



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"**

---

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA  
LIBERTAD SEXUAL DE MENORES DE EDAD EN LA  
PROVINCIA DE HUARAZ, AÑOS 2008 – 2010**

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

**VILMA MARINERI SALAZAR APAZA**

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz – Perú

2016

Registro N° T0492

## **MIEMBROS DEL JURADO**

**Magister Florentino Obregón Obregon**

**Presidente**

---

**Doctor Luís Wilfredo Robles Trejo**

**Secretario**

---

**Doctor Elmer Robles Blacido**

**Vocal**

---

**ASESOR**

**Doctor Elmer Robles Blacido**

## **AGRADECIMIENTO:**

**Un agradecimiento singular al doctor  
Elmer Robles Blácido, que como mi  
Asesor de tesis, me ha orientado,  
apoyado y corregido, en  
mi investigación, con todas las  
expectativas, que como alumna  
deposité en su persona.**

## **DEDICATORIA**

A Dios,

A mis padres,

A mis hijos y

A mi esposo.

## INDICE

Resumen.....	viii
Abstrac .....	ix
<b>I.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
Objetivos .....	3
Hipótesis .....	3
Variables .....	4
<b>II.- MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>6</b>
2.1.- Antecedentes.....	6
2.2.- Bases teóricas .....	10
2.2.1.- Teoría de la prueba .....	10
2.2.2.- Teoría de los delitos de violación sexual .....	25
2.2.3.- Teoría del sistema de valoración probatoria en el proceso penal .....	28
2.2.4.- Teoría de los principios de la prueba .....	35
2.3.- Definición de términos .....	44
<b>III.- METODOLOGIA .....</b>	<b>46</b>
3.1.- Tipo y diseño de investigación .....	46
3.2.- Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico .....	46
3.2.1.- Población.....	46
3.2.2.- Muestra.....	46
3.3.- Instrumentos de recolección de información.....	47
3.4.- Plan de procesamiento y análisis de estadístico de la información .....	48

<b>IV.- RESULTADOS</b> .....	<b>50</b>
<b>V.- DISCUSIÓN</b> .....	<b>77</b>
<b>VI.- CONCLUSIONES</b> .....	<b>89</b>
<b>VII.- RECOMENDACIONES</b> .....	<b>91</b>
<b>VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>92</b>

## RESUMEN

El propósito principal de la presente investigación fue determinar en qué medios de prueba directa o indirecta se sustenta el juicio, raciocinio y valoración probatoria en los delitos de violación sexual de menores de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010. Investigación Socio-Jurídica y básica, Descriptivo-Explicativo, se ha usado el método de argumentación jurídica, el exegético y la hermenéutica, para explicar no solo los resultados, sino básicamente para la discusión, donde se ha realizado una confrontación entre las hipótesis y los resultados, la muestra estuvo conformada por 113 abogados penalistas, 14 magistrados y 08 expedientes. Los instrumentos usados para la recolección de la información fueron la encuesta estructurada y semi estructurada, fichas de registro e investigación. Se aplicó el programa estadístico SPSS (Statistical Package for the Social Sciences). De este programa solo se usó la operación de estadística descriptiva, usando el subprograma Breakdown. Se presenta como resultados que en las sentencias por los delitos de violación sexual no privilegian, menos exigen la actuación de medios probatorios, como: pericia psicología y la pericia psiquiátrica los mismos que son indispensables para imputar responsabilidad penal al sujeto activo del delito, quién actúa culpablemente. Del trabajo desarrollado, existe una conclusión esencial, la no exigencia de la pericia psicológica y psiquiátrica a los procesados por el delito de violación sexual, no permite aplicar correctamente la consecuencia jurídica del delito: la pena o la medida de seguridad, deviniendo estas en arbitrarias.

**PALABRAS CLAVE:** *Prueba, violación sexual, criminalización, responsabilidad*



## ABSTRAC

The main purpose of the present investigation was to determine in which means of direct or indirect proof is based the trial, rationale and probative value in the crimes of rape of minors in the criminal courts of the province of Huaraz between 2008 To 2010. Socio-Legal Research and Basic, Descriptive-Explanatory, the method of legal, exegetical and hermeneutical argumentation has been used to explain not only the results, but basically for the discussion, where a confrontation between the Hypothesis and results, the sample consisted of 113 criminal lawyers, 14 magistrates and 08 files. The instruments used for the collection of information were the structured and semi-structured survey, registration and research records.

The statistical program SPSS (Statistical Package for the Social Sciences) was applied. From this program only the descriptive statistics operation was used, using the Breakdown subprogram. It is presented as results that in the sentences for the crimes of rape do not privilege, less require the performance of evidence, such as: psychology expertise and psychiatric expertise, which are indispensable for imputing criminal responsibility to the active subject of the crime, who acts Guilty.

From the work developed, there is an essential conclusion, the non-requirement of psychological and psychiatric expertise to those prosecuted for the crime of rape, does not allow to correctly apply the legal consequence of the crime: the penalty or the security measure, making them arbitrary .

**KEYWORDS:** Evidence, rape, criminalization, responsibility

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo que presento obedece a dos criterios o circunstancias especiales: La materialización de un anhelo personal de optar el grado académico de maestro en derecho y, cumplir con las exigencias que nos da la universidad, que por antonomasia, es sinónimo de investigación.

El presente trabajo ha explicado la valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual en los juzgados de Huaraz. Es decir, ha sido un trabajo de investigación centrado en una problemática especial y determinada, pero también actual.

La valoración de la prueba, siempre ha sido un problema central. Por ello es que aparecen distintos criterios o postulados teóricos cuando revisamos la literatura referida a la prueba. En nuestro país, la valoración de la prueba se encuentra mejor desarrollado o prescrito en el Código Procesal Penal, tanto en su configuración, concepción e interpretación. Pero a pesar de ello, aún el problema central no ha sido resuelto. Estoy segura que ello continuará mientras podamos seguir pensando y no hayamos perdido esa capacidad que nos hace diferentes en la naturaleza.

Si bien la doctrina ha dado o pretendido dar varias respuestas, en la práctica diaria de la administración de justicia penal, también se dan esas respuestas y, por ello mismo, esa realidad ha sido el motor o matriz sobre el cual se ha construido el presente trabajo.

A pesar de algunas erróneas interpretaciones existentes (tanto en la doctrina como en la jurisprudencia); entendemos que la valoración de la prueba está bien diseñada, planteada y además es necesaria para hacer más racional las decisiones jurisdiccionales. Pero lo antes señalado, tiene en la práctica diaria de nuestros tribunales o juzgados una interpretación o concepción errada; pues se actúa de diferente manera, por consiguiente, el problema no solo es la figura en sí, sino los criterios de interpretación que se tiene, el mismo que no es uniforme, menos conlleva a precisar mejor este aspecto esencial de la prueba.

El presente trabajo, por razones didácticas y siguiendo el esquema de la Escuela de Post Grado, se ha dividido en cinco capítulos: La primera está referida a la introducción donde se presenta de manera resumida la justificación y el contenido de la misma. El Segundo capítulo, explica el marco teórico, donde desarrollamos y explicamos con amplitud los fundamentos doctrinales de la valoración de la prueba, así como las posturas existentes al respecto. El tercer capítulo, desarrolla la metodología usada en el presente trabajo, con la finalidad de explicar al jurado y los probables lectores cómo se han llegado a recabar las informaciones contenidas en el informe final. El cuarto capítulo, presenta los resultados de la investigación, señalando con precisión la fuente de la misma. El quinto capítulo, desarrolla la discusión, donde confrontamos la relación o correspondencia entre la hipótesis, el problema y los resultados, de donde finalmente llegamos a conclusiones y recomendaciones que contiene el informe final.

El presente trabajo tuvo en su oportunidad los siguientes objetivos:

**a) Problema general**

¿En qué medios de prueba directa o indirecta se sustenta el juicio, raciocinio y valoración probatoria en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010?

**b) Problemas específicos**

a) ¿Existe la motivación al momento de sustentar los argumentos respecto a la valoración probatoria en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010?

b) ¿Es suficiente una prueba o es necesario una pluralidad de pruebas para sustentar una condena en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010?

Atendiendo a los problemas antes mencionados, se plantearon los siguientes objetivos:

**A) Objetivos Generales:**

Determinar en qué medios de prueba directa o indirecta se sustenta el juicio, raciocinio y valoración probatoria en los delitos de violación sexual de menores de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010.

**B) Objetivos Específicos:**

- Averiguar y describir si existe la motivación al momento de sustentar los argumentos respecto a la valoración probatoria en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010.
- Establecer y sustentar si es suficiente una sola prueba o es necesario una pluralidad de pruebas para sustentar una condena en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010.

Por otro lado, teniendo en cuenta siempre los problemas y los objetivos se plantearon las siguientes hipótesis

**Hipótesis general:**

Las declaraciones de las partes, de los testigos y el contenido de los certificados médicos y psicológicos sustentan los argumentos de los magistrados en las sentencias penales sobre el delito de violación sexual de menor de edad en los Juzgados Penales de la provincia de Huaraz, el mismo que constituye un deficiente material probatorio, así como una limitada valoración probatoria al momento de determinar la responsabilidad penal o no.

### **Hipótesis específicas:**

- No existe la motivación al momento de sustentar los argumentos respecto a la valoración probatoria en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010, debido a factores cognitivos, argumentativos y doctrinales respecto a la prueba penal.
- No es suficiente una sola prueba para sustentar una condena en los delitos de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales de la provincia de Huaraz, entre los años 2008 al 2010, pues deviene en necesario una pluralidad probatoria, el mismo que pueda conllevar a enervar la presunción de inocencia de los imputados.

De las hipótesis precedentemente indicadas, también se derivó las siguientes variables:

### **Variables de las hipótesis**

#### **a) VARIABLE INDEPENDIENTE (X).**

Medios Probatorios.

#### **b) VARIABLE DEPENDIENTE (Y).**

Valoración Probatoria en la sentencias.

**OPERACIONALIZACION DE VARIABLES:**

<b>VARIABLES</b>	<b>INDICADORES</b>
<b>V.I.:</b> Medios Probatorios.	<ul style="list-style-type: none"><li>-Concepto.</li><li>-Importancia.</li><li>-Circunstancia de incorporación al proceso.</li><li>-Clases de medio probatorios en el proceso sobre violación sexual.</li></ul>
<b>V.D.:</b> Valoración Probatoria en la sentencias.	<ul style="list-style-type: none"><li>-Sentencia condenatorias.</li><li>-Sentencias absolutorias.</li><li>-Motivación de las sentencias.</li><li>- Cantidad se procesos judiciales por violación sexual a menores de edad.</li></ul>

## II. - MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES

**a) A nivel local.-** Después de la búsqueda o revisión de las tesis para optar el grado de maestro en la Escuela de Post Grado de la UNASAM, no se ha podido encontrar trabajos similares; por lo que considero que el presente trabajo será un aporte novedoso.

Adicionalmente, he tratado de ubicar un trabajo similar o igual en las bibliotecas de las Escuelas de Post Grado de las Universidades Privadas: “ULADEH” y “San Pedro”, “Alas Peruanas” y “César Vallejo” no encontrando mi propósito, por lo que a nivel local es el primer trabajo desarrollado respecto a estos temas.

**b) A nivel nacional.-** He podido verificar las tesis de las Escuelas de Post Grado de algunas universidades del país, especialmente de la ciudad de Lima, siempre en busca de igual o similar información, sin embargo, tampoco ha sido posible encontrar trabajos similares, por lo tanto, el trabajo que pretendo ejecutar es importante. Pero al margen de esta aseveración, es importante resaltar una tesis doctoral, presentado por la Mag. Tapia Vivas Gianina Rosa<sup>1</sup> quien entre sus conclusiones más resaltantes señala, lo siguiente:

- i) Cuando la sindicación de la víctima es uniforme y existen pruebas suficientes de culpabilidad como las pericias médico legales, la partida de nacimiento y la confesión del imputado sobre los hechos, la sentencia es siempre condenatoria.
- ii) Cuando la sindicación de la víctima es contradictoria y existen pruebas suficientes de la culpabilidad, como las pericias médico legales, la partida de nacimiento y la declaración del inculpado es contradictoria, la sentencia esa siempre condenatoria.

---

<sup>1</sup> TAPIA VIVAS, Gianina Rosa (2005). Valoración judicial de la prueba en los delitos de violación de la libertad sexual en agravio de menores de edad. Tesis para optar el grado de doctor en derecho, en: [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/644/1/tapia\\_vg.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/644/1/tapia_vg.pdf), fecha de acceso el 20 de enero del 2015.

- iii) Cuando la sindicación de la víctima es uniforme y no existen pruebas suficientes de la culpabilidad, como las pericias médico legales y la partida de nacimiento que corroboren los hechos delictivos, la sentencia es absolutoria, siempre y cuando existe la negativa reiterada y uniforme de los hechos por parte del inculpado.
- iv) Cuando la sindicación de la víctima es contradictoria y no existen pruebas suficientes de culpabilidad, como las pericias médico legales y la partida de nacimiento, que corroboren los hechos delictivos, la sentencia es absolutoria, siempre y cuando existe la negativa reiterada y uniforme de los hechos por parte del inculpado.
- v) La prueba indiciaria, es relevante porque permite al Juez expresar cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia. También debe hacer explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del mismo acusado. Sin embargo, vemos que se viene omitiendo recurrir a la prueba indiciaria por parte del Juzgador.
- vi) La doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, consideran que, en principio, la declaración de la víctima puede ser eficaz para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que usualmente los delitos contra la libertad sexual, violación de menor, son realizados en situación de clandestinidad, son encubiertos y generalmente ocultos, que impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, por lo tanto hay que resaltar que para fundamentar una sentencia condenatoria, basado solo en la declaración de la víctima, es necesario que se valore expresamente la comprobación de la concurrencia de los siguientes requisitos: inmediatez entre el hecho y la denuncia, sindicación uniforme de la víctima asociada a la existencia de una pericia médico legal, sindicación verosímil, persistente, circunstanciada y ausencia de incredibilidad subjetiva o móvil egoísta.



vii) La libre valoración de la prueba o la actual sana crítica debe tomar en cuenta, tanto la prueba directa, como la indirecta, ya que como una expresión de los jueces de motivar sus fallos, deben explicar cuáles son los indicios que se encuentran acreditados así como los criterios que rigen dicha prueba. Para ello, se requiere que la actividad probatoria se oriente a la obtención, proposición y actuación de ambos tipos de prueba lo que no es una constante en las sentencias analizadas.

Dejo constancia que se puede encontrar estudios parciales, comentarios sobre el tema materia del presente trabajo; es más, he encontrado planteamientos de cuestiones a resolver sobre el problema.

Debo sí dejar establecido que cuando se trata de antecedentes me estoy refiriendo a trabajos de investigaciones similares o relacionadas; sin embargo, de la verificación realizada, conforme he indicado precedentemente no ha sido posible hallar ningún antecedente, razón por la cual no he señalado en forma expresa.

Adicionalmente, debo agregar por su importancia las siguientes fuentes importantes que considero como antecedentes:

Revisadas las bibliotecas especializadas de nuestra localidad, así como algunas de las bibliotecas más importantes de las universidades del Perú, no se ha encontrado información de la existencia de investigaciones similares al tema que me propongo investigar.

Debo dejar establecido que si existen estudios, reflexiones publicadas en revistas de distinta índole, pero con información no sistemática, es decir, dispersa y no uniforme en cuanto a las posturas relacionadas al tema de investigación.

En cuanto al estudio de nuestra realidad problemática, no existe, salvo en las estadísticas oficiales del Ministerio Público.

El tema materia de investigación ha sido tratado de manera doctrinaria en nuestro país, siendo escasos los trabajos existentes sobre esta materia. Sin embargo, es de rescatar trabajos que se refieren al delito de Violación Sexual,

limitándose al contenido del Código Penal Peruano, o sea descriptivo-normativo, más no con una visión de buscar soluciones ante esta problemática;

Así también tenemos trabajos doctrinarios, tratados, manuales y compendios sobre esta disciplina penal, pero que no han tratado de manera sistemática o por lo menos parcial la relación entre el delito de violación sexual y la prueba. Entre estos trabajos cabe destacar a los siguientes:

a) **José Luis CASTILLO ALVA**<sup>2</sup>, quien en su libro *“Los Delitos de Violación Sexual”* (Editorial Gaceta Jurídica) nos hace un análisis sobre los diversos tipos penales subsumidos en el Código Sustantivo, así mismo sistematiza doctrinariamente y con sólidos argumentos la problemática de este tipo de delitos en la realidad socio-jurídica peruana.

b) **Dino Carlos CARO CORIA / César Eugenio SAN MARTÍN CASTRO**<sup>3</sup>, quienes en su obra *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales – Aspectos penales y procesales”* (Editorial Grijley) hacen un estudio pormenorizado de los delitos contra la libertad sexual así como su tratamiento procesal en el sistema jurídico peruano. Señalan que en la doctrina se tiene claro que lo protegido por el Derecho penal sexual no es una difusa moral sexual social, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de mínima intervención del Derecho penal sexual, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual entendida en sentido positivo-dinámico y negativo-pasivo.

c) **Fidel ROJAS VARGAS**, refiere en su obra *“Relevancia penal, a título de calificación, de la Introducción de Objetos por vía sexual o anal”* en: Cuadernos Jurisprudenciales N° 18 (Editorial Gaceta Jurídica) quien hace referencia a nuevos aportes doctrinarios y político criminales en relación a la investigación y tratamiento dogmático de los delitos contra la libertad sexual.

---

2 CASTILLO ALVA, José Luís (2002). Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, primera edición, editorial Gaceta Jurídica.

3 CARO CORIA, Dino y SAN MARTIN CASTRO César (2000). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, primera edición, editoria GRIJLEY.

## **2.2. BASES TEORICAS**

### **2.2.1.- Teoría de la prueba**

#### **A) Antecedentes**

Un adagio latino, por demás evidente, proclama: “*Probatio est demonstrationis veritas*”. (Prueba es la demostración de la verdad). Lo arduo, dada la infinidad de las convicciones humanas, consiste en establecer cuándo está algo demostrado; si bien el problema se reduce en lo procesal, por cuanto la parte triunfa cuando logra que el juzgador admita como real lo que ella afirma o que desconozca lo que ella niega.

Las partidas entendían por prueba la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito. También puede entenderse como prueba el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.

#### **B) Etimología**

Proviene del bajo latín proba,-are “prueba”, postverbal del verbo probō, -are “probar”, denominativo de probus, -a, -um. Este adjetivo significaba originalmente “que marcha recto”, después “bueno, honesto, probó”. El verbo probare, por lo tanto, significaba “encontrar bueno”, de donde “aprobar y probar” y también “demostrar”.

A decir del tratadista Cabanellas<sup>4</sup> acerca de la etimología de prueba; para unos –dice- procede del adverbio probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros, de *probandum*, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, según varias leyes del Derecho Romano.

---

4 CABANELLAS, Guillermo.- “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, 26ª edición, Tomo: IV, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 1998, pág. 497.

### C) Conceptualización:

**Definición.-** Prueba, es todo aquel medio que permite demostrar una afirmación o la realidad de un hecho. Según el *Vocabulaire juridique*, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas o admitidas por la ley. Cuando se ha comprobado que el indicio guarda relación con el delito.

**Diversos Conceptos.-** Las pruebas son los medios por la cual el Juez obtiene experiencias que le sirven para juzgar. Las pruebas son indispensables en todo proceso y sin ellas no puede darse condena alguna. A todo procesado se le considera inocente mientras no se acredite lo contrario y el que aporta la acusación tiene como finalidad destruir esa presunción.

Entre los procesalistas, en opinión de Laurent<sup>5</sup>: “se está ante la demostración legal de la verdad de un hecho”. Ramírez Gronda<sup>6</sup> define la prueba como: “La demostración de la existencia de un hecho físico o jurídico, según las formas y condiciones exigidas por la ley. Son los medios que pueden ser utilizados en juicio para demostrar la veracidad de los hechos sucedidos”. Guillermo Olivera Díaz<sup>7</sup> considera que: “la prueba por excelencia es la indiciaria”. El Dr. Jorge Urquiza Pérez<sup>8</sup> opina: “Probar es un proceso penal, es acreditar la existencia de un hecho y establecer quién es su autor, la verdad es aquella coincidencia del hecho con la noción de que de él tenemos”.

Carnelutti<sup>9</sup> expresa que: “la prueba no consiste en evidenciar la existencia de un hecho, sino en verificar un juicio, en demostrar su verdad o falsedad. Por ello, si un juicio afirma o niega la existencia de un hecho, al evidenciar la verdad o falsedad, se demuestra necesariamente la existencia o inexistencia de aquél”.

---

5 *Idem*, pág. 498.

6 MARCONE MORELLO, Juan.- “*Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares*”, Tomo: III, Lima, Perú, A.F.A. Editores Importadores, 1995, pág. 1757.

7 *Idem*, pág. 1757.

8 *Idem*, pág. 1757.

9 CABANELLAS, G.- Op. cit., Tomo: VI, pág. 498.

El maestro uruguayo, E. J. Couture<sup>10</sup> nos da varias definiciones: “En general, dicese de todo aquello que sirve para averiguar un hecho, yendo de lo desconocido a lo conocido. Forma de verificación de la exactitud o error de una proposición. Conjunto de actuaciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo. Medios de evidencia, tales como documentos, testigos, etc., que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio”.

Florián<sup>11</sup> dice que la palabra “prueba” tiene un sentido poliédrico, es decir, existen varias acepciones que responden a aspectos diversos del mismo concepto. Objetivamente considerada, la prueba sirve para acreditar un hecho conocido. Es decir el Juez se vale de hechos u objetos conocidos para descubrir lo que no conoce. Prueba, es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho. Se amplía esta acepción comprendiendo a los objetos, actividades judiciales, situaciones o realidades de la persona, como es el caso de la inspección ocular, de la corporal, de la pericia, etc. Esta acepción es empleada por Carnelutti y Florián.

Según el tratadista argentino Hernando Devis Echeandía<sup>12</sup>: “Subjetivamente se considera prueba a la convicción que ella produce en la mente del Juez”. El conocimiento logrado por la prueba en el Juez es el resultado de la actividad probatoria. Muchos autores sólo consideran esta acepción subjetiva y para ellos prueba es la verificación de las afirmaciones hechas en el proceso, es decir, es la comprobación de una verdad legal.

Comprendiendo ambos puntos de vista, Devis<sup>13</sup> considera a la prueba: “Como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los delitos probatorios se deducen”.

---

10 COUTURE, Eduardo J.- *“Diccionario Enciclopédico Jurídico”*, Edición Peruana, Lima, Editorial Tipo - Offset, 1990, pág. 323.

11 GARCÍA RADA, Domingo (1984). *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, 8ª edición, Lima, Perú, Editorial Eddili, Pág. 162.

12 *Idem*, Pág. 162.

13 *Idem*, Pág. 162.

Como bien sostiene el Dr. Rubén A. Chaia<sup>14</sup> “la prueba no es un concepto unívoco y puede comprender al menos tres cuestiones:

1.- Indicar el método, proceso, operación o actividad encaminada a comprobar la exactitud de una proposición.

2.- Hacer referencia a los elementos datos, evidencias o motivos que, analizados concretamente al tiempo de tomar una decisión, permiten fundarla o motivarla.

3.- Señalar el resultado obtenido de la actividad, esto es, lo que se tiene probado”.

#### **D) Objeto y Sujeto de la Prueba**

**i) Objeto.-** Todos los hechos relativos al delito deben ser acreditados en el proceso, pues sirven para que el Juez se forme convicción. Es decir, que solamente los hechos pueden ser objeto de prueba. Es más exacto afirmar que los hechos y situaciones de los cuales se derivan consecuencias procesales son el objeto de la prueba.

No solamente se prueban los hechos controvertidos. También requieren probanza los admitidos por las partes. Así por ejemplo, la ley prescribe: la confesión del inculpable no revela al Juez de su comprobación. Como regla general, ningún hecho que no está debidamente acreditado puede servir de fundamento a la decisión judicial. Como el delito constituye una alteración del mundo exterior, el objeto de la prueba será demostrar que esa modificación se ha realizado a consecuencia de un acto del hombre y como resultado de esta acción ilícita, se ha alterado el mundo circundante, causándose perjuicio en la persona o en su patrimonio.

Los hechos a probar comprenden:

- 1.- Actos materiales en que ha intervenido la actividad humana;
- 2.- Los hechos de la naturaleza;
- 3.- Las cosas u objetos del hombre, como son los documentos;

---

14 CHAIA A. Rubén (2010). La prueba en el proceso penal. Buenos Aires-Argentina, editorial Hamurabi, Pág. 27.

4.- Los estados o hechos psíquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder.

Lo son de prueba, en los juicios civiles y penales, los hechos controvertidos y solamente los hechos; ya que el Derecho no es objeto de prueba, si bien origina algo similar a través de la interpretación de las leyes, y sin olvidar que, aún fuente del Derecho, la costumbre, especialmente si es local, exige prueba, cual un hecho más. Además, ha de relacionarse con los hechos fijados definitivamente por cada parte y que no hayan sido llanamente confesados por aquella a que perjudiquen, o no impugnados, en cuyo caso el silencio permite establecer al juzgador la prueba de lo no rechazado. Por ejemplo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha declarado que no es necesario recibir a prueba un pleito cuando las pretensiones planteadas en el mismo son meramente de Derecho, aun cuando una de las partes haya ofrecido prueba condicional de las mismas. Tampoco han de justificarse todos los hechos aducidos, sino solamente los dudosos o controvertidos.

Resumiendo esta postura, se ha señalado que el objeto de prueba nos permite verificar qué se puede probar en el proceso penal, es el *thema probandum* y como tal, impide o habilita la comprobación, siendo tarea del acusador fijarlo, marcando el terreno en donde se librará el combate judicial<sup>15</sup>.

Adicionalmente, se agrega que bajo esta premisa, podemos señalar que los hechos contenidos en las hipótesis controvertidas son el único objeto posible de prueba y que toda actividad debe estar orientada a declarar la existencia o inexistencia de una cuestión fáctica contenida en el enunciado sometido a investigación. A partir de allí deberán determinarse además las circunstancias que califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y extensión del daño causado, debiendo dirigirse además a individualizar al a los autores, cómplices, instigadores del hecho, verificando sus datos personales y condiciones de vida<sup>16</sup>.

---

15 CHAIA A. Rubén (2010). La prueba en el proceso penal. Buenos Aires-Argentina, editorial Hamurabi, Pág. 59.

16 Ob. Cit., Pág. 60-61.

**ii) Sujeto.-** Sujeto activo es quien introduce la prueba en el proceso. Conforme al Código de Procedimientos Penales, sólo el Juez puede ordenar la incorporación de determinada prueba en la instrucción. Su ofrecimiento puede ser hecho por el inculpado, el Ministerio Público, y la parte civil, pero corresponda al Juez ordenarlo.

García del Río<sup>17</sup> define a la prueba desde un punto de vista unitario, elaborado en base a su relación con la actividad procesal; siendo así, nos dice que la prueba en el proceso penal es la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente en el juicio oral.

## **E) Valoración de la prueba**

### **E.1.- Concepto**

Devis Echeandía señala que "por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido"<sup>18</sup>. A su vez el Dr. Paul Paredes indica que: "La apreciación o valoración es acto del juez consistente en medir la eficacia probatoria de cada medio de prueba, o de su conjunto, según el precio o valor que le asigna la ley o le otorgue el juez, en relación al grado de convicción que permita generar certeza en el juez de la ocurrencia del hecho a probar"<sup>19</sup>. Sobre el tema Carrión Lugo refiere que: "Podemos sostener válidamente que la apreciación y valoración de los medios probatorios constituye la fase culminante de la actividad probatoria. Es el momento también en que el Juez puede calificar con mayor certeza si tal o cual medio probatorio actuado tiene

---

17 GARCÍA DEL RÍO, Flavio. - *La Prueba en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Legales / Editorial San Marcos. Jesús María - Lima, 2005, pág. 69.

18 DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000, pág. 141.

19 PAREDES, Paul. Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral. ARA Editores. 1ª Edición. Lima, 1997, pág. 305



eficacia para convencerlo sobre los hechos alegados y si ha sido pertinente o no su actuación en el proceso"<sup>20</sup>.

Por su parte desde el ámbito penal, el Dr. Chaia, sostiene que “La valoración de la prueba es una operación de corte intelectual que tiene por objeto establecer la eficacia o valor convictivo que le serán asignados a los elementos de prueba incorporados al proceso. En todo momento las pruebas son evaluadas, las valora el fiscal y la querrela al momento de requerir la elevación de la causa a juicio y también al tiempo de acusar, el defensor al oponerse al juicio y al pedir absolución de su ahijado, el juez al decidir la situación de mérito como también cuando resuelve elevar una causa a juicio, y allí precisamente es el tribunal el que hará la valoración final”<sup>21</sup>.

## **E.2.- La Función Valorativa**

Como se ha mencionado la valoración de la prueba es efectuada por el Juez, quien debe tener presente tres aspectos, en primer lugar tendrá que percibir los hechos a través de los medios probatorios, los cuales en este sentido pueden ser directos, esto es, el Juez se encuentra en contacto inmediato con el hecho a probar, como sucede con la inspección ocular. En segundo lugar, el Juez deberá efectuar una representación o reconstrucción histórica de los hechos en su conjunto, en este caso además de utilizar los medios directos puede emplear los medios indirectos, los cuales sólo proporcionan datos, a partir de los cuales el Juez elabora un argumento para deducir la existencia de un hecho, como ocurre con los indicios. En tercer lugar, el desarrollará una actividad analítica o de razonamiento mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos.

## **E.3.- Sistemas para la valoración de la prueba**

### **i) Sistema de la tarifa legal**

También es conocido como el sistema de la prueba tasada o de la prueba legal, en el mismo se establece la obligación del Juez de mensurar la eficacia probatoria

---

20 CARRION LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editora Jurídica GRIJLEY. 1º Edición. Lima, 2000, pág.52.

21 CHAIA, Ruben A. (2010). La prueba en el proceso penal. Buenos Aires-Argentina, editorial Hamurabi, pág. 135.

del medio de prueba indicado, según el valor que previamente se ha asignado por la norma jurídica. Devis Echeandía refiere que este sistema sujeta "al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba..."<sup>22</sup>. Al respecto Carrión Lugo refiere que "la ley le atribuye un valor a determinado medio probatorio y el Juez no tiene otro camino que admitirlo así. En este sistema la actividad del Juez se hace mecánica, en donde el juzgador se encuentra impedido de formarse un criterio personal sobre los medios de prueba y, consecuentemente, sobre los hechos acreditados, encontrándose eventualmente obligado a aceptar valoraciones en contra de su propio convencimiento razonado"<sup>23</sup>.

Las desventajas que tiene este sistema según Devis Echeandía son de tres tipos:

- a) Mecaniza o automatiza al Juez, impidiendo que forme un criterio personal, y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado;
- b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de un simple apariencia formal, esto es no permite la búsqueda de la verdad real;
- c) Genera un divorcio entre la justicia y la sentencia, ya que se otorga preeminencia a fórmulas abstractas en desmedro de la función primordial del derecho de realizar la armonía social mediante una solución que responda a la realidad y que haga justicia.

## **ii) Sistema de la libre apreciación de la prueba**

Este sistema también es conocido como el sistema de apreciación razonada, el libre convicción o de la prueba racional. Al respecto Carrión Lugo nos dice que en este sistema "el juzgador tiene libertad para apreciar las pruebas actuadas de acuerdo a las reglas de la lógica, a las reglas de la experiencia, a su propio criterio racional de apreciación, a su observación crítica, a sus propios

---

22 DEVIS ECHEANDIA, Hernando....Op. Cit. 64.

23 CARRION LUGO...Op. Cit., pág. 52-53.

conocimientos psicológicos y alejado, naturalmente, de la arbitrariedad"<sup>24</sup>. De su lado, Paul Paredes indica que: "El sistema de la libre apreciación es aquel por el cual el juez mide la eficacia probatoria de cada medio de prueba, o de su conjunto, guiado por las reglas de la sana crítica, auto conformando su propia convicción que le permita sentar por ocurridos los hechos que representan los medios de prueba"<sup>25</sup>.

Sobre el tema Devis Echeandía inserta este sistema como parte del moderno sistema probatorio cuando expresa: "...el proceso moderno debe ser oral, aunque con ciertas restricciones como la demanda; inquisitivo para que el juez investigue oficiosamente la verdad, y con libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas según las reglas de la sana crítica basadas en los principios de la psicología y la lógica y las máximas generales de la experiencia, quedando sujeto únicamente a las formalidades que la leyes materiales contemplan ad *substantiam actus*, o sea solemnidades necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos"<sup>26</sup>.

La aplicación de este sistema va de la mano con la motivación de la sentencia, pues en la parte considerativa de la misma debe figurar el proceso de convicción o certeza que las pruebas han creado en el Juez, pues con ello se observaran los principios del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, se evita incurrir en la arbitrariedad.

El Dr, Chaia, ve en ella un peligro constatable "La línea que separa la libre convicción de la arbitrariedad es sumamente delgada, de ahí que muchas veces se confunda la posibilidad de decidir conforme a criterios de libre convicción con decidir antojadizamente en relación al plexo probatorio rendido"<sup>27</sup>.

---

24 CARRION LUGO, Jorge...Op. Cit., pág. 53.

25 PAREDES, Paul...Op. Cit. 308.

26 DEVIS ECHEANDIA, Hernando....Op. Cit., pág.28.

27 CHAIA, Ob. Cit. Pág. 155.

Este es el sistema que tiene aceptación y reconocimiento por parte de la doctrina, así Devis Echeandía nos dice: "Para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libres apreciación de las pruebas, el juez siempre disponga de facultades inquisitivas para allegar las que, conforme su leal saber y entender, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes alegan (afirman o niegan). Sólo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia"<sup>28</sup>.

### **iii) Las reglas de la sana crítica**

La doctrina entiende por reglas de la sana crítica a las "pautas racionales fundadas en la lógica y la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta la leyes lógicas del pensamiento) y argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la experiencia apuntala la convicción judicial) que demuestra o repite, en los autos, la convicción formada en base a aquéllas"<sup>29</sup>. A colación de esta definición debe tenerse presente que las reglas de la lógica son de carácter permanente y las reglas de la experiencia son variables en función del tiempo y del espacio.

#### **iii.1.- Las reglas de la lógica**

Sustentan la validez formal del juicio de valor contenido en la resolución que emita el Juez, permiten evaluar si el razonamiento es formalmente correcto, es decir, si no se ha transgredido alguna ley del pensar. Sus características son su validez universal y la legitimación formal que le otorga a la valoración efectuada por el Juez. Sobre el particular Juan Monroy indica que se clasifica la lógica en analítica y dialéctica, la primera plantea que, en un razonamiento, partiendo de afirmaciones necesariamente verdaderas se llega a conclusiones que también deben ser verdaderas. Sobre la segunda este autor precisa que estudia aquellos métodos que conducen el razonamiento en las discusiones o controversias,

---

28 DEVIS ECHEANDIA, Hernando....Op. Cit. Pág.71.

29 PAREDES, Paul...Op. Cit., pág.312.

buscando persuadir, convencer o cuestionar la afirmación sostenida por el contrario<sup>30</sup>.

Las reglas básicas que a continuación se exponen son conocidas como principios, así tenemos:

a) El Principio de Contradicción

El cual nos dice que no se puede afirmar y negar una misma cosa respecto de algo al mismo tiempo. Se trata entonces, que dos enunciados que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambos a la vez verdaderos.

b) El Principio del tercio excluido

El mismo establece que dos proposiciones que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambas falsas. Así tenemos que "si es verdadero que X es A, es falso que X sea no A. Entonces se sostiene la verdad de una proposición y la falsedad de la otra proposición.

c) Principio de identidad

Mixan Mass sobre este principio dice: "En el proceso de raciocinio preciso todo concepto y juicio debe ser idéntico a sí mismo...Es, pues, inadmisibles cambiar arbitrariamente una idea por otra, de hacerlo, se incurre en "suplantación de concepto o de suplantación de tesis"<sup>31</sup>.

d) Principio de razón suficiente

El mismo es enunciado de la siguiente manera: "nada es sin que haya una razón para que sea o sin que haya una razón que explique que sea". Esto es. "Ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna enunciación verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo"<sup>32</sup>. Se considera a este principio como un medio de control de la aplicación de la libre apreciación de la prueba pues se exige una adecuada motivación del juicio de valor que justifique la decisión del Juez.

---

30 MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I.

31 MIXAN MASS, Florencio. Lógica para Operadores del Derecho. 1ª Edición. Ediciones BLG, Lima, 1998, pág.13.

32 PAREDES, Paul....Op. Cit., pág. 316.

### **iii.2.- Las reglas de la experiencia**

Según Paul Paredes son el "número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano, tomadas por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios. Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio, y están encaminadas a argumentar el valor probatorio asignado a cada medio probatoria en particular como, primordialmente, a su conjunto"<sup>33</sup>.

Devis Echeandía, sobre las reglas de la experiencia, precisa que son objeto de prueba judicial, "sino reglas para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto, que se les explique, ni que se dictamine si tiene aplicación al caso concreto) o indirectamente a través de las explicaciones que le den los expertos o peritos que conceptúan sobre los hechos del proceso (cuando se requieren conocimientos especiales)...Es decir, esas reglas o máximas, le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque las conozca y sean comunes, o porque se las suministre el perito técnico"<sup>34</sup>.

### **E.4.- Fin de la valoración de la prueba**

Se entiende que el fin de la valoración de la prueba implica el precisar el mérito que la misma pueda tener para brindar certeza al Juez, en este sentido, su valor puede ser positivo o negativo. Entonces, debido a la valoración podrá el Juez determinar si la prueba ha cumplido su fin propio, esto es verificar su resultado.

### **E.5.- Valoración conjunta de las pruebas**

Al respecto Peyrano nos dice que la valoración conjunta de la prueba consiste en tener en cuenta que "el material probatorio ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos

---

33 PAREDES, Paul...Op. Cit. pág.313.

34 DEVIS ECHEANDIA, Hernando....Op. Cit. Págs. 81-82.

elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo”<sup>35</sup>.

Hinostroza refiere sobre este punto lo siguiente: "El magistrado debe considerar la prueba en su conjunto, como un todo, siendo además irrelevante su fuente, en virtud del principio de comunidad o adquisición que postula la pertenencia al proceso de todo lo que en él se presente o actúe"<sup>36</sup>. De su parte Devis Echeandía señala lo siguiente: "...los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien la aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción...Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios en el proceso, tomados en su conjunto, como una "masa de pruebas", según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos"<sup>37</sup>. Kaminker incluye a las normas en la actividad valorativa cuando expresa: "Hechos y normas son enlazados por actividades valorativas que hacen que los jueces otorguen relevancia a circunstancias de hechos que permiten interpretaciones de los jurídicos y subsunciones normativas que muta la norma aparentemente que habría resultado aplicable, si se determinara en forma rigurosa la pauta a regir en el caso"<sup>38</sup>.

## **E.6.- Apreciación y valoración de la prueba**

La relatividad de la apreciación de la prueba nace por el método que en ésta se aplica para valorarla, donde queda, en una gran parte, para el análisis del juez en razón de su experiencia y conocimiento teórico, medios científicos de reconstruir un hecho controvertido en el pasado, esto no es tarea fácil, menos aún el llevar la prueba al ámbito de la ciencia, por su consistencia e insubstancialidad, jamás habrá certeza absoluta (teóricamente) de la conciencia de un hecho, ya que esto depende de la aprehensión de la realidad que si no está sujeta a métodos

---

35 PEYRANO, Jorge W. Y CHIAPPINI, Julio. El Proceso Atípico. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1985, pág. 125.

36 HINOSTROZA, Alberto...Op. Cit., pág.110.

37 DEVIS ECHEANDIA, Hernando....Op. Cit. pág.146.

38 KAMINDER, Mario Ernesto. Reflexiones sobre hechos, pruebas, abogados y jueces, en Revista Peruana de Derecho Procesal V. Junio, 2002, pág.137.

estrictos y comprobables deja un margen de error, no siempre pequeño dependiendo del caso o causa que se analice.

### **E.7.- El hecho no controvertido-**

El juez que si bien puede actuar prueba, no es menos real que la que produce el fiscal y las partes deben ser analizadas por él.

Cuando se denuncia un hecho delictivo o se lo acusa se hace, a no dudarlo, una afirmación de la existencia de un acto que debe ser perseguido.

Cuando el actor crea y el indiciado niega su responsabilidad, se produce una mutua afirmación.

La acción penal trae premisas o presupuestos que deben ser analizados por el juez, mediante la prueba actuada de oficio o a petición de parte.

La afirmación y la negación vinculan al juzgador; estos hechos, en su vinculación con la valoración de la prueba deben ser analizados.

Las partes ya afirmando o silenciando una verdad que no ha podido ser probada, llevan al juzgador muchas veces a equivocarse en la sentencia, en cuanto a la certeza de la existencia de la responsabilidad o la inexistencia de ella. Las afirmaciones de un hecho delictivo, la fijación de responsabilidad en la prueba por parte de la mayoría es signo claro de la responsabilidad del acto delictivo que se investiga.

El juez debe dotarse de un análisis ponderado y lógico para apreciar la prueba actuada por las partes, ya que en cada una de ellas estará impreso el interés de quien solicita su práctica, de esta manera precautelaré el orden público y por ende el objeto jurídico protegido por el Estado.

El Juez deberá en sentencia analizar las pruebas en que se fundamente el fallo, vale decir que, en su resolución, no podrá poner una prueba no actuada o actuada de manera ilegal.

Si bien la carga de la prueba recae en quien afirma la comisión de un hecho delictivo, toda afirmación o negación de un hecho por principio debe ser



demostrada y es ahí en donde surge la distribución de la carga de la prueba de manera tácita, en el procesado en especial en la etapa del juicio ya que se debe convencer al juez o hacerle llegar a la certeza de la inocencia.

#### **E.8.- El hecho controvertido-**

Los hechos afirmados por una sola de las partes, pero que pueden existir o no son llamados hechos controvertidos; tal el caso por citar de la existencia de uno de los elementos del delito como puede ser la constitutiva primera del delito de asesinato, donde la otra parte lo niega. Es de necesidad imperiosa que a través de la prueba se demuestre la alevosía. La prueba dará al juez, a través de su conocimiento, fijar o no la existencia de este elemento delictivo en la figura atípica.

#### **E.9.- La fijación del hecho controvertido**

El conjunto de reglas relativas a la percepción y a la deducción de los hechos por parte del Juez, constituye el sistema o la teoría de la llamada prueba legal. Esta se constituye sobre la libre apreciación de los medios de prueba de acercamiento a través de los medios que le son permitidos al juzgador acorde al pensamiento del legislador.

#### **E.10.- La prueba en el sentido estricto**

En el lenguaje común se usa la palabra prueba como comprobación de una proposición; es decir cuando una cosa se afirma y cuya exactitud se trata de comprobar, que en ciertos momentos se vuelve alarmante. Debemos partir que los límites al poder de la búsqueda del juez tiene como inspiración utilizar la experiencia en la valoración de la prueba para evitar errar (seguridad en la búsqueda), o actuar pruebas innecesarias (economía procesal probatoria), lo cual es posible si el método de valoración es libre.

Es importante indicar que el proceso de búsqueda, a través de la prueba, puede llevar a una verdad formal o jurídica de un hecho delictivo, ya que los medios de apreciar la verdad del hecho se sujetan a las normas escritas que pueden limitar el acto de aprendizaje de la verdad material o real, pero más allá de los silogismos, la

verdad material y formal deben necesariamente juntarse de lo contrario decaería el proceso de administrar justicia, en el entredicho de que es solo una la verdad.

El Juez dentro de la prueba jamás podrá utilizar percepciones que haya tenido fuera del proceso sobre un hecho que se encuentra por demostrar a través de la prueba, o solo meras apreciaciones subjetivas; de ahí deviene la necesidad de que la prueba sea de aquellas que le son permitidas al juzgador, lo que busca es la verdad formal a diferencia de la verdad material que como hemos indicado debería ser una sola en la práctica; pero en estricto derecho la verdad deberá probarse.

La prueba debe diferenciarse del procedimiento para su verificación, la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que los hechos solo se conocen no se comprueban, en lenguaje vulgar la prueba no solo designa la comprobación sino el procedimiento y la actividad usada para la comprobación.

### **2.2.2.- Teoría de los delitos de violación sexual**

En opinión de los doctores Dino Carlos Caro Coria/ César San Martín Castro<sup>39</sup>, quienes en su obra “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales – Aspectos penales y procesales” hacen un estudio pormenorizado de los delitos contra la libertad sexual así como su tratamiento procesal en el sistema jurídico peruano. Señalan que en la doctrina se tiene claro que lo protegido por el Derecho penal sexual no es una difusa moral sexual social, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de mínima intervención del Derecho penal sexual, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual entendida en sentido positivo-dinámico y negativo-pasivo.

La agresión sexual, el requisito de la habitualidad, violación, abuso sexual, elementos diferenciadores, el acoso sexual, la complicidad en la comisión de los

---

39 CARO CORIA, Dino Carlos /SAN MARTIN CASTRO, César (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales – Aspectos penales y procesales*. Lima-Perú, Editorial Grijley, Pág. 67.

delitos contra la libertad sexual, la resistencia de la víctima, el elemento de la clandestinidad en la comisión de este tipo de delitos.

El Código Penal recoge las agresiones sexuales dentro de los llamados "delitos contra la libertad sexual". Así, se establece penas de prisión de entre cuatro y ocho años de cárcel a quién atentase contra la libertad sexual de otra persona y exige, para que el tipo penal sé de, la existencia de violencia o intimidación. La violencia supone el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima. La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia.

Elementos suficientes para que nos encontremos ante este delito:

- a) Existencia de violencia o intimidación.
- b) Resulta necesario el llamado "animo lúbrico" e intencionalidad sexual en la conducta del agresor.
- c) Debemos tener claro cuando comienza la comisión del delito. De este modo, seremos conscientes de cuándo podremos entender que el autor está cometiendo una agresión sexual "El hecho probado refleja una agresión sexual consistente en tocar el pecho de la víctima venciendo su voluntad contraria mediante el uso de la fuerza, atentando así contra su libertad sexual".

**El requisito de la habitualidad:** Se podrá castigar con penas de prisión de seis meses a tres años, además de los delitos o faltas en que se hubiese concretado los actos de violencia física o psíquica, (por ejemplo, es posible la concurrencia de otros delitos como el de coacciones, lesiones, etc.) cuando de forma habitual de ejerza violencia sobre el cónyuge, ex-cónyuge, así como también es extensible para relaciones de afectividad paralelas (novios/as estables). Es posible aplicar esta pena si la violencia habitual se manifiesta sobre hijos, ascendientes o incapaces.

**¿Qué entendemos por habitualidad?:** Se exige el requisito de la acreditación de los actos de violencia. En tal caso, evidentemente es muy importante contar con partes médicos en los que se especifique el tipo de lesión sufrida. No obstante, es

posible inferir dicha habitualidad a través de informes psicológicos en caso de que la mujer hubiera estado en tratamiento en los momentos de violencia, en los que se refleje un agravamiento de la situación psíquica de ésta.

Se tendrá en cuenta el número de actos de violencia y su ubicación en el tiempo. En este sentido, hay que señalar que es relevante que haya existido una continuidad en el tiempo. Dicha continuidad no es necesaria que haya sido mediante actos de violencia sobre la mujer, sino también sobre los hijos, ascendientes, etc.

Todo aquel menoscabo de la integridad física o psíquica en virtud de la cual se requiera, además de una primera asistencia médica, tratamiento médico o quirúrgico.

Cuando la agresión sexual (por lo tanto exige violencia e intimidación) se efectúa mediante acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o mediante la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías.

En caso de agresión sexual la pena aumenta de acuerdo al máximo legal establecido en el Código Sustantivo y, en caso de violación de manera similar cuando:

La violencia o intimidación ejercidas hayan sido particularmente degradantes o vejatorias.

Cuando el delito lo cometan conjuntamente dos o más personas.

Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, si fuese menor de 14 años.

Cuando para cometer el delito el responsable se haya válido de relación de superioridad o parentesco.

Cuando el autor utilice armas u otros medios peligrosos.

**¿En qué casos existe abuso sexual?:** Lo relevante es que se trata de casos en los que se atenta contra la libertad sexual sin mediar violencia o intimidación. La pena es de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses si se trata de menor de trece años o disminuida psíquica. También se penaliza

cuando el consentimiento se haya obtenido haciendo uso de una situación de superioridad manifiesta del autor que coarte la libertad de la víctima (el llamado por la Jurisprudencia como "abuso de prevalimiento"). No es, por lo tanto, la falta de consentimiento válido lo que determina el delito cometido, sino el aprovechamiento de la situación de objetiva superioridad, ya que la prestación del consentimiento está absolutamente viciada. El Código Penal establece el umbral de los 16 años en la víctima. Si el abuso sexual supone una violación (ver características del delito de violación).

El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual. Hay que destacar que el comportamiento descrito debe darse en medio de una relación laboral o afín que se desempeña de manera habitual y continua. Ello deja sin castigo iguales conductas si la relación laboral o afín es eventual, puntual o esporádica. Del mismo modo, aparece fundamental el requisito de la gravedad, lo cual deberá ser probado y valorado en el proceso. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho haciendo uso de una situación de superioridad laboral o afín, o amenazando a la víctima con un mal en sus expectativas de ascenso o similar. En tal situación, hay que señalar que tales amenazas pueden ser expresas o tácitas. Si la víctima es especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena aumenta.

### **2.2.3.- Teoría del sistema de valoración probatoria en el proceso penal: Fines y etapas.**

En las postrimerías de este siglo que ha sido testigo de horrores sin cuento, parece haber acuerdo entre los juristas en que el proceso penal, para ser un instrumento de justicia, debe reunir condiciones mínimas en lo que atañe a quién juzga, qué juzga, cómo juzga, qué intervención tienen las partes, qué remedios existen contra las resoluciones erróneas, en fin, todas las garantías que integran lo

que ha sido llamado "debido proceso", "proceso legal", "proceso justo", "proceso en estricta conformidad con las leyes", entre otras denominaciones<sup>40</sup>.

Resulta realmente paradójico que en vísperas del siglo veintiuno, después de la llegada del hombre a la Luna y mientras se exploran con avanzadísima tecnología otros planetas, se continúe bregando en la mayoría de las naciones por establecer en el proceso penal instituciones cuyos orígenes datan de la Alta Edad Media.

La explicación de la paradoja se encuentra en que el proceso penal está íntimamente ligado a la concepción política predominante en la sociedad. Como instrumento, el proceso penal puede cumplir fines que no necesariamente son los de la justicia, de allí su lenta evolución, en la que no faltan marcados retrocesos, como los protagonizados por los regímenes totalitarios que ensombrecieron buena parte del presente siglo.

### **Debido proceso: profundo significado**

La expresión "debido proceso", además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. "Debido" hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de "proceso justo".

El arquetipo es uno sólo como una sola es la dignidad de todos los hombres. Pero ese arquetipo, lejos de serlo de todos los aspectos del proceso, lo es sólo de sus condiciones mínimas, las que pueden y deben ser garantizadas por cada sociedad atendiendo sus propias particularidades. No se trata de uniformar el modus vivendi de las naciones, no se trata de destruir la cultura de cada pueblo, sin la cual es imposible la propia identidad; se trata de que el hombre, como sujeto

---

40 TIJERINO PACHECO, José María.- "Debido proceso y Pruebas Penales". Conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario "El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias", celebrado en La Paz, Bolivia; en: Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Julio, 1993 Año 5, N° 7.

pasivo de persecución penal, sea respetado como hombre doquiera sea sometido a proceso. Mucho menos se trata de seguir una moda establecida por una cultura hegemónica. La lucha por la dignidad del hombre no es patrimonio de ninguna civilización.

### **Un peligro: el excesivo garantismo**

Por otro lado un peligro encubierto atenta contra el debido proceso: el olvidar que el proceso es un instrumento de justicia y no un instrumento de la impunidad. El no tomar en cuenta que el proceso no sólo debe aportar garantías al imputado, sino que también debe ser un medio de defensa social. En esta materia, como en todas, el éxito depende de encontrar el punto de equilibrio, el justo medio aristotélico. El garantismo también puede ser un vicio, y de él se aprovechan los sectores autoritarios para desacreditar el debido proceso.

### **La verdad real: condición sine qua non del debido proceso**

Los intereses tutelados por el proceso penal son de tan alto rango para la colectividad que sobre ellos no puede haber libre disposición de las partes. No caben en él transacciones, limitación alguna sobre los alcances de la investigación, presunciones, verdades subjetivamente limitadas. Cuando de justicia penal se trata no debe quedar rincón alguno donde no penetre la luz.

### **Idóneo régimen de la prueba**

Por esa razón el debido proceso exige un idóneo régimen de la prueba, único medio de llegar a la verdad real. Un régimen de la prueba que, por lo que puede ser objeto de prueba o *thema probandum*, por las personas físicas que pueden ser órganos de prueba, por los medios de prueba previstos por el procedimiento probatorio y por el sistema de valoración de la prueba, constituya una amplia y luminosa avenida que conduzca a la verdad en la forma más directa y certera posible.

### **El *thema probandum* u objeto de prueba**

Contrariamente a lo que sucede en el proceso civil, la regla en el proceso penal debe ser que ningún hecho esté exento de prueba, ni siquiera los que admita

el imputado mediante confesión. No puede haber presunciones de hecho o de hombre, salvo las que establezca la prueba indiciaria, en la concepción de la doctrina que identifica indicios con presunciones "judicis" (Cianturco), y las presunciones legales deberán ser una rara excepción.

No obstante, los hechos evidentes y los notorios no cuestionados por ninguna de las partes deben estar exentos de prueba por resultar ésta innecesaria, y lo que no es necesario en el proceso es un obstáculo a la prontitud de la justicia.

### **Los órganos de prueba**

Excluir a algunas personas de la categoría de órganos de prueba por razón de edad, más allá de lo que la psicología aconseja; por razón de parentesco o de otra cercana relación con el imputado, el ofendido o las partes civiles puede significar la pérdida de los testigos que podríamos llamar "naturales" en algunos delitos, como los que suelen perpetrarse en la intimidad del hogar. Por otra parte, la tacha de testigos no tiene razón de ser en un sistema de valoración de la prueba fundado en la sana crítica, el cual exige al juez reparar en todas las circunstancias relevantes al ponderar los distintos elementos probatorios.

Sin embargo, en obsequio a la verdad real y también al leal patrocinio del letrado, debe excluirse el testimonio del defensor como tal, es decir, debe separársele como defensor, puesto que el defensor, a diferencia del testigo, sí es sustituible.

### **Los medios de prueba**

La añeja polémica sobre la libertad o la taxatividad de los medios de prueba debe ser zanjada con miras a las necesidades probatorias del proceso. Ninguna limitación que impida el acceso a la verdad real, que en el contexto del proceso penal se traduce en acceso a la justicia, debe admitirse.

No obstante, cualquiera que sea el medio de prueba, nominado o innominado, dispuesto o no expresamente por la ley, debe respetar la dignidad humana en todos los aspectos que ella irradia. El concepto de prueba lícita no



debe reducirse al de prueba admitida por la ley, sino identificarse con el de prueba no lesiva de derechos subjetivos, tengan éstos o no reconocimiento positivo.

### **El procedimiento probatorio**

El procedimiento probatorio, es decir, la forma como se prueba, es de importancia primaria para el debido proceso. En este procedimiento difiere sustancialmente la posición de los sujetos procesales.

**a.- El juez.-** A la luz del debido proceso el juez tiene potestad instructoria, o sea, el poder-deber de investigar por sí mismo todas las facetas del hecho imputado, incluidas las razones de descargo del reo. A la par de esa potestad el juez tiene deberes frente a las partes, básicamente el de facilitarles la aportación de prueba, el acceso a la prueba aportada por la contraria y la crítica de la prueba.

**b.- El Ministerio Público.-** El ministerio público tiene la potestad de coadyuvar en la consecución de la verdad real, aunque ella favorezca al imputado, y la potestad de sustentar la imputación. Tratándose de un órgano público no cabe hablar de derecho subjetivo de probar, para referirnos al poder que tiene el ministerio público de aportar pruebas de cargo. Pero ello no puede significar que esa potestad le pueda ser lícitamente burlada por el juez, ya que la ley se la ha concedido en pro de la dialéctica del proceso, del contradictorio, camino óptimo para llegar a la verdad.

**c.- El imputado.-** El imputado, por su parte, en el debido proceso sólo tiene derechos en relación con la prueba, amparado como está por la presunción de inocencia que lo libera de la carga probatoria.

Sin embargo, una vez que el acusador ha sustentado con pruebas la acusación, corresponde al imputado respaldar de igual forma la negación de los cargos. Aunque en este caso, para evitar la condena, no es necesario que la prueba aportada refute plenamente la de cargo. Basta con que dé lugar a la duda para que sea procedente la absolución con base en el principio *indubio pro reo*, mediante el cual el afán de justicia contiene su ímpetu ante el horror de la condena del inocente.

Los derechos del imputado en lo que toca a la prueba constituyen un haz, entre los cuales está, en primer lugar, el derecho a conocer las pruebas de cargo, a efecto de poder refutarlas. Dichas pruebas deben ser puestas en conocimiento del acusado en el momento mismo de la intimación o instrucción de cargos, acto procesal cuyo contenido es tripartito: hechos que se imputan, pruebas que los fundamentan y derechos que le asisten al reo en relación con la imputación. Basta la ausencia de uno de estos tres elementos para que no haya intimación, lo que significa en última instancia indefensión.

Si bien el imputado no está obligado a probar su inocencia o su menor responsabilidad, como ya señalamos, tiene el derecho de hacerlo. Se desconoce tal derecho cuando las autoridades rechazan antojadizamente las pruebas ofrecidas por el inculcado. La vocación del juez por la justicia puede medirse por el grado de receptividad que muestre hacia la prueba de descargo, verdadera piedra de toque de cualquier cuadro probatorio incriminador. Esto no significa, sin embargo, para el juez el deber de recibir toda la prueba que ofrezca la defensa, aun la impertinente o inútil.

También el camino de la injusticia puede estar empedrado de buenas intenciones; por eso, sólo la prudencia del juzgador podrá hacerlo llegar a puerto seguro en medio de las asechanzas que le tienden los persecutores rabiosos y los defensores sin escrúpulos.

Derecho a la prueba para el imputado es también el derecho de controlar la legalidad del procedimiento probatorio. La prueba no debe ser evacuada a espaldas de las partes, salvo aquella cuya práctica requiere condiciones especiales de concentración y tranquilidad, como las peritaciones. Pero el resultado de éstas, con sus fundamentos, debe ser puesto a disposición de los interesados a la mayor brevedad posible. Otra excepción resulta de la necesidad de guardar el respeto que merece el pudor de las personas y su ámbito de intimidad, como en el caso del registro corporal y domiciliario.

Por último, el imputado, como parte en el proceso, tiene el derecho de hacer la crítica de la prueba. Es decir, de analizarla y refutarla o destacarla, según considere pertinente.

El defensor, por su parte, tiene prácticamente los mismos derechos probatorios del imputado, a cuyo servicio se encuentra; pero a la vez y precisamente por prestar un servicio, que no es sólo de interés individual sino también social, tiene un deber primario ante su patrocinado y ante la sociedad: el deber de la parcialidad, que no debe ser torcidamente entendido como una justificación del favorecimiento de la impunidad del crimen, sino como lealtad hacia su cliente, la cual debe revelarse por el interés puesto en ofrecer y hacer que se evacue la prueba de descargo, en no ofrecer nunca prueba que incrimine a su defendido, en refutar cumplidamente la prueba de cargo, para que mostrando los puntos débiles de ésta obligue al juez a hacer una ponderación racional de ella.

**d.- Las partes civiles.**- El régimen probatorio en lo que atañe a las partes civiles en el proceso penal es semejante al que rige en el proceso civil: el actor tiene la carga de la prueba de los hechos en que funda su pretensión, pero el demandado civil tiene la carga probatoria de la excepción que oponga a la pretensión de resarcimiento.

### **Sistema de valoración de la prueba**

El punto culminante de un régimen probatorio que satisfaga la exigencia de verdad real que procura el debido proceso es un sistema racional de valoración de la prueba. Sólo liberando al juez de los aherrojamientos del sistema de las pruebas legales y de la gran tentación para la arbitrariedad que ofrece el sistema de conciencia o íntima convicción es posible garantizar la recta administración de justicia.

Para valorar debidamente las pruebas debe darse la circunstancia de inmediación del juez y de las partes en relación con ellas. Esto sólo puede lograrse mediante la oralidad, la concentración de los actos del debate y la identidad física de quienes tienen a su cargo la crítica correspondiente.

En tema de debido proceso, aun sobre un aspecto limitado como el de las pruebas penales, nunca se habrá dicho la última palabra. El debido proceso es un ideal al cual afanosamente algunos hombres tratan de llegar. A cada generación corresponde reforzar y ampliar el concepto, enriquecerlo, precisarlo, depurarlo, mientras conserve vigencia la fe en la administración de justicia.

#### **2.2.4.- Teoría de los principios de la prueba**

##### **Los principios de oralidad e inmediación**

Versiones contrapuestas del testigo; lo establecido en el Código de procedimientos Penales y el nuevo Código Procesal Penal.

Es en el juicio oral en donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa. Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia. También se permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones de los testigos, mediante su lectura, a fin de aclarar la contradicción existente entre tales declaraciones y las efectuadas en el acto del juicio oral. Por tanto, es perfectamente posible que el Tribunal dé mayor credibilidad a las declaraciones prestadas ante el Juez instructor que a las prestadas en el juicio oral, en todo o en parte, siempre que se haya procedido efectivamente a aquella lectura y se haya garantizado el derecho de la defensa a someterla a contradicción. Y aunque este artículo se refiere expresamente a los testigos, también se aplica en la práctica en la hipótesis de contradicción del acusado; de todos modos, en este último caso hay que tener en cuenta que el acusado no tiene por qué aclarar nada, desde el momento en que no está obligado a declarar, pudiendo permanecer callado.

En cuanto al principio de inmediación, exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba. Luego, no es posible, en principio, sustituir el interrogatorio de testigos por la lectura de actas. En principio, porque aunque en forma muy restrictiva y excepcional, hay algunos supuestos que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden llegar a tener validez para desvirtuar la presunción de inocencia. En España esta hipótesis está contemplada en el artículo. 730 LECrim., que permite que puedan leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si éste ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y éste no puede lograr su presencia. Por su parte el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié también en la imposibilidad o especial dificultad de reproducción en el juicio oral de la declaración prestada con anterioridad por el testigo, para que pueda alcanzar valor probatorio a pesar de esta última circunstancia, debiéndose garantizar el principio de contradicción.

Sobre la prueba anticipada y sus requisitos ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente el Tribunal Constitucional. Me refiero a la STC 97/1999. El recurrente en amparo había sido condenado por el Juzgado de lo Penal como autor de un delito de robo con intimidación. La condena fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación del dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto. En lo que se refiere a las declaraciones del denunciante, no prestadas en el juicio oral, señala la Sentencia del Tribunal Constitucional que .nuestra jurisprudencia viene afirmando que únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad; si bien de tal exigencia general se exceptúan los supuestos de la prueba preconstituida y anticipada (...), siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se debe proveer de Abogado al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida). En el caso actual no existía dificultad alguna para que el denunciante de los hechos y perjudicado por ellos, propuesto como testigo por el Ministerio Fiscal, pudiera haber comparecido al

juicio, para declarar en él bajo el principio de contradicción, sometiéndose al posible interrogatorio del acusado, como exige el art. 24.2 CE, interpretado de conformidad con el art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que operan como obligado criterio para la interpretación del art. 24.2 CE, según lo dispuesto en su art. 10.2. Dicho denunciante estaba perfectamente localizado, y por ello pudo, y debió, ser citado al juicio, lo que no se hizo, sin causa que lo justifique; por lo que su declaración testifical en el juicio no podía ser sustituida por la lectura en él de sus declaraciones sumariales, no siendo aplicable en tal situación el art. 730 LECrim. En todo caso, en los supuestos de prueba anticipada, legal y constitucionalmente admisible, deben observarse las garantías propias de la prueba del juicio oral y en concreto la de la contradicción. Y en la declaración prestada por el denunciante ante el Juez de Instrucción en las diligencias previas, que antecieron a la apertura del juicio oral (en la que se limitó a ratificar la declaración prestada ante la policía), no estuvo presente el imputado, demandante hoy, con lo que no se cumplió el principio de contradicción, pues no tuvo oportunidad de interrogar al testigo. No se cumplen así las exigencias de la prueba anticipada. La conclusión inevitable es la imposibilidad constitucional de aceptar como prueba de cargo la lectura en el juicio de las declaraciones del denunciante.

Otra prueba no practicada en el juicio oral, que podría ser igualmente valorada por el Tribunal, que aunque salvaguardan el principio de contradicción, preservando el derecho de las partes a interrogar a los testigos, plantea algunas dudas. El primero porque sólo exige la presencia de un miembro del Tribunal en la práctica de la diligencia, luego los otros miembros del Tribunal no podrán formar su convicción sobre la base de una prueba que han percibido directamente, sino sobre la base de lo que le cuente aquél. Y el segundo, que prevé un interrogatorio por exhorto, porque puede presentar fricciones con el derecho de defensa, salvo que haya conformidad de las partes.

## **El principio de contradicción**

Aparte de la oralidad e inmediación, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba de cargo. Con toda rotundidad, afirma la STC 176/1998 que el principio de contradicción .constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. También la STC 86/1999 ha hecho hincapié en la importancia de este principio, recordando su doctrina mantenida desde la STC 31/1981: .el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (...). Esta misma STC hace referencia a los supuestos de excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio, señalando la posibilidad de pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas conforme a la ley procesal, .pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula por reproducidas del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado.

Como puede verse, la contradicción debe garantizarse incluso en los supuestos de pruebas preconstituidas y anticipadas. La prueba preconstituida (preexistente al proceso), que tiene más bien su ámbito natural en el proceso civil, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos sobre las pruebas de alcoholemia, aunque exigiéndose la ratificación de los agentes en el juicio. En realidad, esta llamada .prueba preconstituida. No alcanza su efectividad hasta que se produce esta última circunstancia, que evidentemente facilita la contradicción en el juicio oral, luego, en realidad, es este acto cuando culmina su producción, no siendo, pues, muy afortunado, el término de .prueba preconstituida. A mi juicio, la única excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral está representada por las hipótesis de prueba anticipada, reguladas muy restrictivamente en la ley, y en

las que también se debe garantizar la contradicción, primero en su ejecución, permitiendo a la defensa su comparecencia durante el interrogatorio, para que pueda preguntar al testigo, y, más tarde, en el juicio oral, cuando se proceda a su lectura, permitiendo a la defensa la posibilidad de confrontar su contenido con las otras declaraciones testimoniales en el juicio oral.

El principio de libre valoración según las reglas del criterio racional. El juicio sobre la prueba: aspecto subjetivo y aspecto objetivo

Otro principio que forma parte del sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual, es el principio de libre valoración. Por tanto, en el Derecho procesal penal español actual, no existe un sistema de prueba legal, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, en el que sólo determinadas pruebas servían para demostrar la verdad de los hechos imputados, señalándose además el valor de cada una de ellas (prueba tasada). Por supuesto, en el sistema inquisitivo la prueba perfecta era la confesión del acusado, y si ésta no se producía espontáneamente, la mera existencia de indicios contra un sospechoso permitía al Juez su sometimiento a tortura ad eruendam veritatem; no es difícil imaginar que los reos, ante la impresión que sin duda les produciría el potro y demás instrumentos de tormento, confesaran todo cuanto se les pidiera, siendo entonces declarados reos confesos.

En el sistema actual de libre valoración, apoyado en España en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; puede convencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios. Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa, como lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo español durante mucho tiempo, que el Tribunal tenga una facultad .libérrima y omnímoda., sin limitaciones, con total irreversibilidad de la convicción del órgano a quo respecto de los hechos probados. El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio .según las reglas del criterio racional. (art. 717 LECrim.), es decir, según las reglas de la lógica, y,



dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia.

Un correcto entendimiento del principio de libre valoración exige distinguir dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba:

a) El que depende de la inmediación, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testificales, de los peritos y del acusado;

b) y el momento en que hay que darle el necesario soporte racional al juicio que se realice sobre dicha prueba, en el que el art. 717 tiene un carácter general, a pesar de querer referirse sólo a declaraciones de autoridades y funcionarios de policía judicial, pues no tendría sentido limitar la racionalidad a una especie de prueba, excluyéndola de las demás.

El primer aspecto del juicio sobre la prueba (aspecto subjetivo) no es controlable, ni en apelación, ni en casación, ni en amparo, pero no porque la convicción del Tribunal tenga un carácter libérrimo y omnímodo., sino porque, sencillamente, sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada actitud; por ejemplo, a las manifestaciones ante él realizadas por un testigo o por un perito. Sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba .en conciencia. Su credibilidad. El propio Tribunal Constitucional español ha afirmado en reiteradas ocasiones que su jurisdicción no se extiende al enjuiciamiento del proceso mental de los Tribunales de instancia respecto de su convicción; por consiguiente, es perfectamente posible que el Tribunal, por ejemplo, crea en lo declarado por el acusado, frente a lo dicho por un testigo de cargo bajo juramento, siempre que aquella declaración sea convincente.

Ahora bien, lo anterior no significa que el principio de libre valoración de la prueba no tenga límites. Precisamente, el segundo aspecto del juicio sobre la prueba (aspecto objetivo) vincula al Juez/Tribunal a las leyes de la lógica, de la experiencia y a los conocimientos científicos, luego este aspecto de la prueba sí representa una materia controlable en las distintas instancias, incluso en amparo, pues se trata de aplicar correctamente, de acuerdo con las necesarias exigencias de racionalidad, esto es, de acuerdo con las exigencias que derivan de los arts. 24.2

(derecho a la presunción de inocencia) y 120.3 de la Constitución (motivación de las sentencias), sin olvidar que en el art. 9.3 .la Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos., entre los que se encuentran, evidentemente, los órganos jurisdiccionales. En definitiva, esta parte objetiva del acto de valoración de la prueba sí puede ser controlada, a fin de salvaguardar en todo caso la supremacía de la Constitución. Con razón dice Roxin que las infracciones de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia común o de los conocimientos científicos constituyen auténticas infracciones de ley en sentido estricto; el hecho de que no se trate de una ley positiva no implica obstáculo para esta concepción, puesto que las infracciones de ley pueden serlo también de normas jurídicas no escritas.

### **El principio de la presunción de inocencia**

Este principio está proclamado, como derecho fundamental, en el art. 24.2 CE (párr. 1º, in fine), así como también en el art. 6.2 de la CEDH, que establece que .toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.. Este derecho ha sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, siendo, junto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el alegado como vulnerado con más frecuencia ante este Tribunal. Y no cabe duda que represente una de las características más significativas del Derecho procesal penal liberal y del actual modelo del debido proceso.

La presunción de inocencia, que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, es una presunción iuris tantum que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

Al operar la presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que la carga de la prueba corresponde a la acusación. La necesidad de investigación y la obligación de esclarecimiento de los hechos, que es la finalidad de todo procedimiento, el carácter acusatorio del proceso penal, y, sobre todo, el derecho a

la presunción de inocencia, conducen inexcusablemente a que sea el acusador quien deba probar el hecho por el que acusa a una determinada persona. El acusado, hasta el momento de dictarse la sentencia, es una persona inocente. Es por ello que no puede ser tratada como culpable ni tiene por qué ser obligada a declarar, ni ser ella, dado su estado de inocencia, la que deba probar su inocencia; en realidad, sólo es posible la adopción de las oportunas medidas cautelares, excepcionalmente personales, con la única finalidad de garantizar los fines del proceso.

### **El principio in dubio pro reo: su doble dimensión fáctica y normativa**

En el momento de ponderar la prueba, hay un principio esencial de la prueba penal, que no cabe confundir con el derecho a la presunción de inocencia, aunque se deriva de esta presunción. Me refiero al principio en base al cual en caso de duda hay que decidir a favor del acusado: in dubio pro reo. El significado de este principio, sin embargo, ha quedado reducido en España durante mucho tiempo a una simple regla de interpretación, no residenciable, por consiguiente, en sede de casación, así como tampoco en sede de amparo. Un claro exponente de este punto de vista lo representa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1983, en la que se afirmaba que el in dubio pro reo es un principio general del derecho, que no constituye precepto legal de carácter sustantivo, dirigido al juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, la prueba hubiere dejado duda en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá absolvérsele; según esta línea jurisprudencial, este principio envuelve un problema subjetivo de valoración de la prueba que, por afectar de modo preponderante a la conciencia y apreciación del conjunto probatorio, no puede ser objeto de posterior revisión.

Con razón se ha opuesto al anterior punto de vista la tesis que concibe el principio in dubio pro reo como un concepto bidimensional. Según Bacigalupo, dicho principio tiene dos dimensiones: una dimensión normativa y otra dimensión fáctica. Esta última, añade este autor, hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación., y .la dimensión

normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo, por lo que en esta dimensión, como norma sustantiva .no simple norma interpretativa- que el Tribunal debe observar en la aplicación de la ley penal, la infracción del principio in dubio pro reo sí debe dar lugar a la casación, y, en su caso, incluso, al recurso de amparo constitucional. De todos modos, este principio sólo debe referirse y aplicarse en lo que a la fijación de hechos se refiere; no se debe utilizar para aclarar cuestiones jurídicas que aparezcan como dudosas.

Especialmente problemática puede resultar la cuestión de la eventual revisión (en apelación, casación o en amparo) de la convicción del Tribunal de instancia con relación a la certeza asignada a la prueba ante él practicada. Desde luego, si el Juez o Tribunal ha tenido dudas y, en consecuencia, no ha podido alcanzar la necesaria convicción en conciencia, no parece que ningún Tribunal pueda revisar su decisión; y lo mismo si sucede lo contrario, esto es, que el Tribunal haya quedado convencido respecto del sentido de una prueba que sólo él ha percibido directamente (dimensión fáctica del principio in dubio pro reo). Ahora bien, el Juez o Tribunal tiene la obligación de absolver si no se ha podido convencer de la culpabilidad del acusado, o, en su caso, la obligación de condenar por la hipótesis más favorable al mismo (dimensión normativa). Y, desde luego, difícilmente se habrá podido convencer de la culpabilidad del acusado, aunque haya condenado, si resulta que las declaraciones testimoniales sólo expresan dudas o sospechas no verificadas. En este caso, la vulneración de dicho principio será palmaria, y, en consecuencia, del derecho fundamental a la presunción de inocencia, residenciable en sede de amparo constitucional. Actualmente, sin embargo, el Tribunal Constitucional español sigue entendiendo el principio in dubio pro reo como una simple regla, de carácter exclusivamente subjetivo, que pertenece a la valoración de la prueba y que es ajeno a la jurisdicción constitucional.

### 2.3.- DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

a) **Debido proceso**<sup>41</sup>: es un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.”

b) **Pericia**<sup>42</sup>: es la **habilidad, sabiduría y experiencia** en una determinada materia. Como decimos, este término procede del latín y más concretamente de un vocablo que se encuentra conformado por dos partes claramente identificadas: la palabra *periens*, que puede traducirse como “probado”, y el sufijo *-ia*, que es indicativo de cualidad.

c) **Violación de la libertad sexual**<sup>43</sup>: “Los delitos de violación de la libertad sexual buscan proteger el derecho de toda persona mayor de edad a ejercitar su sexualidad en la forma que tenga por conveniente. En el caso de los menores de edad e incapaces, estos delitos protegen su indemnidad sexual, es decir, se busca preservar su sexualidad cuando no están en condiciones de decidir sobre su actividad sexual.

Estos delitos incluyen la violación sexual (acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o actos análogos mediante violencia o amenaza) y los actos contra el pudor (tocamientos indebidos en las partes íntimas o actos libidinosos mediante violencia o amenaza). En el Código Penal existen los tipos básicos de cada uno de estos delitos y los tipos agravados.”

d) **Presunción de inocencia**<sup>44</sup>: se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio. Sobre la extensión de este derecho, conviene

---

41 EXP. N.º 03433-2013-PA/TC, LIMA SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. - SERPOST S.A. Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS - ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL

42 <http://definicion.de/pericia/>, fecha de acceso el 23 de agosto del 2016.

43

[http://portal.mpfj.gob.pe/descargas/observatorio/estadisticas\\_/20130208192002136036920242048574.pdf](http://portal.mpfj.gob.pe/descargas/observatorio/estadisticas_/20130208192002136036920242048574.pdf), fecha de acceso 12 de julio del 2016.

44 EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC LIMA, CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA.

tener presente que el Tribunal Europeo ha precisado que “no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida [en forma definitiva] por un tribunal”.

**e) Prueba<sup>45</sup>:** La palabra prueba tiene tres acepciones en el campo del Derecho:

i) Alude a la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia. Es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama.

ii) Se refiere a los medios de prueba, o sea, los medios de convicción, considerados en si mismos.

iii) Se habla de la prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales. En este sentido, por ejemplo, se dice que la prueba incumbe al actor o al demandado.

---

45

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f79058004678c1b1a1ece793776efd47>, fecha de acceso 17 de agosto del 2016.

### III.- METODOLOGIA

#### 3.1.- TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

A) **Tipo.-** El Tipo de investigación realizada fue Socio-Jurídica y básica y además es una investigación Descriptivo-Explicativo.

B) **Diseño:** El diseño de investigación fue el Descriptivo-simple.

M ----- O,

**DONDE:**

M = Muestra.

O = Observación o test.

C) **Régimen de Investigación.-** Fue libre, porque el tema y problema de investigación fue seleccionado por la Tesista.

#### 3.2.- PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO:

A) **Población.-** La Población o Universo accesible estuvo conformado por 200 abogados penalistas y 06 Magistrados; así como de 06 procesos penales por el delito de violación sexual seguida y ejecutada en los juzgados penales de la provincia de Huaraz.

B) **Muestra.-** Para hallar la muestra se tuvo en cuenta la “Tabla de ADDISON-WESLEY Y LOGMAN”:

TAMAÑO DE LA POBLACIÓN	TAMAÑO DE LA MUESTRA
10	10
20	19
50	44

100	79
200	113
500	216
1000	275
2000	319
5000	353

Atendiendo al universo y la tabla de la determinación de la muestra, se tuvo como muestra final lo siguiente:

- a) ABOGADOS PENALISTAS.- 113.
- b) MAGISTRADOS.- 14
- c) EXPEDIENTES.- 08 expedientes o casos archivados de manera definitiva.

### **3.3. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.**

#### **A) Técnicas**

Las técnicas utilizadas en la presente investigación fueron:

- Cuestionario.
- Análisis documental
- Estadística

#### **B) Instrumentos de Recolección de Datos**

Se utilizaron los siguientes instrumentos

- Encuesta estructurada y semi estructurada



- Fichas: 1) De registro :
  - a) Bibliografía
  - b) Hemerográficos.
- 2) De investigación: a) Textual
  - b) Resumen
  - c) comentario
  - d) Mixta
- Matriz estadística

### **3.4. PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA INFORMACIÓN**

Se aplicó el programa estadístico SPSS (Statistical Package for the Social Sciences). De este programa solo se usará la operación de estadística descriptiva, usando el subprograma Breakdown.

En esta fase se cumplió los siguientes pasos:

- Clasificación, ordenamiento y codificación de datos.
- Tabulación
- Presentación de datos en:
  - Gráficos: circulares e histogramas
  - Análisis e interpretación de resultados
  - Contrastación y validación de hipótesis

### **3.5.- MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

Los Métodos generales: El método general que se usaron fueron: el Inductivo - Deductivo, combinado con el de Análisis y Síntesis; y para algunos aspectos (sobre todo para los puramente teórico y formales), el método Hermenéutico o de la Interpretación, en sus variantes Exegético y Sistemático, buscando no solamente las interpretaciones históricas o lógicas, sino buscando la

definición de las instituciones, la determinación del significado de los términos y el alcance de las normas en función de las instituciones y del problema planteado.

Los métodos específicos usados en el desarrollo del trabajo, fueron los siguientes:

- **Método Dogmático.**- Porque se buscó la explicación doctrinal de los fenómenos materia de investigación. Además era indispensable dicha explicación.
- **Método Hermenéutico.**- Porque se trató de interpretar los textos legales, así como las ideas expuestas por el legislador y el doctrinario del área materia de investigación.
- **Método de la Argumentación jurídica.**- Porque se trató de demostrar cómo y cuál es el proceso de argumentación (justificación interna y externa) que realizan los magistrados del universo de estudio) con respecto a la concesión de la libertad anticipada.
- **Método exegético.**- Porque permitió el estudio y análisis de la legislación vigente con respecto al tema en análisis e investigación.
- **Método Dialéctico.**- Porque permitió discutir, confrontar las posturas referencias a las víctimas existentes en la doctrina, la jurisprudencia y las normas legales aplicables a la defensa de la víctima.

#### IV.- RESULTADOS

Atendiendo a la muestra pre determinada en el proyecto de investigación, se recurrió al recojo de ellas, teniendo el siguiente resultado.

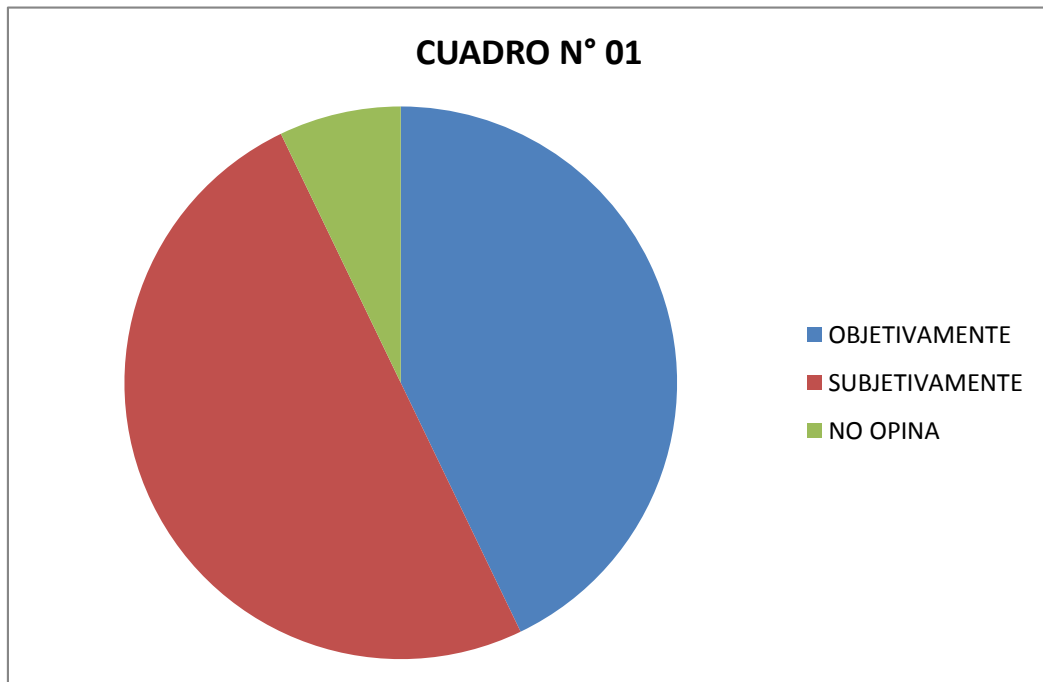
**a) Entrevista a magistrados:**

1.- ¿Según su criterio: Cómo se viene valorando judicialmente las pruebas aportadas en los procesos penales por delitos de violación sexual de menores?

**CUADRO N° 01**

CATEGORIA	Fi	%
OBJETIVAMENTE	06	42.85
SUBJETIVAMENTE	07	50.00
NO OPINA	01	7.14
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACIÓN.

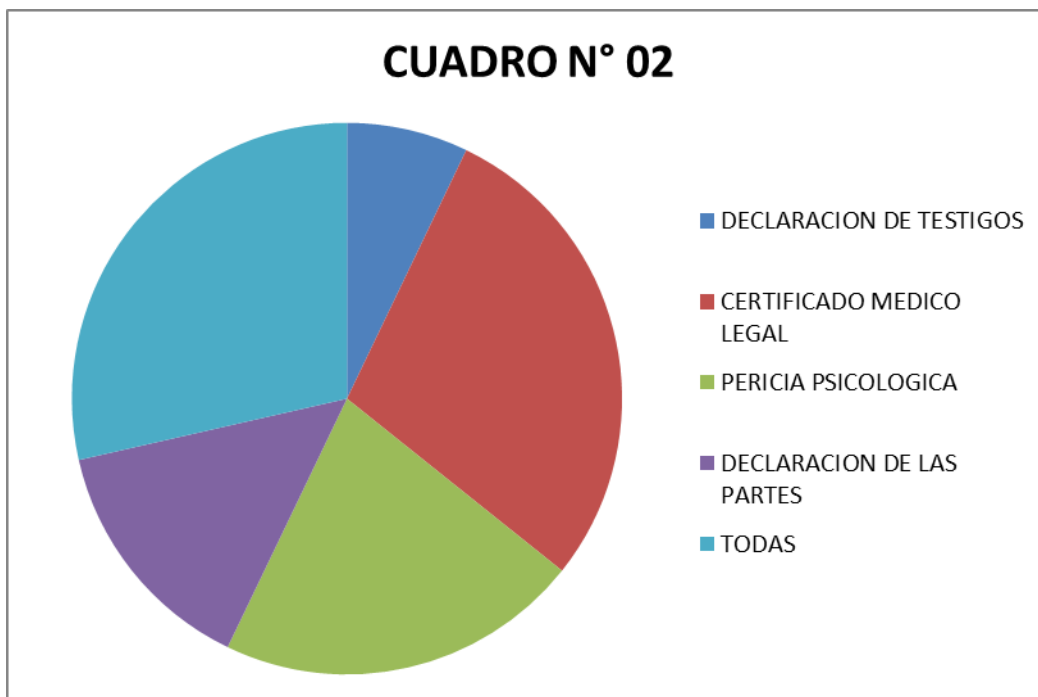
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Según su criterio: Cómo se viene valorando judicialmente las pruebas aportadas en los procesos penales por delitos de violación sexual de menores?. Señalaron que valoran objetivamente alcanza el 42.85%; mientras que el 50% sostiene que lo hacen subjetivamente y, por su parte el 7.14% no opina.

2.- ¿Según su experiencia profesional: Qué medios de prueba son valorados de manera objetiva por los magistrados del Poder Judicial, al momento de resolver los procesos por delitos de violación de la libertad sexual en agravio de menores de edad?

**CUADRO N° 02**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
DECLARACION DE TESTIGOS	01	7.14
PERICIA DEL MEDICO LEGISTA	04	28.57
PERICIAS PSICOLOGICAS	03	21.42
DECLARACION DE LAS PARTES	02	14.28
TODAS.	04	28.57
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### **INTERPRETACIÓN.**

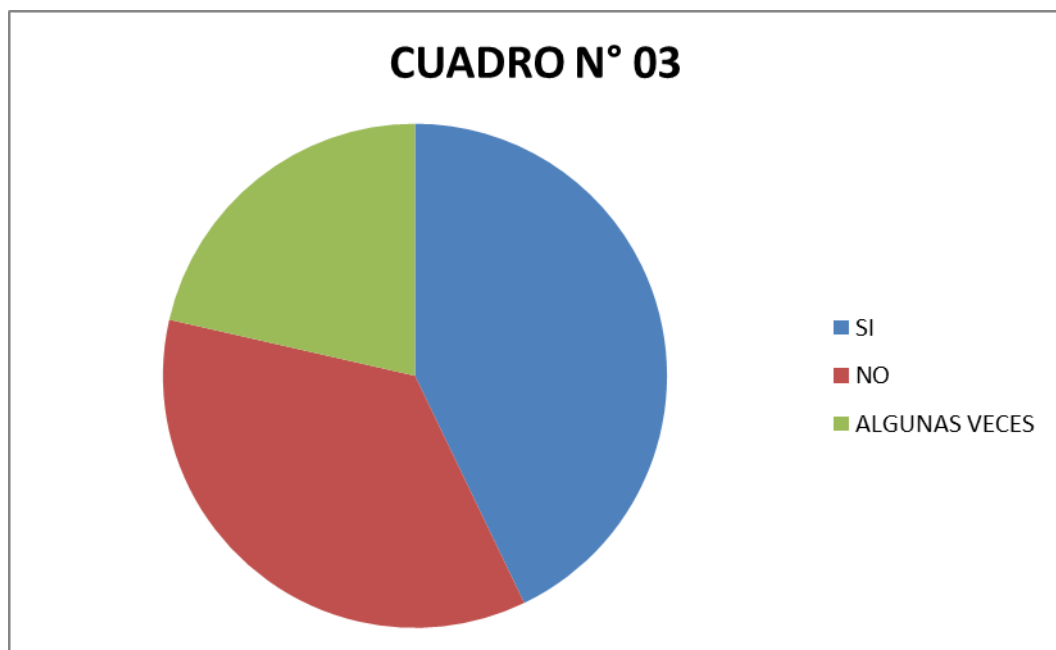
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Según su experiencia profesional: Qué medios de prueba son valorados de manera objetiva por los magistrados del Poder Judicial, al momento de resolver los procesos por delitos de violación de la libertad sexual en agravio de menores de edad?. El 7.14% de los encuestados señaló que el medio probatorio valorado objetivamente es la declaración de las partes. El 28.57% precisó que es importante valorar el Certificado Médico Legista. El 21.42% se inclinó por la pericia psicológica. El 14.28% respecto a la declaración de las partes del proceso. Finalmente, el 28.57% precisó que todas son importantes.

3.- ¿Según su opinión: La valoración de las pruebas efectuados por los magistrados del Poder Judicial, conllevan a una efectiva y eficiente aplicación de la pena a los sentenciados por casos por violación sexual de menores?

**CUADRO N° 03**

CATEGORIA	Fi	%
SI	06	42.85
NO	05	35.71
ALGUNAS VECES	03	21.42
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

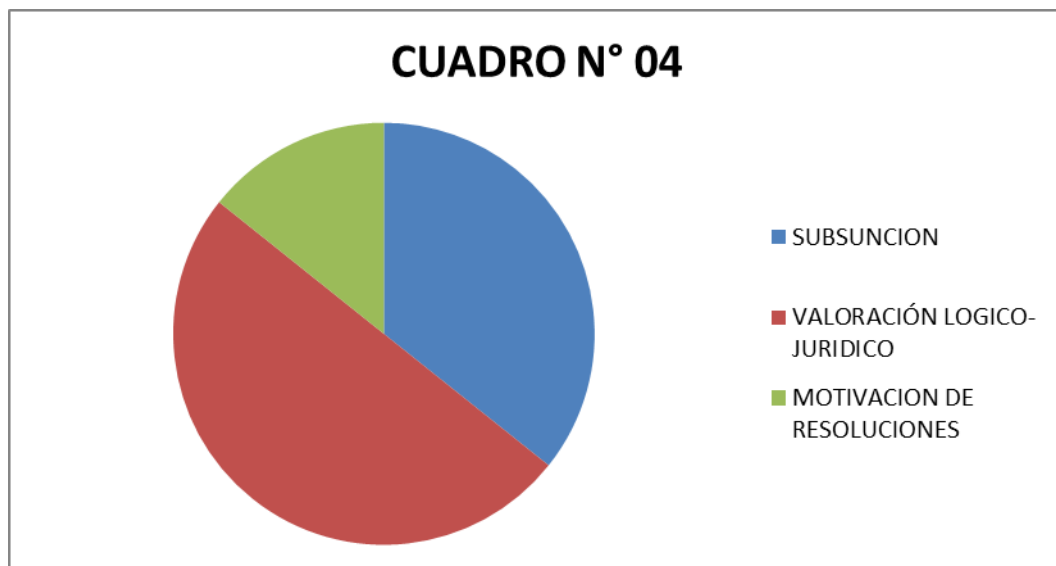
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Según su opinión: La valoración de las pruebas efectuados por los magistrados del Poder Judicial, conllevan a una efectiva y eficiente aplicación de la pena a los sentenciados por casos por violación sexual de menores? El 42.85% de los encuestados señaló que sí. El 35.71% precisó que no y, solo el 21.42% dijo alguna vez.

4.- ¿Según su formación académica: Qué factores deberían tener presente los magistrados del Poder Judicial a efectos de una efectiva valoración de las pruebas en los casos por violación sexual de menores?

**CUADRO N° 04**

CATEGORIA	Fi	%
SUBSUNCIÓN	05	35.71
VALORACION LOGICO-JURIDICO	07	50.00
MOTIVACION DE RESOLUCIONES	02	14.28
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta ¿Según su formación académica: Qué factores deberían tener presente los magistrados del Poder Judicial a efectos de una efectiva valoración de las pruebas en los casos por violación sexual de menores?.. El 35.75% de los encuestados señaló que se debe realizar la subsunción.

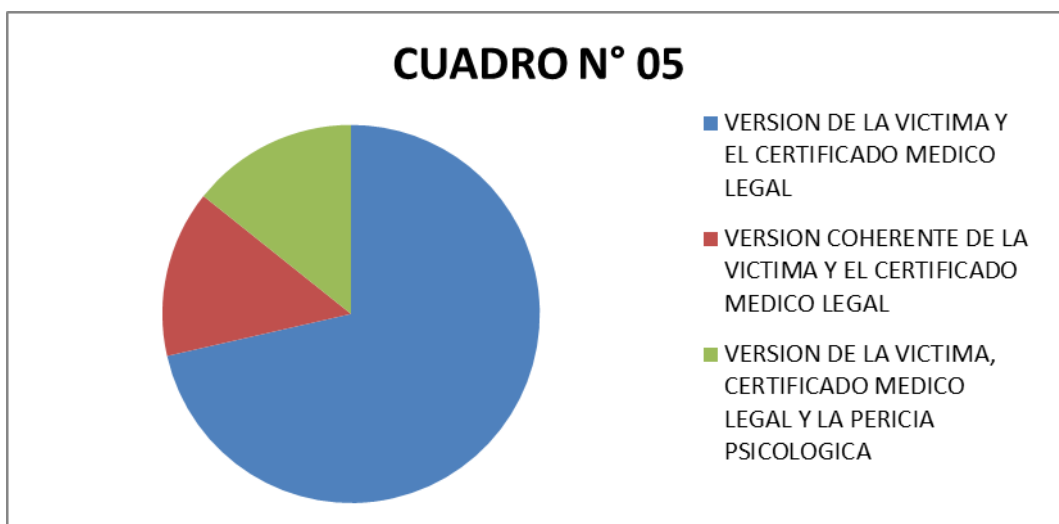
El 50% precisó que debe realizar una valoración lógico-jurídica. Solo el 14.28% de los encuestados manifestaron que se trata de motivación de las resoluciones.

5.- ¿En los casos que has tenido la oportunidad de resolver, qué medio probatorio ha sido el determinante para determinar la responsabilidad penal o no?

**CUADRO N° 05**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
Versión de la víctima y Certificado médico Legista	10	71.42
Versión coherente de la víctima y certificado médico legista	02	14.28
Versión de la víctima, certificado médico legista y pericia psicológica.	02	14.28
<b>TOTAL</b>	<b>14</b>	<b>100</b>

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿En los casos que has tenido la oportunidad de resolver, qué medio probatorio ha sido el determinante para determinar la responsabilidad penal o no?, se tuvo el siguiente resultado: El 71.42% de los encuestados señalaron que el medio probatorio determinante es la versión de la víctima y el certificado médico legal. El 14.28% precisaron que la versión coherente de la víctima y el certificado médico legal. Finalmente el 14.28%, precisaron que la versión coherente de la víctima, el certificado médico legal y la pericia psicológica son los medios probatorios determinantes.

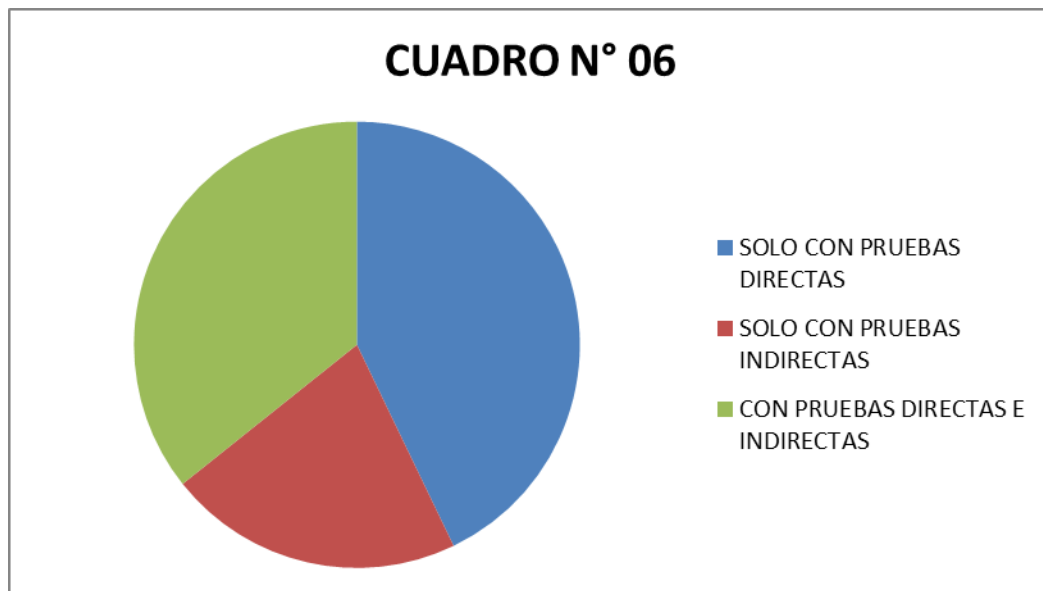


6.- ¿En su desempeño funcional como magistrado, Ud. ha podido resolver un caso concreto a través de la prueba directa o también con prueba indirectas?

**CUADRO N° 6**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
Solo con pruebas directa	06	42.85
Solo con pruebas indirectas	03	21.42
Con pruebas directas e indirectas.	05	35.71
<b>TOTAL</b>	<b>14</b>	<b>100</b>

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

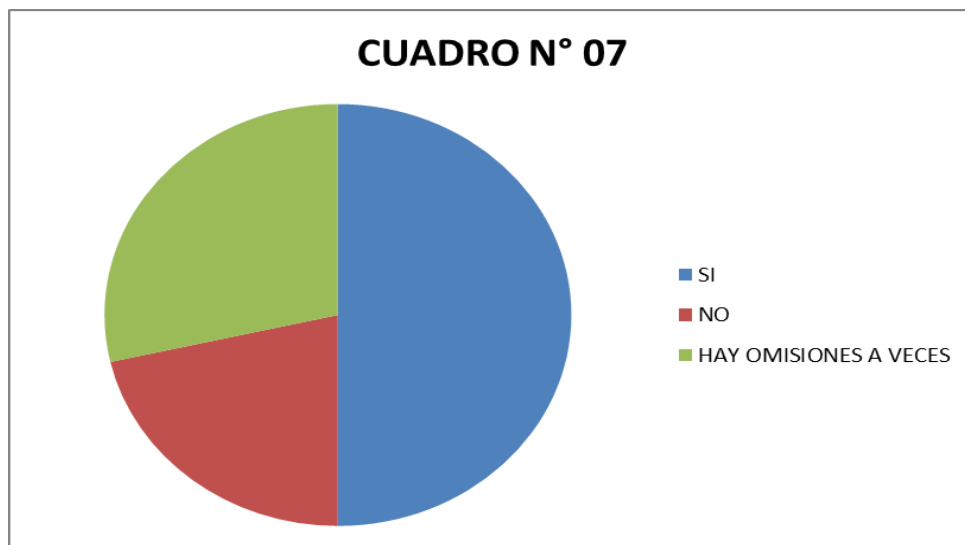
A la pregunta: ¿En su desempeño funcional como magistrado, Ud, ha podido resolver un caso concreto a través de la prueba directa o también con prueba indirectas?, se tuvo el siguiente resultado: El 42.85% de los encuestados respondieron que usaron solo las pruebas directas. El 21.42% mencionaron que solo resolvieron usando la pruebas indirectas. El 35.71% señaló que usaron las pruebas directas e indirectas en el caso concreto que resolvieron.

7.- Desde su óptica u opinión personal, las sentencias emitidas por su autoridad pasan el examen o canon de una buena argumentación; es decir, se cumple en estricto la justificación interna y externa?

**CUADRO N° 7**

CATEGORIA	Fi	%
SI	07	50.00
NO	03	21.42
Hay omisiones a veces	04	28.57
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

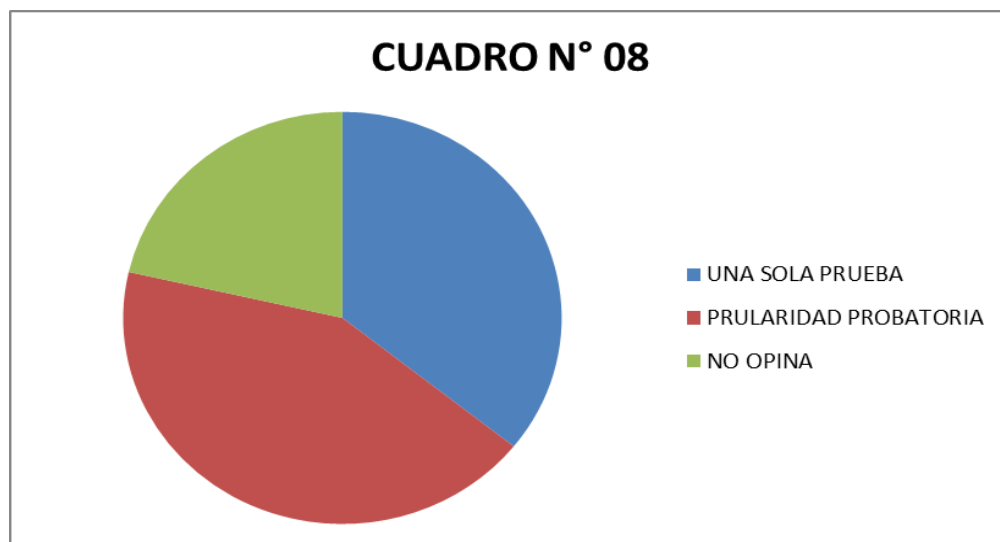
A la pregunta: ¿Desde su óptica u opinión personal, las sentencias emitidas por su autoridad pasan el examen o canon de una buena argumentación; es decir, se cumple en estricto la justificación interna y externa?, se tuvo el siguiente resultado: El 50% de los encuestados respondieron que sí. El 21.42% mencionaron que no. El 28.57% señaló que hay siempre omisiones de la argumentación.

8.- ¿Cuando en su condición de magistrado ha tenido la oportunidad de decidir una condena, se ha basado en una sola prueba o ha tenido que requerir una pluralidad probatoria que sustente su decisión final?

**CUADRO N° 8**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
UNA SOLA PRUEBA	05	35.71
PLURALIDAD PROBATORIA	06	42.85
NO OPINA	03	21.42
<b>TOTAL</b>	<b>14</b>	<b>100</b>

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

A la pregunta: ¿Cuando en su condición de magistrado ha tenido la oportunidad de decidir una condena, se ha basado en una sola prueba o ha tenido que requerir una pluralidad probatoria que sustente su decisión final?, se tuvo el siguiente resultado: El 35.71% de los encuestados respondieron que es suficiente una prueba. El 42.85% mencionaron que es necesaria una pluralidad probatoria. El 21.42 señaló que no emitía opinión alguna.

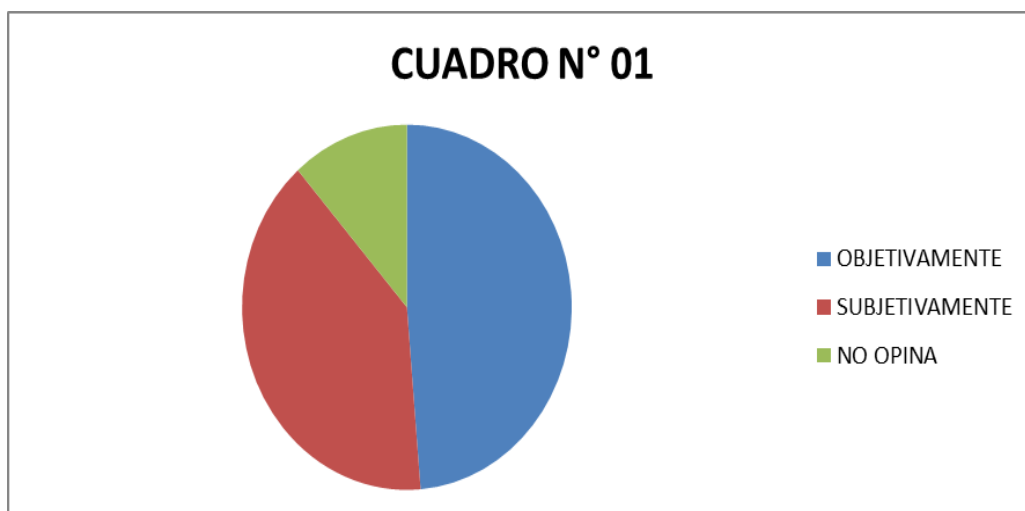
**b) Encuesta a los abogados.**

1.- ¿Según su criterio y experiencia personal de abogado, cómo se viene valorando judicialmente las pruebas aportadas en los procesos penales por delitos de violación sexual de menores?

**CUADRO N° 01**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
OBJETIVAMENTE	55	48.67
SUBJETIVAMENTE	45	39.82
NO OPINA	13	11.50
TOTAL	113	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

**INTERPRETACIÓN**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Según su criterio y experiencia personal de abogado, cómo se viene valorando judicialmente las pruebas aportadas en los procesos penales por delitos de violación sexual de menores?. Señalaron que valoran objetivamente alcanza el 48.67%; mientras que el 39.82% sostiene que lo hacen subjetivamente y, por su parte el 11.50% no opina.

2.- ¿Según su experiencia profesional, qué medios de prueba son valorados de manera objetiva por los magistrados del Poder Judicial, al momento de resolver los procesos por delitos de violación de la libertad sexual en agravio de menores de edad?

**CUADRO N° 02**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
DECLARACION DE TESTIGOS	15	13.27
PERICIA DEL MEDICO LEGISTA	45	39.82
PERICIAS PSICOLOGICAS	10	8.84
DECLARACION DE LAS PARTES	40	35.39
TODAS.	03	2.65
<b>TOTAL</b>	<b>113</b>	<b>100</b>

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACIÓN.

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Según su experiencia profesional, qué medios de prueba son valorados de manera objetiva por los magistrados del Poder Judicial, al momento de resolver los procesos por delitos de violación de la libertad sexual en agravio de menores de edad?

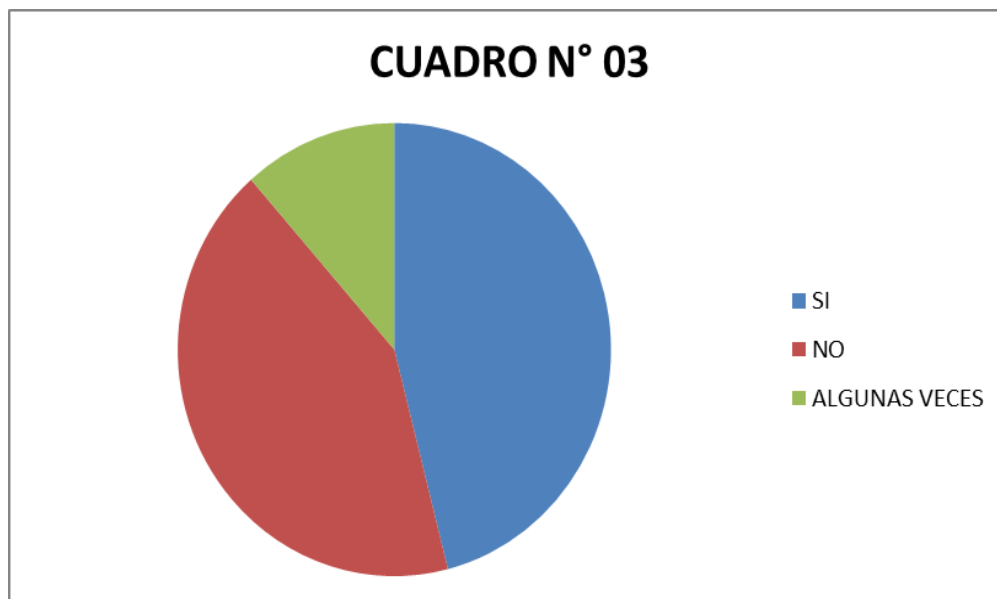
El 13.27% de los encuestados señaló que el medio probatorio valorado objetivamente es la declaración de las partes. El 39.82% precisó que es importante valorar el Certificado Médico Legista. El 8.84% se inclinó por la pericia psicológica. El 35.39% respecto a la declaración de las partes del proceso. Finalmente, el 2.65% precisó que todas son importantes.

3.- ¿Según su opinión de abogado la valoración de las pruebas efectuados por los magistrados del Poder Judicial, conllevan a una efectiva y eficiente aplicación de la pena a los sentenciados por casos por violación sexual de menores?

**CUADRO N° 03**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
SI	52	46.01
NO	48	42.47
ALGUNAS VECES	13	11.50
TOTAL	113	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACIÓN.**

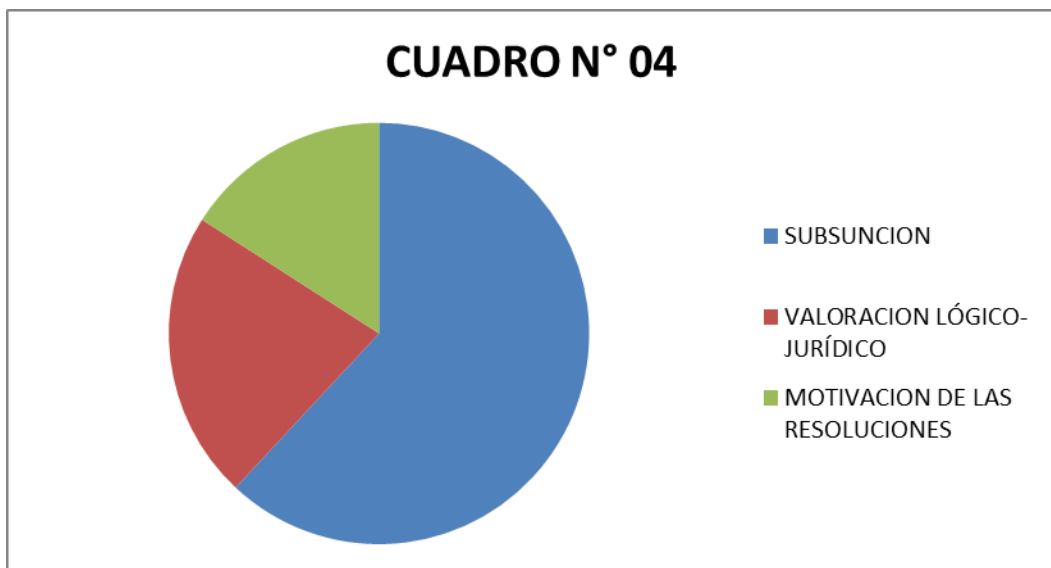
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Según su opinión de abogado la valoración de las pruebas efectuados por los magistrados del Poder Judicial, conllevan a una efectiva y eficiente aplicación de la pena a los sentenciados por casos por violación sexual de menores? El 46.01 de los encuestados señaló que sí. El 42.47% precisó que no y, solo el 11.50% dijo alguna vez.

4.- ¿Según su formación académica y experiencia, qué factores deberían tener presente los magistrados del Poder Judicial a efectos de una efectiva valoración de las pruebas en los casos por violación sexual de menores?

**CUADRO N° 04**

CATEGORIA	Fi	%
SUBSUNCIÓN	70	61.94
VALORACION LOGICO-JURIDICO	25	22.12
MOTIVACION DE RESOLUCIONES	18	15.92
TOTAL	113	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACION**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta ¿Según su formación académica y experiencia, qué factores deberían tener presente los magistrados del Poder Judicial a efectos de una efectiva valoración de las pruebas en los casos por violación sexual de menores? El 61.94 de los encuestados señaló que es la subsunción. El 22.12% precisó que se trata de una valoración lógico jurídico y, solo el 15.92% dijo que es la motivación de resoluciones.

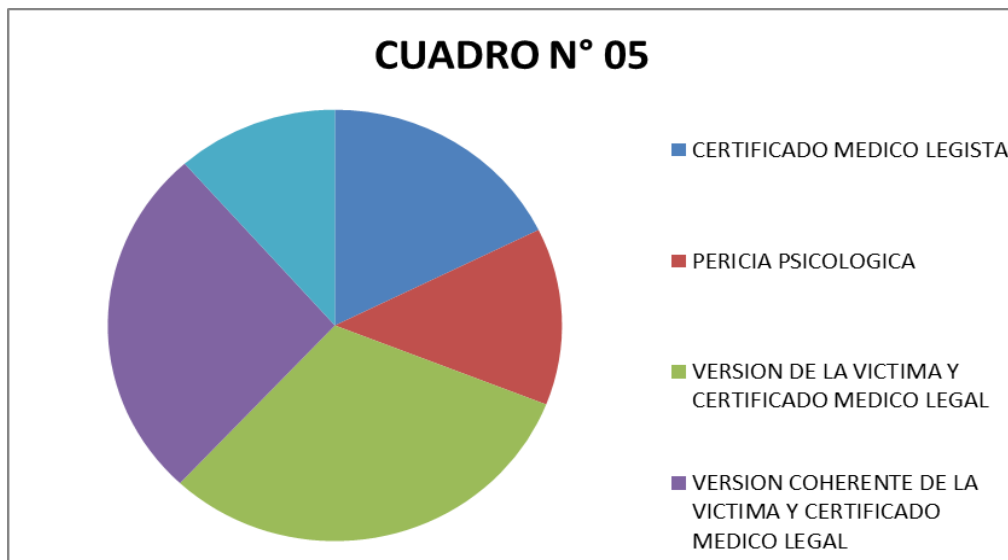


5.- ¿En los casos que has tenido la oportunidad de participar como abogado defensor, sobre violación sexual de menor de edad, qué medio probatorio ha sido el determinante en la sentencia emitida por el Juez Penal?

**CUADRO N° 05**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
Certificado médico legista	20	17.69
Pericia psicológica	15	13.27
Versión de la víctima y certificado médico legal	35	30.97
Versión coherente de la víctima y certificado médico legal	30	26.54
Todas	13	11.50
<b>TOTAL</b>	<b>113</b>	<b>100</b>

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## **INTERPRETACIÓN**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta.- ¿En los casos que has tenido la oportunidad de participar como abogado defensor, sobre violación sexual de menor de edad, qué medio probatorio ha sido el determinante en la

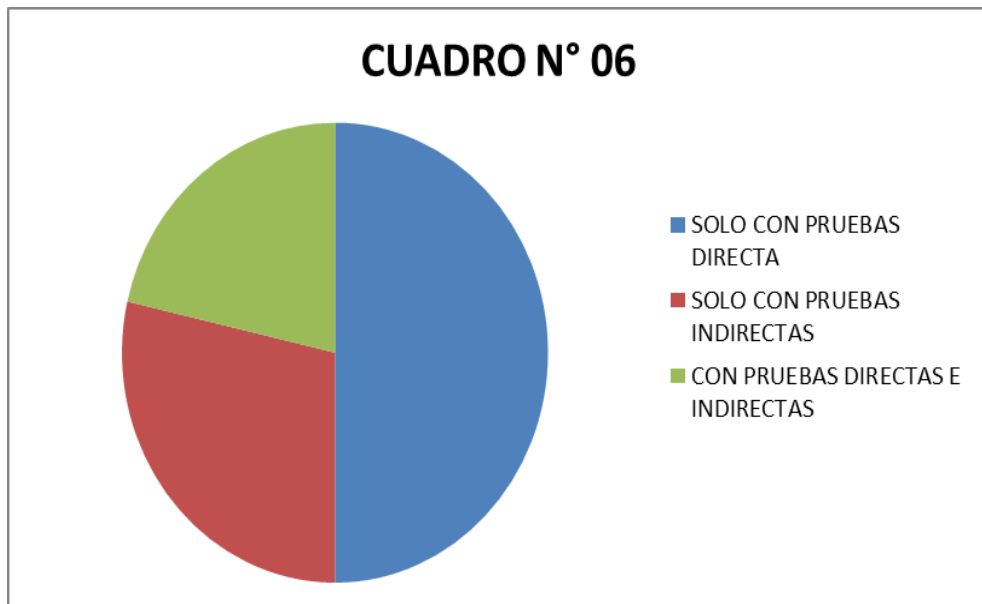
sentencia emitida por el Juez Penal? Tenemos que el 17.69% señaló que es el Certificado Médico Legal. El 13.27% precisó que es la pericia psicológica. El 30.97% indicó que se trata de la versión de la víctima y el certificado médico legal. El 26.54% se encargó de precisar que es la versión coherente de la víctima y el certificado médico legal. Finalmente el 11.50% precisó que todos.

6.- ¿En su desempeño funcional como abogado, Ud., ha podido advertir que los magistrados han resuelto un caso concreto a través de la prueba directa o también con prueba indirectas?

**CUADRO N° 6**

<b>CATEGORIA</b>	<b>Fi</b>	<b>%</b>
Solo con pruebas directa	07	50.00
Solo con pruebas indirectas	04	28.57
Con pruebas directas e indirectas.	03	21.42
<b>TOTAL</b>	<b>14</b>	<b>100</b>

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACIÓN.

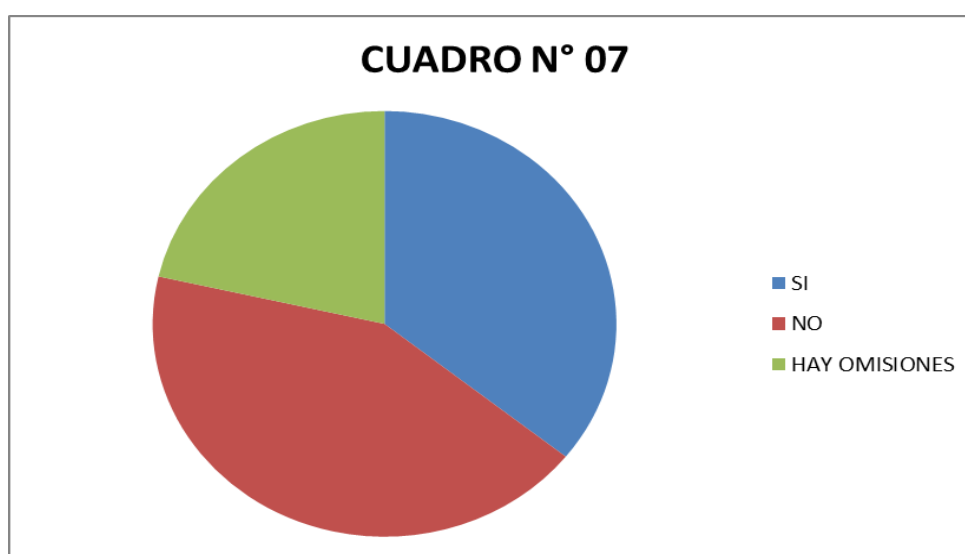
A la pregunta: En su desempeño funcional como abogado, Ud. ha podido advertir que los magistrados han resuelto un caso concreto a través de la prueba directa o también con prueba indirectas?, se tuvo el siguiente resultado: El 50% de los encuestados respondieron que usaron solo las pruebas directas. El 28.57% mencionaron que solo resolvieron usando la pruebas indirectas. El 21.42% señaló que usaron las pruebas directas e indirectas en el caso concreto que resolvieron.

7.- Desde su óptica u opinión personal, las sentencias emitidas por los magistrados pasan el examen o canon de una buena argumentación; es decir, se cumple en estricto la justificación interna y externa?

**CUADRO N° 7**

CATEGORIA	Fi	%
SI	05	35.71
NO	06	42.85
Hay omisiones a veces	03	21.42
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACIÓN.

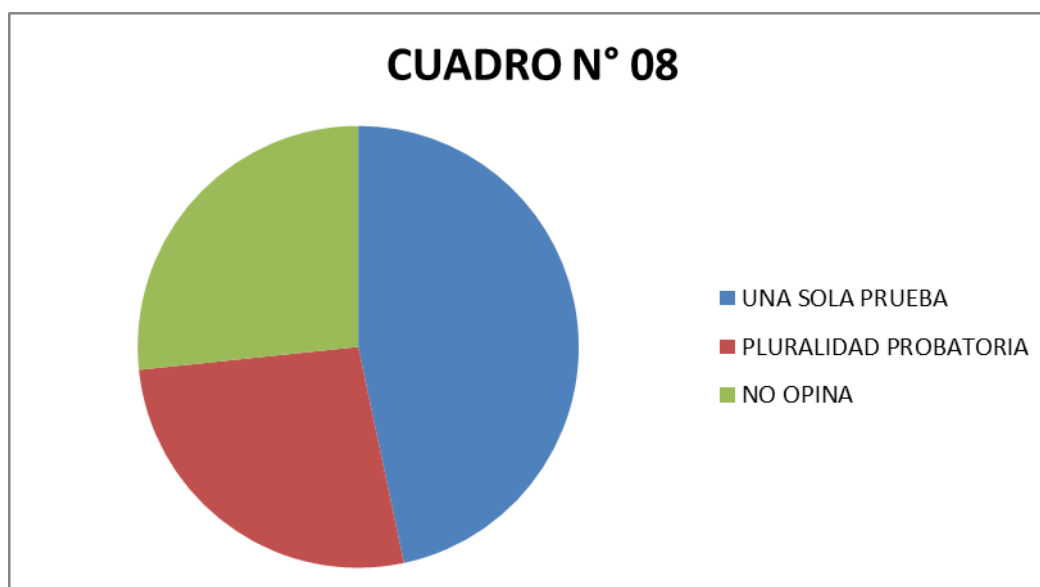
A la pregunta: ¿Desde su óptica u opinión personal, las sentencias emitidas por los magistrados pasan el examen o canon de una buena argumentación; es decir, se cumple en estricto la justificación interna y externa?, se tuvo el siguiente resultado: El 35.71% de los encuestados respondieron que sí. El 42.85% mencionaron que no. El 21.42% señaló que hay siempre omisiones de la argumentación.

8.- ¿Cuando en su condición de abogado ha tenido la oportunidad de advertir una condena que se ha basado en una sola prueba o ha tenido que requerir una pluralidad probatoria que sustente su decisión final?.

**CUADRO N° 8**

CATEGORIA	Fi	%
UNA SOLA PRUEBA	07	50.00
PLURALIDAD PROBATORIA	04	28.57
NO OPINA	04	28.57
TOTAL	14	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## **INTERPRETACIÓN.**

A la pregunta: Cuando en su condición de abogado ha tenido la oportunidad de advertir una condena que se ha basado en una sola prueba o ha tenido que requerir una pluralidad probatoria que sustente su decisión final?, se tuvo el siguiente resultado: El 50% de los encuestados respondieron que es suficiente una prueba. El 28.57% mencionaron que es necesaria una pluralidad probatoria. El 28.57% señaló que no emitía opinión alguna.

### **c) Análisis de las resoluciones judiciales.**

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

#### **1.- Sentencias de las salas supremas**

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 inculpativo 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...”.<sup>46</sup>.

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 “desfloración 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 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...”<sup>47</sup>.

iii) “... 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 sindicó 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

---

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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 Saenz Pohl.

desgarro completo antiguo a las dos horarios, 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 se siete años”; que e 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 punto cinco centímetros sin erección....”<sup>48</sup>.

## **2.- Sentencias de nuestro universo de estudio**

- a) “...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 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

---

48 Ejecutoria suprema, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, expediente N° 1018-2007, siendo encausado el Valeriano Flores Figueroa.

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: desfloración himeneal 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...”<sup>49</sup>.

---

49 Sentencia emitida por el segundo juzgado penal transitorio de Huaraz, expediente N° 2009-311, siendo imputado el señor Reymundo Quijada Juan Gabriel, en agravio de RCAA, por el delito de violación de la libertad sexual.



## INTERPRETACIÓN

En este párrafo se advierte la actuación de suficientes medios probatorios, es decir, no se contentan con la versión de la menor agraviada, sino también del certificado médico legal; de la pericia psicológica, de la constatación policial, la pericia de biología forense, etc., los mismos que coadyuvan a mejor determinar los hechos materia de proceso.

Aunque es importante resaltar, la existencia de alguno argumento no correcto o sus conclusiones muy forzadas. Por ejemplo se concluye que hay violación sexual, el mismo que se deriva del certificado médico legal. Soy del criterio que la existencia del certificado médico legal, perse no conlleva a determinar la responsabilidad; sino por el contrario se convierte en un indicios que aunado a otros nos puede ayudar a llegar a conclusiones.

- b) “...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 medio día, cuando la agraviada se encontraba pastando sus ovejas, fue llamado por el acusado 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 himeneal antigua más lesiones genitales recientes”; así como el protocolo de delito de violación sexual obrante a folios diez, que concluye: “Hallazgos compatibles con desfloración 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. SEPTIMO: 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 psicológica 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”...”<sup>50</sup>.

## **INTERPRETACION**

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 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, tan solo se tiene la versión de la víctima, del acusado y el certificado médico legal. Lo que falta es como se relaciona o cómo se llega a la conclusión a partir de esas premisas.

Es decir, hay muchos indicios, pero lo que falta es cohesionar mejor y mucha calidad el razonamiento del juzgador.

- c) “...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

---

<sup>50</sup> Sentencia emitida por la primera sala penal de Huaraz, expediente N° 2009-489, siendo imputado el señor Sánchez Isidro Nemesio, en agravio de YMSG, por el delito de violación de la libertad sexual.

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...”<sup>51</sup>.

## **INTERPRETACION**

Este es un caso particular, pues la argumentación solo se centra en las versiones de las partes, respecto a su relación sentimental; sin embargo, el tema materia de prueba es si hubo o no, violación de la libertad sexual, el mismo que lo hace impertinente, aunque tangencialmente justificable.

Por otro lado, no se hace mención alguna a los medios probatorios actuados e imprescindibles, los que mismos que sirven para poder generar convicción sobre la responsabilidad penal o no del acusado.

- d) “... SEPTIMO.- Que, luego de haber compulsado debidamente los medios probatorios que se han llegado a actuar tanto a nivel preliminar como a nivel de instrucción, a criterio de la juzgadora se ha llegado a establecer que no

---

51 Sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huaraz, expediente N° 2009-1401, siendo imputado el señor GERVACIO OBREGON Jhenson Jesus, en agravio de JGCH, por el delito de violación de la libertad sexual.

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 descrito 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 Huillcacocho y que en el transcurso de la caminata iban conversando de sus vidas, llegando su persona a pedirle que sean enamorados propuesta este 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 conllevan 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 ante 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

## **INTERPRETACION**

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.

## V.- DISCUSIÓN

Uno de los delitos que más indignación y repulsión genera en la sociedad actual (para no decir siempre), es el de violación sexual de menores de edad.

Es la identificación que una persona tiene con la etapa de la niñez y la adolescencia lo que nos sensibiliza hasta el extremo de pedir, en algunos casos, la cabeza del violador: Pena de muerte es el discurso que remueve nuestra conciencia y se alardea en los medios de comunicación masiva (quienes de paso exacerban los ánimos). Y es que no resulta extraño para algunos de nosotros ubicar en esta etapa de la vida, los momentos más felices que nos ha tocado vivir. Partiendo de estas consideraciones, nos enfrentamos con la otra realidad subyacente en este lamentable fenómeno: el violador.

Es considerable el número de internos que se encuentran reclusos en todos los penales del Perú (tampoco es la excepción el centro penitenciario de Huaraz) por este delito o conexos.

Como ciudadanos advertimos o escuchamos noticias diarias, por ejemplo la violación de una menor de 10 años (a veces o por lo general realizado por una persona cercana a ella). A veces nos toca defender al imputado y nos preguntamos: ¿Hasta qué punto uno puede ser estrictamente objetivo y atender a esta persona? Lo más probable – Como he podido apreciar en el diario trajinar – es que la mayoría de internos reclusos por éste delito se encuentran justificadamente encarcelados, por lo que, más allá de asesorarlos jurídicamente o como en mi caso decidir la pena concreta, lo único que hacemos es escucharlos y brindarles algunos consejos finales, muy a pesar de saber la actuación criminal probado.

Sin embargo, he aprendido que no podemos caer en el facilismo de generalizar nuestros sentimientos y prejuizar a las personas que acuden a nosotros por ayuda. Nuestras cárceles, entre ellos, la nuestra, es decir, el establecimiento penal de Huaraz, también alberga a personas inocentes que a consecuencia de una simple imputación, se encuentran privados temporalmente de su libertad y, en otros casos condenados, muy a pesar de su inocencia. No es muy ajeno encontrar

por ejemplo argumentos como: a) "es una venganza política, porque soy dirigente de mi zona"; b) "la chica quiere atribuirme la paternidad de la criatura que tuvo, pero no es mío"; c) La víctima está manipulado por sus padres u otros para perjudicarme en forma personal; d) Hemos tenido una relaciones sexuales consentidas con la víctima, pero sus padres se opusieron y me han denunciado sin tener en cuenta la versión real de los hechos..

Pero no fue hasta que leímos los expedientes, nos entrevistamos con algunos de los condenados o procesados por violación; pero también cuando me tocó ser Juez y por tanto con obligación de decidir sobre la libertad o condena de los acusados, que me di cuenta de que, en algunos casos, el ius puniendi del Estado se utiliza arbitrariamente. ¿Es jurídicamente posible que una persona sea llevada al penal con la etiqueta de violador de menor, y todo lo que ello implica, con un solo elemento probatorio de cargo como es la declaración – que por cierto es contradictoria- de la supuesta víctima? ¿Es válido mantener en la prisión a esta persona cuando las diversas pruebas de descargo (testigos) acopiadas en la investigación evidencian la posibilidad de una relación sentimental entre el acusado y la víctima?. ¿Constituye delito que una persona tenga relaciones sexuales consentidas con su pareja, una adolescente de 15 años, por ejemplo?

La legislación penal peruana siguió un mismo criterio durante casi todo el siglo XX en cuanto a este aspecto del llamado derecho penal sexual, considerando que la indemnidad sexual se extendía hasta los 14 años de edad, luego de lo cual se le reconocía a la persona una plena libertad sexual – libertad para decidir con quién tener relaciones sexuales y libertad para decidir con quien no tenerlas-. Sin embargo, en abril de 2006 el legislador acoge una corriente reformadora –tanto a nivel nacional como latinoamericano- y decide extender la protección penal del menor elevando el límite de su intangibilidad sexual hasta los 18 años de edad. A partir de esta fecha, entonces, se introdujo modificaciones a la legislación penal orientadas a no reconocer una libertad sexual a los menores entre 14 y 18 años, en tanto que, según esta tendencia, dicho grupo de menores no tendría la capacidad, y por ende, la libertad, para decidir con quién tener relaciones sexuales. En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 28704, lo que estaría en juego en

estos casos es la indemnidad sexual, esto es, el status de intangibilidad física y sexual del menor entre 14 y 18 años.

Así, el delito de violación sexual de menor que se encuentra actualmente tipificado en el artículo 173 de nuestro 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 173.3 del CP establece que aquel que tiene relaciones sexuales con un menor entre 14 y 18 años de edad tendrá una pena no menor de 25 ni mayor de 30 años. Adicionalmente, a los autores de éste delito no se les concede beneficios penitenciarios.

Es en este contexto en el que el Poder Judicial al percatarse de situaciones de injusticia que se venían presentando a raíz de la entrada en vigencia de esta legislación, particularmente en los casos de relaciones sexuales en parejas jóvenes, decide emitir, primero, el Acuerdo Plenario N° 7-2007, del 16 de Noviembre del 2007, y, luego, el Acuerdo Plenario 4-2008, del 18 de julio del 2008, que dejó sin efecto al anterior.

Con respecto al Acuerdo 4-2008, vigente, la Corte Suprema señala que en el caso de un menor de 14 a 18 años de edad, el consentimiento que éste presta para realizar un acto sexual es totalmente válido, llevando a cabo una interpretación sistémica de este tipo penal (173.3 CP) en comparación con el delito de seducción (Art. 175 CP) y el delito de actos contra el pudor de menor (Art. 176-A CP), en los cuales el legislador reconoce los plenos efectos de su consentimiento, y a la luz del principio constitucional de interpretación más favorable al reo; de lo que se concluye que el diseño normativo del Código Penal determina la libertad sexual a partir de los 14 años de edad. Así pues, sería aplicable en estos casos el artículo 20 inciso 10 del Código Penal por cuanto el menor de edad comprendido entre las edades señaladas tiene la libre disposición de su bien jurídico “libertad sexual” y el consentimiento exime al agente de responsabilidad penal. El Ordenamiento jurídico le confiere la facultad al menor



entre 14 y 18 años de edad de ejercer su libertad sexual, y no se le exigen mayores requisitos para su verificación que la simple expresión de tal consentimiento, por tanto, la persona que lleva a cabo una relación sexual consentida con un menor entre 14 y 18 años de edad no está desconociendo norma jurídica alguna.

Según el artículo 116 del TUO de la Ley Orgánica del Poder judicial, los Acuerdos Plenarios son adoptados por Plenos Jurisdiccionales y sirven para fijar una línea interpretativa de las normas y unificar la jurisprudencia; de tal manera que ésta sea vinculante para todos los órganos judiciales. En el presente asunto, se emiten los Acuerdos a propósito de diversos pronunciamientos en los que se aplicaba control difuso al artículo 173 Inc. 3 del Código Penal, en adelante CP – violación de menor de 14 a 18 años de edad.- pues consideraban que se vulneraban varios derechos constitucionales entre ellos el libre desarrollo de la personalidad.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional<sup>52</sup>, declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 28704, sin embargo, lo más llamativo es que ya en esa fecha había personas condenadas por ese delito y, por ello el supremo interpreta de la Constitución resolvió lo siguiente:

“114.- En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en los casos de **violencia, agresión o abuso sexual** contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores). Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les pueda procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento.

**115.** Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal,

---

<sup>52</sup> Expediente N° 0008-2012/PI/TC, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>, fecha de acceso el 10 de julio del 2014.

modificado por la Ley N.º 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de “sustitución de pena”, “adecuación del tipo penal” o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170º del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente”.

Como se podrá inferir, finalmente hubo y hay víctimas de una norma penal que priorizó una política criminal autoritaria, pero que el órgano jurisdiccional y luego del Tribunal Constitucional, corrigieron cada uno según su competencia y forma.

Pero cuando se trata de perseguir y luego castigar al violador, existe también el auxilio de la ciencia médica, la psicología, la psiquiatría entre otros y dependiendo de casa en concreto para resolver la imputación penal por el delito de violación de la libertad sexual. Si antes, se tenía limitaciones en aspectos científicos, ahora es alentador tener los aportes de la ciencia para que nuestra decisiones no sean arbitrarias, sino se basen en la ciencia.

La ciencia médica en general, permite la realización de pericias de laboratorio en casos de delitos de violación sexual, como los siguientes:

**Biología Forense**, es la aplicación de los conocimientos biológicos dentro del campo criminalístico, mediante el estudio sistemático de las huellas o indicios

biológicos dejados por el autor o víctima, aplicando técnicas y procedimientos biológicos, a fin de resolver los problemas policiales y judiciales, comprende:

**La Hematología**, entendida como el estudio de la sangre, ya sea en estado fresco o como mancha seca, nos permitirá determinar el grupo sanguíneo, factor sanguíneo, características de las manchas, formas de las manchas, aspecto de las mismas, así como también puede precisarse el sexo de la persona, la edad del individuo del cual procede la mancha. Para el caso de presunta violación sexual es importante aparte del proceso identificatorio, así por ejemplo de ser la mancha sanguínea menstrual si se encuentran células epiteliales uterinas o de la mucosa vaginal; será epistaxis, si va acompañada de células epiteliales de pestañas vibrátiles, será melena, cuando la sangre va acompañada de restos de materia fecales.

**La espermatología**, como el estudio de la morfología y bioquímica del semen, en los casos de delitos de carácter sexual. El semen puede estudiarse tanto como elemento reconstituyente e identificador, en la práctica el elemento reconstituyente tiene mayor uso, por que estudia el aspecto, la situación, extensión, cantidad, etc, de las manchas seminales.

Si la víctima se encontraba de pie o relativamente inmóvil, se hallarán manchas tipo goteo; si la eyaculación ha sido fuera de los genitales, con movimientos de lucha u otra causa, se obtendrán manchas alargadas o escurrimiento, con indicación de dirección del movimiento. El hallazgo de manchas seminales con sangre, indicará probable desfloración reciente o manchas sanguíneas provenientes de una menstruación. Los animales también pueden eyacular y se podrá encontrar semen en determinados soportes o lugares, como en el caso de bestialismo, sin que por ello signifique que se ha producido un acto sexual humano. Las ropas interiores sin rotura y con manchas seminales en una mujer, que dice haberse defendido de una agresión sexual, haría pensar que el agresor ha contado con el consentimiento de la supuesta violada; en otros casos cuando las prendas no presentan roturas o signos de violencia, aun habiéndose consumado el hecho, haría suponer que el acto sexual se cometió cuando la víctima se encontraba inconsciente o cuando estaba amenazada con un arma.

La búsqueda de manchas seminales se lleva a cabo tanto en prendas de vestir u otros soportes, sobre el cadáver o la víctima, así como en el agresor, ya sean en el laboratorio o en la escena del delito. En los delitos de violación sexual seguidas de muerte, previa autorización de la autoridad competente, deberá obtenerse **muestra de secreción vaginal** o manchas sospechosas que puedan hallarse en la región perianal de la víctima. Puede existir líquido prostático o semen por eyaculación agónica en casos de ahorcamiento, estrangulamiento, sofocación y algunas muertes súbitas (angina de pecho, edema pulmonar, etc.), ello no debe confundir e interpretar el hecho como indicio de violencia sexual. Elementos como vellos pubianos, pelos, plumas, parásitos, etc., son importantes porque permite determinar delitos sexuales o casos de bestialismo. La data de una mancha seminal se funda en la determinación de un componente químico, la colina, proveniente de la descomposición de la lecitina; por lo tanto, cuanto más antigua es la mancha de semen se encontrará más colina; pero disminuirá proporcionalmente la lecitina.

El examen sobre la víctima y agresor deberá realizarse lo más pronto posible, ya que los vestigios pueden desaparecer rápidamente, se busca semen en los órganos genitales principalmente, así como en otras partes del cuerpo, también se examinará las ropas exteriores tanto de la víctima como del agresor, para determinar sus posición, orden, rastros de violencia, forma y situación de las manchas. El semen se deseca rápidamente y aunque el volumen de éste sea pequeño, puede escurrir de los genitales por gravedad, ello indicará la posición de la víctima o cadáver en el momento de producirse el delito.

Dentro de la **espermatoología**, existe un examen especial llamado Espermatograma, que consiste en determinar cualitativa y cuantitativamente los espermatozoides en personas y está encaminado a probar las causas de esterilidad en los casos de acusaciones por paternidad y violación sexual.

En los análisis especiales, de diversas muestras, es de especial atención para el delito que nos aborda, el de manchas de orina, asociada con el esperma, heces y meconio y están relacionadas con casos de delitos contra el honor sexual; manchas de saliva, frecuentemente se encuentran en diversos tipos de soportes y

que pueden haber servido de mordazas, para facilitar la comisión de la violación; manchas de secreción vaginal, son interpretadas como manchas seminales; manchas de secreción lagrimal, se encuentran en todos los delitos contra el honor sexual, en soportes que han sido utilizados como vendajes y máscaras, para cubrir los ojos o la cara en su totalidad; manchas de sudor, en soportes en que el sujeto activo actuó, producidas por esfuerzo emotivo o por esfuerzo físico o por casos patológicos; manchas de esperma, se investiga en todos los soportes provenientes de estos delitos, pertenece sólo al sexo masculino, dado que sólo en el surco balano prenupcial se produce esta sustancia; manchas de materias fecales, en las relaciones contra natura; entre otros.-

**En Fanerología.** El estudio tricológico de pelos (cabellos o vellos pubianos) que pudieran haber quedado en el cuerpo de la víctima o en su cavidad vaginal, o encontrados en la escena, sábanas, cubrecamas, suelo a fin de determinar si corresponden al presunto violador. Igualmente el estudio Oncológico, para analizar si en las uñas de la víctima han quedado sangre y restos epidérmicos del presunto autor.

**En Microbiología:** Examen de flujo vaginal, a través del examen bacteriológico para determinar gonorreas y microbiológico para determinar la presencia de hongos que hayan sido infectados a la víctima por su presunto agresor; examen en flujo Uretral masculino o femenino a fin de determinar enfermedades de transmisión sexual como sífilis, gonorrea, SIDA, herpes genital.

**Biología Molecular:** Para determinar el ADN a través de muestras de sangre, pelos, semen, encontrados en la escena del crimen que permitan identificar si corresponden al presunto autor.

**Inspección Biológica:** En la escena del crimen que permita el recojo, acopio de evidencias donde se ha producido el hecho, inmueble, campo abierto, vehículo.

**Documentos copia Forense:** Sobre cartas o manuscritos encontrados en la escena del crimen (habitación de la víctima) para determinar si pertenecen a la pareja de la víctima y si existe alguna vinculación de éste en el delito.

**Físico Químico Forense.** Para el análisis físico de las sábanas o cubrecamas, colchas o prendas de vestir de la víctima que presenten cortes y se determine si ha sido utilizada arma blanca, o en pedazos de tela encontrados sujetos en las manos de la víctima si a ésta si se le ha dado muerte. Análisis químico, en bebidas encontradas en la escena del crimen, para determinar si contienen sustancias toxicológicas o envenenamiento en caso de muerte de la víctima.

La perica de Absorción atómica, en caso se encontrara evidencias de que en la escena después de violar a la víctima se le dio muerte con arma de fuego y se haya dejado prendas de vestir masculina, la prueba puede realizarse sobre las palmas de las manos y el dorso de la víctima violada y sobre las prendas de vestir, a fin de detectar residuos metálicos de disparo.

**La pericia Balística sobre las prendas de vestir: En caso de violación seguida de muerte violenta y/o con resultado de lesiones graves.** En las heridas con arma de fuego debe precisarse la distancia a la que fueron hechos los disparos, las características del orificio de entrada y salida.

**Pericia Medica Forense:** Examen Ectoscópico, a fin de determinar las lesiones corporales causadas a la víctima, a fin de que se precise naturaleza y tipo de lesiones. Examen de Lesiones genitales, generadas adicionalmente a los desgarros himeneales, dependientes de la desproporción de los órganos masculino y femenino y violencia en la realización de la cópula consistente en: roturas o desgarros del perineo, tabique rectovaginal o fondo de sacos vaginales, pudiendo ocasionar la muerte.

El examen Preferencial, ginecológico a fin de determinar, si presenta excoriaciones en genitales, cicatrices desgarros del himen, lesiones en labios mayores y menores, y descartar si víctima se encuentra en estado de gestación como consecuencias de la violación, desfloración reciente o antigua, si el himen es complaciente indicando la presencia o ausencia de signos de acto sexual reciente.

Examen proctológico en varones y mujeres de diferente edad para determinar la presencia de campos fisiológicos o anatómicos recientes o antiguos a novel del ano que indique. Acto o coito contranatura reciente, actos o contranatura antiguo.

Estudio Citológico, de la toma de muestras de la región anal y vaginal para identificar espermatozoides.

Examen médico forense para determinar la potencia e impotencia sexual (coeundi o Generando).

**Pericia Psicológica Forense:** Para deducir el grado de capacidad conductual y psíquica de la persona en estudio. Se busca esclarecer si el individuo que delinquirió lo hizo en plena claridad o se trató de una alteración comportamental. En los casos de Violación sexual de debe realizar un a Perica Psicológica para determinar el daño psíquico causado a la víctima, así como al autor del hecho a fin de determinar su personalidad, secuela de maltrato, trastornos que pudiera registrar durante el desarrollo de su vida y sea la causa de su comportamiento lo que puede determinar la atenuación de su responsabilidad o su inimputabilidad.

**Pericia Toxicológica:** A través de muestras de sangre, orina de la víctima para determinar si ha consumido alguna sustancia o alimento que haya sido preparado con alguna sustancia toxicológica para colocarla en estado de inconciencia, indefensión, o bajo los efectos alucinógenos en caso de ingesta de drogas. (LSD, Marihuanas, o Nativas). En casos de que se hubiera producido la muerte de la víctima se puede hacer le examen toxicológico de sus vísceras (cerebro, pulmón, riñones, hígado).

De todo lo anteriormente señalado, podemos señalar o indicar lo siguiente: ¿En los casos judiciales que se investigan, procesa y condenan por el delito de violación sexual, se tiene en cuenta, se actúa con el auxilio de la ciencia para poder verificar los hechos? La respuesta es un rotundo no. Nuestros magistrados, tanto fiscales y jueces, siguen actuando con formalismos de solo dos pruebas: certificado médico legista y en algunos casos de pericia psicológica. ¿Y las otras pruebas mencionadas precedentemente, no tienen eficacia? Las justificaciones podrían ser varias, pero como quiera que uno se conduela con la víctima, no

interesa mayor prueba que la versión de la víctima y viene inmediatamente la condena.

**a) De las resoluciones.** Las resoluciones judiciales (en este caso sentencias), tiene una doble valía: No solo resuelven un problema jurídico penal; sino también expresan el sentir, el pensamiento, el razonamiento y la correlación de los hechos con el tipo penal.

Atendiendo a lo antes señalado, se tiene que en las sentencias cuyo fragmento hemos transcrito que las sentencias por el delito de violación de la libertad sexual de menores, se advierte que los magistrados siguen un orden formal pre establecido; es decir, ciertos cánones (formatos) donde solo cambian datos.

Esta forma de proceder, genera dos grandes dificultades: No expresa la particularidad de cada caso específico; no permite desarrollar el razonamiento del juez que resuelve el caso al exigirle solo al formato pre establecido. Este proceder podría justificarse desde el ámbito formal; pero no puede pasar el examen de calidad, de dedicación, de administración de justicia que se le encarga al Juez.

Por otro lado, de la lectura de las resoluciones judiciales cuyos fragmentos más saltantes hemos transcrito, se tiene que solo se han actuado dos o tres medios probatorios: Los que siempre se actúan son: la versión de la víctima y el certificado médico legista y adicionalmente la partida de nacimiento de la víctima cuando se trata de menor de edad. Es precisamente a consecuencia de la actuación de estas pruebas, por lo general se llega a una condena.

Pero como hemos podido señalar precedentemente, la ciencia nos permite tener muchos instrumentos científicos que impedirían una actuación arbitraria y discrecional; es más, evitaría una sindicación de la víctima con fines ajenos a la verdad (pues tampoco hay que descartar motivaciones ajenas a los hechos en este tipo de delitos como en otros que siempre se presentan).

En nuestras muestras, solo aparte de lo ya señalado, se ha actuado la pericia psicológica. ¿Ella es suficiente, habiendo mecanismos científicos válidos? Evidentemente que no. Lo que sucede es la inacción, el desconocimiento, el



formalismo de los encargados de perseguir el delito (el Fiscal) y también la pasividad, el formalismo, la indiferencia (del Juez), que se deja llevar por la coyuntura o la alarma, no está permitiendo que entre en acción la ciencia.

El auxilio de la ciencia es innegable. La historia lo ha demostrado o acreditado con suficiencia. Entonces, deviene en necesaria y obligatoria que nuestros magistrados en general, no solo deben conocer sus fundamentos, sino también practicarla en cada caso particular. Estamos seguros, que no todos los casos son iguales; sin embargo, precisamente esa particularidad exige del Juez una actuación también particular. Eso no se observa. Tampoco se advierte una posibilidad de variar esa actitud. Y eso es lo preocupante.

## VI.-CONCLUSIONES

- 1.- Los delitos de violación sexual en general y de menores de edad en particular, constituyen hoy los delitos que más abundan en nuestra región, pero también estamos seguros en el país. Las razones y justificaciones son muchas. Pero lo que interesa aquí es su existencia real y particular de manera permanente.
- 2.- La prueba en el proceso penal es elemental, necesaria e indispensable. Sin la prueba no hay proceso, menos justicia. Pero esta prueba está sujeta a limitaciones legales y constitucionales. Por tanto, la labor de los operadores de justicia, es obtener pruebas lícitas.
- 3.- En los delitos de violación sexual de menores, se viene actuando solo medios probatorios esenciales, rudimentarios y formalistas: Solo se advierte que se actúa la versión de la víctima (cuidando que haya coherencia); la partida de nacimiento y el certificado médico legista. En algunos casos, se requiere una pericia psicológica, pero ello es excepcional, más no la regla. Con esos medios de prueba por lo general se condena y excepcionalmente se absuelve. Esa es la rutina en nuestro universo de estudio.
- 4.- Los medios de prueba actuadas en juicio oral cuando se trata de delito de violación sexual de menores de edad, son insuficientes y ajenos a la ciencia. La ciencia hoy nos permite contar con diferentes mecanismos para poder acercarnos a la verdad; sin embargo, el desconocimiento, la falta de pericia e información de los magistrados permiten que sea ajeno a los procesos reales y concretos que se llevan a cabo en nuestro universo de estudio. Por consiguiente, los resultados de esa investigación son subjetivos y, también en algunos casos arbitrarios, pues el jus puniendi del Estado solo se impone, no se discute. Esta práctica naturalmente, es ajena a un Estado constitucional.
- 5.- Es obligatorio que nuestros magistrados (jueces y fiscales), procuren uniformizar sus criterios en todo cuanto hay duda o diferencias de interpretación y aplicación. El fundamento esencial para ello es que necesitamos generar seguridad jurídica, predictibilidad de las decisiones

judiciales. Solo así garantizamos una recta administración de justicia y, por tanto, podamos ganar legitimidad a favor de los operadores de justicia, en especial del órgano jurisdiccional; pues al ser un poder autónomo del Estado, no puede estar sometido permanentemente a crítica, menos a desconfianza infinita. Un país democrático, debe medirse no tanto por los epítetos que emitimos o pretendemos añadir, sino porque su poder judicial, no solo está conformado por hombres probos, sino que además sus decisiones son predictibles y nunca confusas o variables de acuerdo a los intereses.

## **VII.- RECOMENDACIONES**

- 1.- Realizar cursos permanentes de explicación y difusión de las ventajas y conocimientos que nos otorga la ciencia, las mismas que deben ser aplicadas a la investigación por los delitos de violación de la libertad sexual de menores de edad.
- 2.- Proponer, fundamentar que la persecución penal por los delitos de violación sexual de menores, se constituya en política del Estado. Solo así se podrá permitir el apoyo permanente y real de la ciencia en la investigación por este delito.
- 3.- Realizar plenos regional, zonales o provinciales que coadyuven a uniformizar criterios en cuanto a los mecanismos de investigación sobre violación sexual de menores, el mismo que permita ir cualificando no solo las investigaciones, sino también las decisiones finales de los jueces.
- 4.- Uniformizar el tratamiento probatorio cuando se trata de procesar a los imputados por el delito de violación de la libertad sexual.

## VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALVAREZ MAURICIO Octavio (2006). “Método para obtener el título el título profesional y los grados de magíster y doctor”. 1era edición Lima-Perú, editorial MEGABYTE SAC.
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL (2004). “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?- apuntes sobre el concepto material del delito –“. Primera Edición. Lima-Perú. , Editorial GRILEY.
- CANCIO MELIA, Manuel (2003). *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. EN, CANCIO Meliá, MANUEL y JAKOBS, Günther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho*. Barcelona. Tirand lo Blanch. ISBN: 9507272720.
- CASTILLO ALVA, José Luís (2002). *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima-Perú, editorial Gaceta Jurídica.
- CUELO IRIARTE, Gustavo ( 2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*. Buenos Aires-Argentinas, editorial Legis.
- CHAIA, Ruben A. (2010). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires-Argentina, editorial Hamurabi.
- ESE, ALBIN (1998). “*Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*”. Lima-Perú, editorial IDEMSA.

- ESQUIVEL GRADOS, José (2006). *“Como elaborar el proyecto de tesis”*.  
Lima-Perú, editorial Juan José Gutemberg EIRL.
- FERRAJOLI, LUIGUI (2001). *“Derecho y razón – teoría y garantismo penal”*.  
5ta. Edición. Madrid-España, editorial Trotta S.A.
- GARCIA CAVERO, Percy (2008). *“Lecciones de Derecho Penal-parte general-”*, Lima-Perú, editorial GRIJLEY.
- GASCON ABELLAN, MARINA (1999). *“Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba”*. Madrid-España., editorial Marcial Pons,  
Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- GÓNZALES LAGIER, DANIEL (2005). *“Quastio Facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción”*. Lima-Perú, Editorial Palestra-Temis.
- GUZMAN, NICOLÁS (2006). *“La verdad en el proceso penal-una contribución a la epistemología jurídica”*. Buenos Aires-Argentina,  
Editores del Puerto.
- HEINZ GOSSEL, KARL (2004). *“El proceso penal ante el Estado de Derecho – estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal-”* Lima-Perú,  
traducción del Dr. Miguel Polaina Navarrete, 1era edición, ediciones  
GRIJLEY.
- MERCADO, H., Salvador (1997). *“¿Cómo hacer una tesis? Tesinas, informes, memorias, seminarios de investigación y monografías”*. México D.F.-  
México, Editorial Limusa S.A.

- MIXAN MASS, FLORENCIO (2005). “*Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*”. Primera Edición. Trujillo-Perú, ediciones BGL.
- MUÑOZ SABATÉ, LUÍS (1997). “*Técnica probatoria*”. Santa Fe de Bogotá-Colombia, editorial TEMIS S.A.
- QUIROZ SALAZAR, William Fernando (1998). “La investigación jurídica”. Lima-Perú, editorial Insergraf.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2007). Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Lima-Perú, editorial IDEMSA.
- RAMOS NUÑEZ. Carlos (2001). “¿Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento? Lima-Perú, 2da. Edición, editorial Gaceta Jurídica.
- ROXIN, CLAUS (2000). “*Derecho Procesal Penal*”. Buenos Aires-Argentina, Editores del Puerto S.R.L.
- 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.
- 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.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *“Derecho Penal – parte  
general-“*, Lima-Perú, editorial GRIJLEY, 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.