINA	05	38.46%
TOTAL	13	100%

Fuente. Encuesta



Fuente. Encuesta

INTERPRETACIÓN

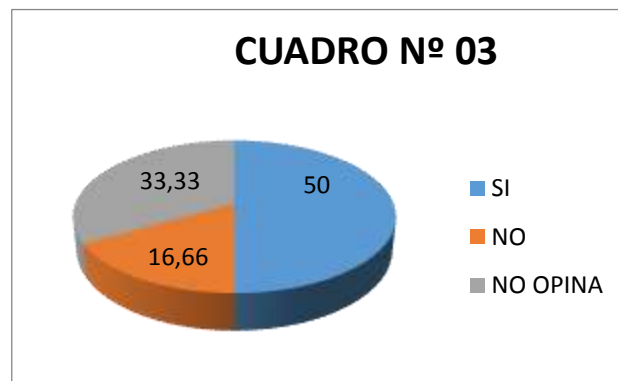
A la pregunta ¿A su criterio de valoran adecuadamente las pruebas psiquiátricas y psicológicas, actuadas en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 53.85% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 7.69% señala todo lo contrario. El 38.46% precisa no opinar al respecto.

3.- ¿A su criterio son importantes la valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas en la emisión de las sentencias por el delito de violación sexual a menor de 14 años?

CUADRO N° 03

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	06	50%
NO	02	16.66%
NO OPINA	04	33.33%
TOTAL	12	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

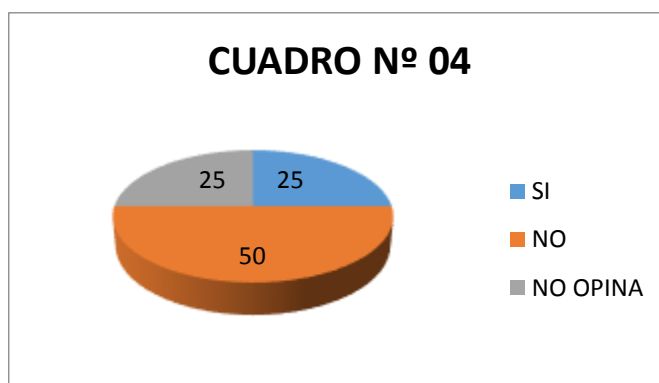
A la interrogante ¿A su criterio son importantes la valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas en la emisión de las sentencias por el delito de violación sexual de menor de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 50% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 16.66% señala todo lo contrario. El 33.33% precisa no opinar al respecto.

4.- ¿Ud. cree que influyen, la preparación académica de los magistrados, los abogados, entre otros en la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años de edad?

CUADRO N° 04

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	03	25%
NO	06	50%
NO OPINA	03	25%
TOTAL	12	100%

Fuente. Encuesta



Fuente. Encuesta

INTERPRETACIÓN

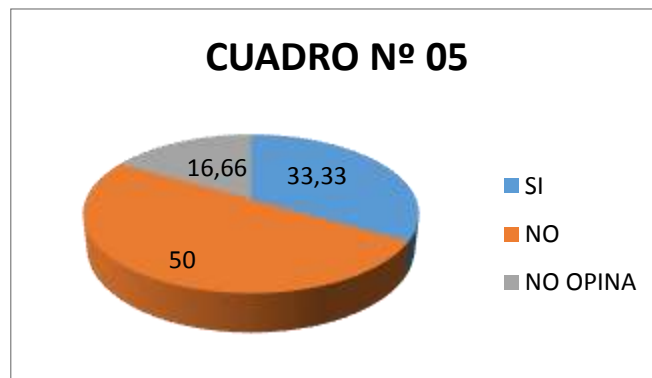
A la interrogante ¿Ud. Cree que influyen, la preparación académica de los magistrados, los abogados, entre otros en la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años?, del cuadro presentado, se tiene que el 25% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 50% señala todo lo contrario. El 25% precisa no opinar al respecto.

5.- ¿A su criterio la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años influiría en la determinación de la pena?

CUADRO N° 05

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	04	33.33%
NO	06	50%
NO OPINA	02	16.66%
TOTAL	12	100%

Fuente. Encuesta



Fuente. Encuesta

INTERPRETACIÓN

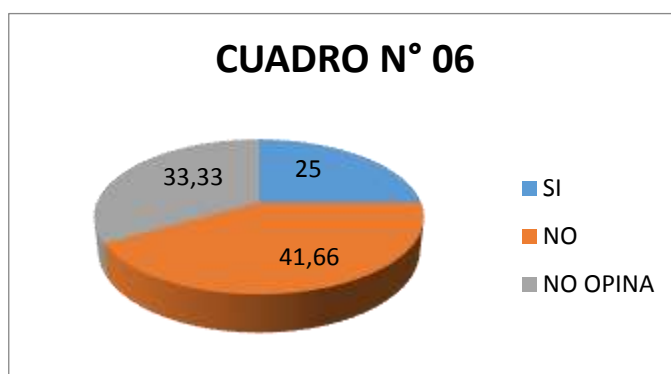
A la pregunta. - ¿A su criterio la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años influiría en la determinación de la pena?, del cuadro presentado, se tiene que el 33.33% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 50% señala todo lo contrario. El 16.66% precisa no opinar al respecto.

6.- ¿Si en su condición de magistrado en el lapso de su desempeño profesional, ha requerido proponer de oficio un perito psiquiatra con la finalidad de esclarecer mejor un caso de violación de la libertad sexual a menor de 14 años?

CUADRO N° 06

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	03	25%
NO	05	41.66%
NO OPINA	04	33.33%
TOTAL	12	100%

Fuente: Encuesta



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

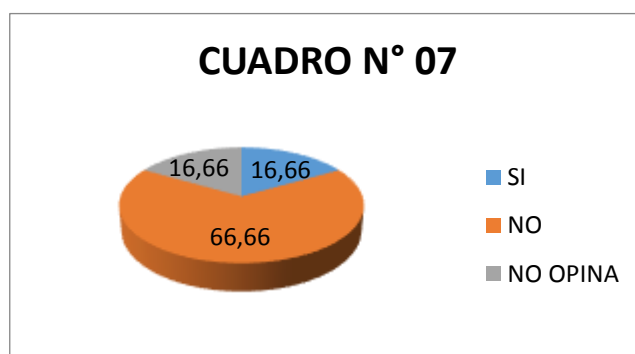
A la pregunta ¿Si en su condición de magistrado en el lapso de su desempeño profesional, ha requerido proponer de oficio un perito psiquiatra con la finalidad de esclarecer mejor un caso de violación de la libertad sexual de menor de 14 años? Del cuadro presentado, se tiene que el 25% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 41.66% señala todo lo contrario; es decir, no. El 33.33% precisa no opinar al respecto.

7.- ¿Si en el lapso de su trabajo como magistrado ha tenido la oportunidad de aceptar la proposición por parte de la defensa técnica un perito psiquiatra de parte, cuando ha tenido que resolver un caso por el delito de violación de la libertad sexual a menor de 14 años de edad?

CUADRO N° 07

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	02	16.66%
NO	08	66.66%
NO OPINA	02	16.66%
TOTAL	12	100%

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

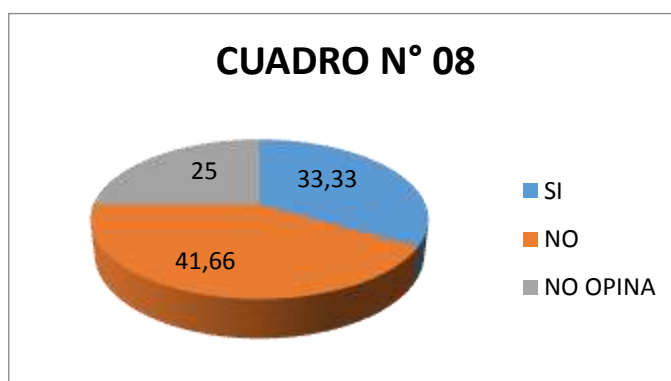
A la pregunta ¿Si en el lapso de su trabajo como magistrado ha tenido la oportunidad de aceptar la proposición por parte de la defensa técnica un perito psiquiatra de parte, cuando ha tenido que resolver un caso por el delito de violación de la libertad sexual de menor de 14 años de edad? Del cuadro presentado, se tiene que el 16.66% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 66.66% señala todo lo contrario; es decir, no. El 16.66% precisa no opinar al respecto.

8.- ¿Crees que la provisionalidad de los magistrados influyen también en la falta de mejor criterio para recabar y valorar mejor las pericias, en especial las pericias psiquiátricas en el proceso de violación sexual a menor de 14 años?

CUADRO N° 08

RESULTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	04	33.33
NO	05	41.66
NO OPINA	03	25
TOTAL	12	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

INTERPRETACIÓN

A la pregunta ¿Crees que la provisionalidad de los magistrados influyen también en la falta de mejor criterio para recabar y valorar mejor las pericias, en especial las pericias psiquiátricas en el proceso de violación sexual de menor de 14 años? Del cuadro presentado, se tiene que el 33.33% de los magistrados encuestados, responden afirmativamente. En cambio, el 41.66% señala todo lo contrario; es decir, no. El 25% precisa no opinar al respecto.

4.4.- ESTUDIO DE CASOS: FRAGMENTOS DE LAS SENTENCIAS DE NUESTRO UNIVERSO DE ESTUDIO QUE CORROBORAN NUESTRAS HIPÓTESIS

A continuación, transcribimos algunas resoluciones judiciales (sentencias) sobre el delito de violación de la libertad sexual a menores de 14 años, de dónde se puede extraer información relevante para corroborar nuestro trabajo:

1.- Sentencias de las salas supremas

Solo con fines de ilustración, a pesar de no ser muestra de estudio; sino con la finalidad de ampliar nuestra visión de una realidad concreta; presento a continuación algunos fragmentos de las ejecutorias supremas, relacionada al estudio.

i) "...SEXTO.- Que, no existe contra el encausado Ochoa Collazos un testimonio que proporcione datos objetivos y contrastables que lo vinculen como autor o participe en el delito de violación sexual en agravio de la menor de iniciales EJJH, pues ésta en su manifestación referencial de fojas diecisiete y en su declaración preventiva de fojas ciento treinta y cinco, así como en la diligencia de confrontación de fojas ciento cincuenta y tres narró que el citado encausado la hizo ingresar a la fuerza a su cuarto, la lanzó contra la pared y le rompió su pantalón, sin embargo, en el certificado médico legal de fojas veinticuatro no consta ningún signo de violencia ni se anotó en la transcripción de ocurrencia de calle común de fojas tres que la menor agraviada tenía el pantalón rasgado; que como su testimonio no es coherente en lo sustancial por si sólo es insuficiente para emitir juicio de culpabilidad desde las exigencias derivadas del derecho a la

presunción de inocencia al no concurrir la exigible solidez en su relato incriminatorio y no existir en el proceso otro medio de prueba que incorpore datos o circunstancias que corroboren su sindicación en términos de convicción; que, en ese sentido, no existe material probatorio suficiente e inequívoco para producir certeza y emitir un pronunciamiento incriminatorio, lo cual requiere una especial solidez del conjunto de la prueba practicada...”.⁸⁶.

INTERPRETACIÓN

De la transcripción de un fragmento pertinente de la ejecutoria suprema, se tiene que no hay ninguna referencia a una pericia psicológica, menos psiquiátrica. Esto es una demostración del poco interés que se tiene respecto a un problema común: La violación de la libertad sexual de menores de edad, que no solo requiere castigo(pena), sino también un tratamiento adecuado de la víctima y el victimario, para poder afrontar con éxito esta criminalidad tan acentuada en nuestro país.

ii) “... TERCERO. - Que de la revisión y análisis de los actuados es de estimar probada la materialidad del ilícito investigado con el certificado médico legal practicado a dicha menor en fecha veintiocho de junio del dos mil seis, que concluye que ésta a la fecha del examen presentaba “defloración antigua”- véase a fojas cincuenta y cuatro, ratificada durante el debate oral-. CUARTO.- Que, no obstante lo expuesto, lo actuado no acredita suficientemente la responsabilidad del acusado Sáenz Pohl, toda vez que se advierte que la única prueba de cargo existente contra el citado acusado está constituida por la declaración de la menor agraviada; sin

⁸⁶ Ejecutoria suprema, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, expediente N° 1283-2010, siendo encausado el Antenógenes Ochoa Collazos.

embargo, es de observar que dicha versión incriminatoria no ha sido uniforme, ni coherente, toda vez que la aludida ha variado constantemente sus dichos, en especial lo relacionado con la fecha y circunstancias en que produjeron los hechos imputados al citado acusado; así como respecto al monto de dinero que le habría entregado éste último; que asimismo, se advierte que lo aseverado por la menor agraviada de iniciales SMMS no coincide con lo declarado por las menores de iniciales GKAM; NMHM; TJPS y EMAY... »⁸⁷.

INTERPRETACIÓN

Una vez más, no se tiene ninguna referencia respecto a las pericias psicológicas o psiquiátricas. No es que en todos los casos debe hacerse referencia o usar estos medios de prueba; pues las partes procesales deben exigir la actuación de todos los medios probatorios necesarios y pertinentes que coadyuven al mejor esclarecimiento de los hechos. En este caso, ello no se ha suscitado, por consiguiente, considero que es una omisión que parte por el problema cognoscitivo de las partes procesales.

2.- Sentencias de nuestro universo de estudio

iii) “...NOVENO.- Es así que, compulsados los medios probatorios detallados líneas arriba, a criterio de la juzgadora se ha llegado a establecer la comisión del delito así como la responsabilidad penal del acusado... en la comisión del delito contra la libertad sexual violación sexual razón por la cual la conducta desplegada por el acusado se ajusta a la tipificación contenida en artículo acotado; pues, como se tiene de la declaración de la agraviada, éste le atribuye al acusado como la

⁸⁷ Ejecutoria suprema, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, expediente N° 11227-2008, siendo encausado el Juan Teodoro Sáenz Pohl.

persona que le sometió a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad; hechos que se encuentran corroborados con el Certificado Médico Legal de fojas diecisiete; en el que el perito médico que suscribe certifica, examen ginecológico: himen desgarrado parcial antiguo a 8 horarios, presenta equimosis de 0.3 cm de diámetro a 3 a 9 horarios de introito vaginal. Ano tono de esfínter anal conservados, pliegues perianales conservados. Lesiones extra-genitales: equimosis de 1.5 x1 cm, en zona externa de muñeca derecha, equimosis de 1 cm X 08 cm en zona anterior de muñeca izquierda lesiones ocasionadas por agente contuso, conclusiones: defloración himenal antigua con lesiones genitales recientes-no signos de acto contra natura-lesiones extragenitales, prescribiendo dos días de atención facultativa por cinco de incapacidad médico legal; acta de inspección técnico policial, donde se ha descrito el lugar donde se habría producido la violación, descripción que coincide con lo declarado por la agraviada a nivel preliminar; protocolo de pericia psicológica N° 003549-2008-PSC, el mismo que concluye: “Reacción ansiosa situación por estresor de tipo sexual”; resultado de Biología forense N° 2008001007395, de fecha 10 de diciembre del 2008, el mismo que entre sus conclusiones prescribe: “ Es secreción vaginal, se observa escasa cantidad de cabezas de espermatozoide!; si bien es cierto dichos exámenes practicadas a la agraviada, no ha sido sometida a ratificación, no menos cierto es que con lo actuado crea convicción a la suscrita de que estas pruebas llevan al convencimiento que la agraviada fue sometida al acto sexual en contra de su voluntad; debiendo entenderse en tal sentido que el argumento dado por el acusado al referir que el día de los hechos practicó relaciones sexuales con la agraviada por ser su enamorada y con consentimiento de esta, ha quedado completamente desvanecido con el resultado

ginecológico de fojas diecisiete el mismo que ha sido debidamente ratificado, en el que se ha descrito que la agraviada presenta en ambas manos equimosis; en tal sentido y por los fundamentos antes esgrimidos precedentemente, la juzgadora considera que el actuar del acusado en el delito materia de juzgamiento, se encuentra perfectamente subsumida en el supuesto de hecho del delito de violación sexual por el que se le instruye....”⁸⁸.

INTERPRETACIÓN

En este párrafo se tiene la actuación de la pericia psicológica de la menor agraviada; sin embargo, se omite la actuación del mismo examen, pero respecto del imputado, que creíamos era también importante.

Es que, en delito de esta naturaleza, no solo se debe averiguar los hechos y la verdad de manera unilateral; sino completo e imparcial o, en todo caso con toda imparcialidad. De estos argumentos se tiene que tan solo se pretende recabar todos los elementos probatorios que acrediten la realización del hecho en la víctima, olvidando que igual trato se merece el imputado o acusado.

iv) “...SEXTO: Que, de acuerdo a la admisión de cargos y la confesión sincera formulada por el nombrado acusado, se ha logrado acreditar con grado de certeza positiva su responsabilidad en los hechos delictuosos, esto es, la violación sexual de la agraviada, los cuales se produjeron en tres oportunidades, siendo la que la última vez se produjo el ocho de marzo del dos mil nueve, a las doce del mediodía, cuando la agraviada se encontraba pastando sus ovejas, fue llamado por el acusado

⁸⁸ Sentencia emitida por el segundo juzgado penal transitorio de Huaraz, expediente N° 2010-311, siendo imputado el señor Reymundo Quijada Juan Gabriel, en agravio de RCAA, por el delito de violación de la libertad sexual.

Sánchez Isidro con dirección a la carretera, lugar donde empezó a besarla en la boca y el mismo tiempo introdujo sus dedos de la mano derecha a su vagina, hechos que se encuentran corroborados con el reconocimiento médico legal N° 1109-CLS obrante a fojas siete, debidamente ratificado por sus otorgantes a fojas ciento sesenta, cuyo diagnóstico es: “Desfloración himenal antigua más lesiones genitales recientes”; así como el protocolo de delito de violación sexual obrante a folios diez, que concluye: “Hallazgos compatibles con defloración antigua” y con la partida de nacimiento de fojas ciento cincuenta y seis, que acredita la edad de la agraviada, quien a la fecha de comisión del delito materia de instrucción contaba con diez años de edad. SÉPTIMO: Que, asimismo se encuentra acreditada la responsabilidad del acusado, con las pruebas señaladas en el considerando precedente, así como con la declaración referencial de la menor agraviada a folios dos a cuatro y su declaración preventiva de fojas ciento tres a ciento cinco,, donde en forma uniforme y coherente lo sindicó como la persona que abusó sexualmente de ella hasta en tres oportunidades, lo que además se corrobora con la evaluación psicológico N° 1105-2009-PSC practicada a la menor agraviada obrante a fojas ocho, cuyo diagnóstico es: “...después de la evaluación a S.G.Y.M. somos de la opinión que presenta reacción ansiosa por estresor de tipo sexual”...”⁸⁹.

INTERPRETACIÓN

Si bien, existen indicios de la realización de los hechos; también es verdad que el imputado aceptó su participación directa en el delito que se le acusa. Al respecto

⁸⁹ Sentencia emitida por la primera sala penal de Huaraz, expediente N° 2010-489, siendo imputado el señor Sánchez Isidro Nemesio, en agravio de YMSG, por el delito de violación de la libertad sexual.

es necesario precisar que no basta el reconocimiento o confesión del imputado; es importante la actividad probatoria para precisamente corroborar la versión del acusado. En el presente caso, no solo se pretende acreditar la realización del hecho criminal, sino también la vinculación del sujeto activo con los hechos; pero también que este haya actuado en uso de su razón. Pues la ausencia del dolo, hace atípico los hechos; es más, no merecería la pena, sino una medida de seguridad.

v) “...CUARTO: Que de todo lo actuado a nivel preliminar y jurisdiccional se ha llegado a establecer que, el acusado con la menor agraviada eran vecinos y compañera de estudios de la hermana menor del procesado, comenzando su relación sentimental a inicios del mes de enero del dos mil nueve y posteriormente mantuvieron relaciones sexuales; y la denunciante doña Hermelinda Charqui Zambrano, al darse cuenta de esta relación amorosa por haber visto que le acompañaba al colegio, denunció al procesado ante la Policía Nacional por el delito de violación sexual; lo que motivó que ambas se fugaran a la ciudad de Chimbote y después de regresar a su lugar de origen por que la menor se encontraba en estado de gestación, y seguir conviviendo en el cuarto alquilado, , habiendo legalizado esa unión de hecho con su matrimonio civil y vivir juntos con su menor hija Camila Gervacio Gamarra, extremos que están acreditados con la declaración instructiva del encausado de fojas cincuenta y cinco al cincuenta y seis continuado de fojas setenta al setenta y uno; referencial de la menor agraviada corroborado con las testificales de Susana Obregón Palma de fojas ochenta e informativa de la denunciante de fojas sesenta y ocho. QUINTO: Que, si bien es cierto la menor agraviada refiere que mantuvo relaciones sexuales con su consentimiento; pero, conforme a lo glosado en el tercer considerando, este consentimiento es inválido,

porque nuestro sistema penal no lo admite por la edad de la menor, que en el caso que nos ocupa en la fecha del ilícito penal, la menor contaba con menos de catorce años (trece años con seis meses); como está acreditado con la partida de nacimiento que corre en autos...»⁹⁰.

INTERPRETACIÓN

Sí, hay evidencias suficientes de las relaciones sexuales mantenidas entre las partes; sin embargo, la imposición de la pena, requiere mayores elementos no solo para determinar la pena; sino también la peligrosidad del acusado o condenado.

La simple manifestación de asuntos culturales, las relaciones estables, etc., no puede per se justificar la pena.

Nada hace desaparecer las desviaciones de personalidad que tenga el condenado, pues un sujeto normal, debe tener relaciones amicales, maritales, etc. Con personas de su misma edad o con sus contemporáneos. En este caso, el condenado mantuvo relaciones sexuales con una menor de edad (a quien incluso conocía de su edad por ser compañera de colegio de su hermana menor); en consecuencia, existe evidencia de alguna desviación psicológica o psiquiátrica que tenga o podría tener el acusado, pero que la negligencia de los sujetos procesales ha dejado pasar, pues la oportunidad de la prevención se dejó al libre albedrío, pudiendo suscitarse nuevamente en el futuro contra nuevas víctimas.

vi) “.... SÉPTIMO.- Que, luego de haber compulsado debidamente los medios probatorios que se han llegado a actuar tanto a nivel preliminar como a nivel de

⁹⁰ Sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huaraz, expediente N° 2010-1401, siendo imputado el señor GERVACIO OBREGÓN Jhenson Jesús, en agravio de JGCH, por el delito de violación de la libertad sexual.

instrucción, a criterio de la juzgadora se ha llegado a establecer que no existen en autos medios probatorios contundentes que acrediten la comisión del hecho delictivo instruido así como la responsabilidad penal del acusado Yore Roger Henostroza Sáenz, a quien se le imputa haber violentado sexualmente contra la agraviada de iniciales HHHHG, el día 27 de febrero del 2008, habiendo la agraviada producto del ataque sexual por parte del procesado quedado en estado de gestación tal como se ha concluido en el certificado médico legal que obra en autos a folios veintiuno en el que se ha concluido veintisiete semanas de estado de gestación, más no se describió posibles lesiones características de un ataque sexual, aunado a ello, se debe tener en cuenta que si bien es cierto el acusado no ha rendido su declaración instructiva, éste en su manifestación preliminar dada ante el representante del Ministerio Público el mismo que le da valor probatorio de conformidad a lo prescrito en el artículo 72 segundo párrafo, ha manifestado de manera uniforme y coherente que el día de los hechos esto es veintisiete de marzo del dos mil ocho y no como refiere la agraviada el veintisiete de febrero del mismo año en circunstancia en que se dirigía a jugar fútbol, es que se percató de la presencia de la agraviada a quien se ofreció a acompañarla dirigiéndose por el camino que va a Huillcacocha y que en el transcurso de la caminata iban conversando de sus vidas, llegando su persona a pedirle que sean enamorados propuesta esta que fue aceptada por la agraviada para posterior a ello y ante la propuesta de su persona para mantener relaciones sexuales la agraviada aceptó voluntariamente razón por la cual es que se retiraron a las espaldas de la chacra del señor Torres, lugar en donde mantuvieron relaciones sexuales por espacio de diez minutos esto con consentimiento de la agraviada; versiones estas del acusado que

no han sido enervados con medio probatorio idóneo que nos conlleven a presumir su responsabilidad en el hecho delictivo que se le atribuye más aún si la propia agraviada en su manifestación de fojas siete a diez dada abre el Ministerio Público ha referido conocer al acusado por haber sido su compañero de estudios del colegio de Santa Cruz y haber sido la persona que le practicó el acto sexual contra su voluntad y que la denuncia interpuesta contra el acusado lo ha hecho en razón a que éste a pesar de que le ha comunicado de su estado de gestación no se quiere hacer responsable de su embarazo y no quiere mantenerla llegando incluso a manifestarle que no firmaría a su hijo, relato incriminador que no se encuentra mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del acusado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa aún de carácter periférico que consolide el contenido incriminador; entendiéndose de esta forma que las imputaciones de la agraviada a lo único que conlleven a la juzgadora es a concluir que no existió violencia contra la integridad sexual de la agraviada, debiendo entenderse en tal sentido que las imputaciones realizadas por esta en contra del acusado han sido con la única intención de atribuirle responsabilidad penal que en autos no está acreditada, aunado a ellos se evidencia que en autos no existen medios de prueba suficientes que acrediten la responsabilidad penal del acusado, y la sindicación que hace referencia el agraviado no está acompañado de medio probatorio contundente que corrobore su versión y las que obran en autos resultan absolutamente insuficientes para determinar responsabilidad penal del acusado; debiendo tenerse presente para el caso de autos la reiterada

INTERPRETACIÓN

Este párrafo de la resolución transcrita, precisa los argumentos por las cuales se procede a la absolución al acusado.

Pero es de resaltar, que no bastan la presentación de los hechos, sino la pertinencia y utilidad de los medios probatorios actuados, los mismos que deben ser valorados en conjunto.

En este caso, el razonamiento del juzgador gira en torno a la relación causal que habría entre el hecho de incriminado y la gestación (producto de la violación). Al respecto, debemos precisar que si bien compartimos con los argumentos de la A Quo; sin embargo, hubiera sido útil la explicación y argumentación respecto a la validez, pertinencia y fuerza probatoria de los medios probatorios actuados.

Pero lo más importante, era ordenar o llevar a cabo en su momento las pericias psicológicas o psiquiátricas, los mismos que nos conduzcan a conocer mejor los hechos, pero principalmente la personalidad de los involucrados en los hechos de violación. Si el sujeto activo no realizó las imputaciones, entonces, la supuesta víctima miente. Por otro lado, si la víctima dice la verdad, entonces, el imputado miente. Para eso era importante una pericia la psicológica cuando menos.

vii) “... TERCERO.- Que, actuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, tanto en la etapa prejurisdiccional como durante los períodos de la instrucción y el contradictorio oral, ante el juzgado penal y la sala superior respectivamente, se aprecia que no se ha llegado a determinar con la suficiencia que el caso amerita la responsabilidad penal del encausado Valeriano Flores Figueroa por el ilícito que se le incrimina; ya que si bien es cierto, la menor

agraviada le indica el hecho de haberla violado sexualmente introduciéndole su miembro viril por la vía vaginal y anal, tal aseveración se contradice con las afirmaciones del perito Médico Legista Jethro Flores Ugarte en la diligencia de ratificación pericial realizada a nivel de juicio oral, en el que señaló que el desgarramiento completo antiguo a las dos horas, señalado en el Certificado Médico Legal “*..no ha sido ocasionado por un pene sino por un agente cortante o por pene no superior de un centímetro de calibre es decir de un niño, descartándose que haya sido ocasionado por un pene de persona adulta, pues el calibre de un pene adulto está entre dos a dos punto cinco centímetros, entonces no es ocasionado por un órgano sexual adulto, pues de lo contrario no solamente afectaría la vagina sino también el ano por la edad de la agraviada, por tanto no es definitivamente ocasionada por pene de adulto, ya que no es posible anatómicamente ni funcionalmente que un pene adulto ingrese al órgano sexual femenino de una niña de siete años*”; que de otro lado, refirió que es imposible que el encausado haya podido introducir su miembro viril por la vía vaginal y anal, conforme es de apreciarse a fojas cuatrocientos diecisiete. CUARTO. - Que dicha versión del médico legista se corrobora con el oficio dirigido por el Instituto de Medicina Legal de Huaraz, en el que comunica que el resultado del examen ectoscópico del miembro viril del encausado Valeriano Flores Figueroa presenta dimensión de calibre del pene tres puntos cinco centímetros sin erección...”⁹¹.

⁹¹ Sentencia emitida por Sala Penal Liquidadora de Huaraz, expediente N° 2010-1018, siendo imputado el señor Valeriano Flores Figueroa, en agravio de MSRE, por el delito de violación de la libertad sexual.

INTERPRETACIÓN

Podría ser pertinente discutir la dimensión del miembro viril del sujeto activo; sin embargo, es importante y hasta imprescindible una pericia psicológica y psiquiátrica al imputado y la víctima. Hay dos posibilidades: una de ellas miente respecto a los hechos materia de juicio oral. Para eso las pericias antes mencionadas son importantes o eran importantes.

En este caso particular, no se ha advertido una actuación pericial como lo es materia de investigación y, por ello mismo, nos genera insatisfacción en el sentido de que se continúe con la impunidad.

VI. DISCUSIÓN

El Profesor José Ignacio Cafferata Nores en su conocida obra “La Prueba en el Proceso Penal”, descompone a la prueba para su conceptualización en cuatro aspectos, elemento de prueba, órgano de prueba y medio de prueba, otorgándole la preeminencia de prueba propiamente dicha al elemento de prueba, diciéndonos que “es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”.

Surge notoria la característica de objetividad y legalidad que otorga el autor al elemento de prueba, centrándolo en que únicamente puede producirlos el mundo externo a la internalización mental del juez, desvalorando los conocimientos privados sin acreditación objetiva.

Para la consecución del norte del proceso en la búsqueda de la verdad, para la realización o aplicación en el caso concreto de la norma penal sustantiva, el juzgador necesita asociar una tarea multidisciplinaria, en tanto las reglas de la sana crítica, exigen que el juez resuelva la controversia puesta a su conocimiento, con logicidad en su razonamiento, fundándolo en su propia experiencia intuitiva racional, que le fuera formada por la vida diaria generalizada, en su especificidad en la materia que cultivó para el desempeño de la magistratura y con la asistencia de las ciencias que le aporta el proceso para la investigación de la verdad.

Esta cuestión es una condición necesaria para una decisión justa dentro de un debido proceso legal. Pero también indispensable, cuando se trata de legitimar su decisión; pues no basta con argumentos supuestamente interrelacionados; sino lo

trascendente es que esa decisión tenga racionalidad y, pueda ser entendido por los actores y la ciudadanía en general. Solo así se puede aseverar que la justicia llegó.

El órgano judicial a cargo de la investigación judicial, entonces tiene el deber de instrumentar los medios de prueba para introducir el elemento probatorio con carácter científico, y debe procurar los aportes que las partes, en el ejercicio del poder de persecución, o de excepción en el proceso penal, ofrezcan como elementos de convicción, informes, pericias, etc., realizadas por profesionales expertos en cada materia y que se encuentran relacionadas a probar todas o algunas circunstancias del objeto del proceso.

Nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940 exigía, por ejemplo, que en caso de muerte dubitable debe ordenarse la autopsia, ésta debe estar a cargo de profesionales en el arte de la medicina, a fin de obtener el dato científico de la causa de la muerte, naturaleza de las lesiones, elemento productor, extracción de órganos del cadáver para determinación de otras pericias, como el análisis químico de las mismas, etc.

Así, para cada delito, establece que deben ordenarse pericias a los efectos de determinar circunstancias de producción del hecho, no estando limitado el juez o el Ministerio Público, ordenar se realicen todas las operaciones técnicas y científicas que crea convenientes.

Estas operaciones técnicas siempre deben estar a cargo de quién tiene conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, debiendo tener los peritos título habilitante en la materia pertinente respecto de la cual fue convocado al proceso. Es saludable recordar, que el experto es el profesional que realiza la

pericia, etc. y que el juez no puede asumir el rol de perito en el proceso, en tanto estaría desvirtuando su rol de juzgador imparcial, teniendo la facultad, de controlar sobre la veracidad de las conclusiones, contrastadas con los demás elementos probatorios y opiniones de demás profesionales que depongan como peritos o testigos, controlando la actualidad del método científico que consignó el profesional para su comprobación empírica.

En la actualidad, la prueba científica es la prueba más importante que pueda ser incorporada en el proceso penal para la confirmación de un hecho, características de una cosa o constitución material de elementos orgánicos que estén relacionados con el hecho objeto del proceso.

La prueba científica es la resultante de obtener un elemento probatorio que pueda ser ingresado al proceso de forma legal y pertinente mediante una investigación científica concreta. El resultado de la investigación científica es el conocimiento científico, el cual es definido por Mario Bunge como *“aquel que reúne las cualidades de racional, sistemático, exacto, verificable y falible”*.

Es decir que la prueba realizada por peritos en distintas disciplinas que se requiera su participación; para que adquiera el carácter de científico, la investigación, y sus conclusiones deben ser verificables empíricamente mediante el método científico que utilizó.

Dejando aclarado que ello resultará sin impedimento en las ciencias denominadas fácticas o experimentales, como la física, química, biología, etc., no sucediendo lo propio en las ciencias humanas, como la sociología, medicina, psicología, historia etc.

La verificación en las ciencias, se obtiene mediante estadísticas, y cuando ellas demuestran un alto índice de aciertos podemos considerar que el conocimiento y estudio merece el calificativo de científico; a ello debe agregarse el reconocimiento posterior de lo que se podría denominar la comunidad científica. Es suficiente un alto grado de resultados estadísticos que corroboren las conclusiones elaboradas.

En cambio, en las ciencias fácticas o experimentales una sola comprobación que no concuerde con los enunciados puede destruir un gran número de comprobaciones que lo confirmen.

Sobre el avance del conocimiento científico que venimos mencionando, contrapuesto a la data de la vigencia de nuestro código de procedimientos penales, en éste no se consigna el examen de ADN como prueba pericial para determinar la identidad de las personas, en razón de que para esa época este conocimiento científico era desconocido, en tanto el genoma humano no era descodificado. Hoy los tiempos han cambiado, pero también los conocimientos científicos pueden aproximarse con mayor precisión a la realidad que buscamos o pretendemos contrastar.

Es necesario recordar, lo esgrimido por el Tribunal Constitucional del Perú⁹²: “Este Colegiado aprecia también que detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace *in vivo* el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente EXP. N.º 00227-2011-PA/TC, LAMBAYEQUE, RENZO FABRIZIO MARIANI SECADA, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00227-2011-AA.html>

reconozca su personalidad jurídica (Cfr. STC N° 02432-2005-PHC, Fundamento 4), derecho éste que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación de parte o de oficio de la prueba de ADN; razón por la cual la actuación de esta prueba no puede estar circunscrita o limitada en su uso a un único y específico proceso judicial (como alega el recurrente), sino que, por el contrario, su actuación corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad), pues el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicos y atípicos), los cuales tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188° del Código Procesal Civil). Por ello, resultaría un despropósito, y constituiría un acto vulneratorio del derecho a la prueba, restringir el uso de ciertos medios de prueba, como, por ejemplo, el de ADN a un solo proceso judicial, y excluir la posibilidad de su uso en otros procesos judiciales, aun a sabiendas de la pertinencia, idoneidad, utilidad y licitud para resolver la pretensión demandada. Y es que en el ordenamiento procesal la competencia judicial por la materia viene establecida por las pretensiones que se plantean en la demanda, y no por la cualidad de los medios probatorios que se ofrecen en ella”.

En el presente caso, partimos de la necesidad de que un perito psiquiátrico y un psicólogo participe en los procesos penales por el delito de violación, principalmente cuando se trata de menores de 14 años, el mismo que ha sido nuestra realidad problemática.

La primera premisa a tener en cuenta es que quien comete o es partícipe en el delito de violación (en general, pero en especial contra menores de edad) no es un ciudadano en el uso de todas sus facultades. Tiene o tuvo algunas perturbaciones de su personalidad u otros que conllevó a la comisión del delito de violación. Si el Juez simplemente emite sentencia sin tener en cuenta este examen al imputado, acusado o sentenciado, a nuestro criterio se estaría actuando de manera tangencial; pues lo que se requiere es saber cuál o cuáles son las motivaciones del actor principal para participar en este hecho tan deleznable. Pero el Juez solo, sin el auxilio de profesionales especializados para ello, no puede llegar a este extremo. Aquí es donde surge la necesidad para un examen pericial psiquiátrico del sujeto activo del delito. Tampoco se puede negar este examen o pericia a la víctima. Pues ésta última también puede coadyuvar a la realización del hecho delictivo.

Con la finalidad de saber esta primera aseveración, nos acercamos a los abogados penalistas, quienes, por su experiencia, vinculación directa con estos procesos también tuvieron la oportunidad de emitir su opinión.

Así, la primera interrogante fue: ¿A su criterio son imprescindibles las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años de edad? La respuesta fue sorprendente, pues la mayoría, es decir, el 40% señaló que no era importante. Estos resultados, puede tener dos interpretaciones: O el abogado está actuando condenando a priori un hecho tan dramático como la violación o, simplemente desconoce su importancia. Este comentario no desmerece la opinión del 35% de los encuestados que dijeron que sí.

Pero el resultado precedente, también corrobora nuestra inicial hipótesis, pues si los abogados – técnicamente mejor preparados frente al ciudadano común-, no le dan

la importancia debida, entonces, simplemente se está actuando bajo el parámetro que pone el Ministerio Público, que es el acusador en este caso. Este hecho, denota un perjuicio a los imputados y también a la sociedad; pues de actuarse la pericia psiquiátrica y psicológicas, puede conllevar a no imponer una pena privativa de libertad, sino una medida de seguridad, que podría ser el más adecuado atendiendo a la personalidad del condenado.

La siguiente interrogante estuvo dirigida a saber lo siguiente: ¿A su criterio se valoran adecuadamente las pruebas psiquiátricas y psicológicas, actuadas en los procesos de violación sexual a menores de 14 años? El 50% dijo que no y el 20% dijo que sí. De esto podemos inferir que la mayoría sostiene que los magistrados no valoran como corresponde las pruebas periciales de carácter científica que se actúan. Estas pruebas a mi criterio son importantes, pues puede llegarse a la conclusión de que el imputado no requiera una pena de privación de la libertad, sino una medida de seguridad o, en su defecto si bien puede estar privado de su libertad, pero requiere un urgente y permanente tratamiento psiquiátrico.

Pero en este caso, ya no se trata de la actuación de una pericia; sino de su valoración. Este procedimiento (el de valoración), es de trascendental importancia. El Juez y las partes procesales interesados, tienen la obligación de tener una visión crítica. No basta con actuarlas, sino de valorarlas en su real y fáctica dimensión. De lo contrario, se convierte en un formalismo irrelevante.

La otra interrogante a nuestros encuestados fue: ¿A su criterio son importantes la valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas en la emisión de las sentencias por el delito de violación sexual a menor de 14 años? El 35% señaló que no, mientras que el 25% precisó que sí. De estos resultados podemos deducir que

se valora la importancia de una prueba como estas, pero además exigen que se valore en su oportunidad.

Si hacemos una comparación de los resultados, se tiene que hay una mayoría simple que aventaja muy poco a los que niegan la importancia. De esta premisa, podemos concluir que no hay unanimidad sobre la importancia de la pericia psiquiátrica y psicológica a sujetos activos acusados por el delito de violación a menor de 14 años de edad. Lo ideal es que haya unanimidad y, ello no se advierte de los resultados; en consecuencia, está acreditada nuestras hipótesis.

A continuación, realizamos la siguiente interrogante: ¿Ud. Cree que influyen, la preparación académica de los magistrados, los abogados, entre otros en la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de violación sexual a menores de 14 años? El 35% precisó que no y el 30% señaló que sí. Estos resultados, nos llevan a inferir que los abogados en su mayoría sostienen que los hechos precedentemente descritos se suscitan por los problemas de falta de conocimiento.

Aquí advertimos un empate entre los que dicen sí y no. Primero, es verdad que, para aceptar y posteriormente aceptar una pericia especializada, hay que tener ciertos conocimientos, por lo menos generales. De lo contrario, no tendrá relevancia esa prueba. Por otro lado, no basta aceptar de su necesidad; sino también de la interpretación correcta de dichos resultados. De lo contrario, las buenas intenciones quedan en ello.

Otra interrogante importante que realizamos fue el siguiente: ¿A su criterio la correcta valoración de las pruebas psiquiátricas y psicológicas, en los procesos de

violación sexual a menores de 14 años influiría en la determinación de la pena? En su mayoría contradictoriamente a lo antes señalado, dijo que sí; es decir, el 38% de los encuestados, mientras que el 22% anticipó que no.

Precisamente esa incoherencia, nos preocupa, pues mientras por un lado no se da importancia real a las pericias; pero sí saben que ello influye en la determinación de la pena.

Debe tenerse en cuenta que una pericia no es vinculante indubitablemente, sino por el contrario, es ilustrativa; es decir, por ser especializado orienta mejor la decisión que debe tomar el Juez. Pero ello no significa que esté exento a críticas, a exigencias de imparcialidad, probidad y profesionalismo. Precisamente por eso y como garantía existe el examen de peritos, momento en el cual se solicita aclaración, ampliación o explicación técnico-científico de su pronunciamiento.

Estando a lo antes señalado, tenemos que nuestra hipótesis inicial; es decir, de la falta de actuación de las pericias psicológicas y psiquiátricas en nuestro universo de estudio, está relacionada al aspecto cognoscitivo, escasa preparación académica de los magistrados, los abogados y la falta de especialistas en psiquiatría y psicología penal. Esta hipótesis ha quedado ampliamente corroborada, es decir, probado con suficiencia.

Por otro lado, de los resultados hemos obtenido que la falta de preparación o conocimientos de los sujetos procesales; especialmente del magistrado y los abogados, está permitiendo en la práctica judicial, prescindir de las pericias psicológicas y psiquiátricas. Estas son fundamentales (las pericias), no solo para

individualizar la vinculación del acusado con los hechos, sino también para determinar el ámbito de la culpabilidad y finalmente señalar el quantum de la pena.

La consecuencia lógica de estas omisiones, conlleva a la determinación arbitraria de la pena. Probablemente, se esté imponiendo pena a los que merecen medida de seguridad; es decir, a sujetos no culpables.

Otra consecuencia de la omisión de estas pericias psicológicas y psiquiátricas, podría ser la inobservancia de la prevención. Pues quienes tienen anomalías psiquiátricas tienen que ser tratados de manera especial y, no ser confundidos con los demás sujetos criminales. No por misericordia, sino por prevención general, pues siempre hay la posibilidad de que vuelva a incurrir en ilícito penal en caso de que no supere sus anomalías detectadas o no.

Finalmente, ¿son importantes las pericias científicas, entre ellas las pericias psiquiátricas y psicológicas? Evidentemente que sí. No solo para casos de violación de la libertad sexual; sino también para todo hecho que requiere ser dilucidado no solo con buen criterio, sino con apoyo de la ciencia.

VII. CONCLUSIONES

Después de haber desarrollado el presente trabajo, he podido llegar a las siguientes conclusiones:

- 1.- El proceso persigue conocer los hechos. Pero esta búsqueda no se orienta a encontrar la realidad histórica, pues ello es imposible. Se busca aquella realidad que se corresponda con los hechos, que se aproxime a las circunstancias donde se suscitaron los hechos. Para ello la ciencia procesal penal ha desarrollado distintos mecanismos para lograrla: Los medios probatorios.
- 2.- Que, los medios probatorios son (en su acepción procesal), aquellas que te permiten corroborar las hipótesis incriminatorias, solo limitados por otros derechos y garantías constitucionales de igual o superior valor.
- 3.- Las pericias de cualquier índole, naturaleza o clase, son necesarias y hasta indispensables en todo proceso penal, más cuando, se trata de averiguar la realidad sobre los hechos e interrelacionar con sus consecuencias. Son medios probatorios si han ingresado al proceso con las formalidades y garantías que se exige para ello.
- 4.- Cuando se juzga y determina la responsabilidad penal de los sujetos acusados por el delito de violación sexual a menores de 14 años, deviene en obligatorio la realización de pericias psicológicas y psiquiátricas a los dos participantes del hecho: Al sujeto activo para determinar su salud mental (en el momento del hecho) y luego incriminar, más cuando se tiene en cuenta que la culpabilidad es la base de la pena. Y por lado, a la víctima para determinar el rol jugado en

la realización del hecho (competencia de la víctima, autopuesta en peligro, etc., que son categorías que exige la imputación objetiva).

- 5.- En nuestra práctica judicial actual (partiendo de nuestro universo de estudio), se viene prescindiendo de las pericias psicológicas y psiquiátricas, debido a factores cognoscibles siguientes: Falta de profesionales, especialmente psiquiatras y, desconocimiento de nuestros operadores jurídicos, especialmente abogados y magistrados. Ello conlleva finalmente a decisiones arbitrarias, que al final no coadyuvan a controlar la criminalidad, sino probablemente a ahondarla; como se ha podido advertir en las encuestas desarrolladas.
- 6.- Esta omisión culposa o dolosa de los que administran justicias, conlleva estamos seguros a una decisión arbitraria. Un estado que se precia de ser de derecho, no puede amparar esta circunstancia u omisión.

VIII. RECOMENDACIONES

- 1.- Implementar al departamento de Medicina Legal del Ministerio Público con peritos especializados en psicología y psiquiatría. Para ese cumplimiento, debe realizarse una labor de gestión conjunta; toda vez que su inexistencia genera consecuencias funestas a la administración de justicia penal.
- 2.- Promover entre los operadores judiciales, en especial a aquellos vinculados por su labor a juzgar e investigar los delitos de violación sexual a menor de 14 años, la necesidad de la realización de pericias psicológicas y psiquiátricas, como un mecanismo de conocer mejor los hechos y determinar con objetividad las consecuencias del delito. Para ello deben realizarse actividades académicas, empezando por divulgar este pequeño trabajo de investigación.
- 3.- Tratar de especializar a los magistrados y abogados penalistas en criminalística; pues a partir de ella, se puede apreciar mejor la importancia de las pericias psicológicas y psiquiátricas. Para ello sería importante que se establezca como requisito para ser Juez Penal una especialización en criminalística.
- 4.- Publicitar que también existe una consecuencia jurídica del delito: La medida de seguridad, que está destinado para sujetos que han cometido delito, pero no son culpables. Hay la creencia de que el sujeto que cometió un delito debe ser privado simplemente de la libertad.
- 5.- Realizar a través de los entes administradores de justicia, capacitaciones, cursos, diplomados sobre pericias psicológicas y psiquiátricas, comprometiendo para ello a otras entidades del Estado, sociedad civil y profesionales en el derecho.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **ANGULO MORALES Marco Antonio** (2012) “El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano”, Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú.
- **CHAIA A. Rubén.** (2010) “La Prueba en el Proceso Penal”. Editorial Hammurabi, Argentina.
- **CAFFERATA NORES.** (1998) “La Prueba en el Proceso Penal”, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- **CHIRA VARGAS MACHUCA, Félix.** (2005) “Indicio, prueba indiciaria y pericias criminales”, Editorial Jurídica Grijley. Lima Perú.
- **CLAUS ROXIN.** (1976) “Sentido y Límites de la Pena Estatal, en Problemas Básicos de Derecho Penal”, Trad. Luzán Peña, Edit. Reus S.A., Madrid.
- **FEDERICO NIETZCHE.** (1952) Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina.
- **FLORES NEYRA, José Antonio.** (2010) “Manual del Nuevo Proceso penal & de Litigación Oral”. Editorial Moreno S.A, Lima Perú.
- **GARCÍA CAVERO, Percy.** (2010) “La Prueba por Indicios”, Editorial Reforma. Perú.
- **GOMERO CAMONES, Guillermo y otros.** “Proceso de la Investigación Científica”. Fakir Editores, Lima Perú.

- **HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros.** “Metodología de la Investigación”, México. Edit. McGraw Hill, 1998.
- **KANT ENMANUEL.** (1994) “Crítica de la razón práctica”. Editorial Sudamericana. Buenos Aires.
- **MARCONE MORELLO, Juan.** (1995) “Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares”.
- **MIXÁN MASS, Florencio.** (1995) “Prueba indiciaria Carga de la prueba”. Ediciones BLG. Trujillo.
- **MUÑOZ CONDE, Francisco.** (2000) “Derecho Penal Parte General”. Valencia España.
- **SANCHEZ VELARDE, PABLO** (2004). “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. Lima – Perú, editorial IDEMSA.
- **SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR** (1999). “*Derecho Procesal Penal*”. Primera edición, primera reimpresión. Lima-Perú, editorial GRIJLEY.
- **SOLÍS ESPINOZA, Alejandro.** (2001) “Metodología de la Investigación Jurídico Social”. Editores ByB, Lima Perú.
- **TAFUR PORTILLA, Raúl** (1995). “*La tesis universitaria*”. Lima-Perú, editorial Mantaro.
- **TAMBINI DEL VALLE, MOISÉS** (1996). “*La prueba en el proceso penal*”, Lima- Perú, JUS EDITORES.

- **TALAVERA ELGUERA, Pablo.** (2009) “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal- Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas”. Academia de la Magistratura.
- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.** (2005) “Diccionario de la Lengua Española”. Vol. II, Edit. S.A.C, Lima Perú.
- **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe** (2006). “*Derecho Penal – parte general-* “, Lima-Perú, editorial GRJLEY, Lima.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl** (2000).” *Derecho Penal- parte general-* “, Buenos Aires-Argentina, editorial EDIAR.
- **ZAVALA, Abel Andrés** (1999). “Proyecto de investigación científica”. Lima-Perú, editorial San Marcos.