

**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO**



**‘ANALISIS Y OBSERVACIONES DEL EXPEDIENTE PENAL N°  
02153-2015-89-2501-JR-PE-01, EN BASE AL ACUERDO  
PLENARIO N°02-2005’**

Trabajo de suficiencia para optar título profesional de abogada.

**Autor:  
Fátima Del Pilar Arizola Rodríguez**

**Asesor(a) – Código 0000-0003-3196-8332**

**María Jone Valderrama Domínguez**

**CHIMBOTE - PERÚ**

**2021**

## 2. PALABRAS CLAVE:

Violación Sexual, Presunción de Inocencia, Proceso Penal, presión mediática.

Línea de Investigación:

Instituciones del Derecho Procesal:

Instituciones fundamentales del Derecho Penal

<b>Tema</b>	Violación Sexual
<b>Especialidad</b>	Derecho

<b>Theme</b>	Sexual abuse
<b>Speciality</b>	Law

### 3. DEDICATORIA

A mi madre, por haberme impulsado a estudiar  
esta hermosa carrera;

A mi abuela, porque siempre quiso esto para mi  
vida y todo el tiempo oraba para que se haga  
realidad;

Y a mi padre, por haberme apoyado en todas las  
etapas de mi vida y ser mi mejor amigo;

#### 4. AGRADECIMIENTO

Gracias a Dios por darme la vida y nunca desampararme, porque en estos tiempos la vida y la salud es lo más importante.

Gracias a mis padres que han sido un motor en mi vida y que en todo momento confiaron en mis capacidades para desempeñarme en esta carrera.

Gracias a esta prestigiosa universidad que, a través de sus distinguidos docentes, llenó seis años de mi vida con muchos conocimientos y me hizo una gran profesional.

## 5. ÍNDICE

<b>Palabras Clave .....</b>	<b>2</b>
<b>Dedicatoria.....</b>	<b>3</b>
<b>Agradecimiento... ..</b>	<b>4</b>
<b>Índice.....</b>	<b>5</b>
<b>Resumen... ..</b>	<b>6</b>
<b>Descripción del Problema... ..</b>	<b>7</b>
<b>Marco Teórico... ..</b>	<b>14</b>
<b>Análisis del Problema... ..</b>	<b>41</b>
<b>Conclusiones y Recomendaciones .....</b>	<b>47</b>
<b>Referencias Bibliográficas... ..</b>	<b>49</b>

## **6. RESUMEN**

El NCPP se caracteriza por ser garantista, destacando los principios de presunción de inocencia e igualdad de armas.

El actual proceso penal tiene como uno de sus fines reunir los elementos de convicción (Art. 61 CPP), con el objeto que el fiscal pueda llegar a la verdad material de los hechos y de esta manera pueda analizar y decidir si emite requerimiento de acusación fiscal y posteriormente que esta sea sostenida en juicio oral.

En la presente investigación, podemos advertir que existen fiscales que aún realizan una labor netamente de cargo, dejando de lado su labor de descargo, vulnerando así la presunción de inocencia, peor aún si la investigación versa sobre algún delito que atenta contra la libertad sexual, conforme al presente caso, pues se ha sobredimensionado la declaración de la menor agraviada en cámara Gesell.

En el presente análisis, se puede concluir que existe un error en la aplicación del A.P 02-2005, asimismo no se ha desvirtuado la presunción de inocencia (Art. 12 inciso 24, literal 3 de la CP), existen serias contradicciones de la menor agraviada en cámara Gesell, sobre todo en la descripción física del imputado.

Es por ello que se recomienda a los fiscales penales no estigmatizar como culpable a un investigado por el delito de V.L.S y que deben aplicar de forma íntegra el Art.61 del CPP, ya sea de oficio o porque lo solicite el abogado (existen algunos abogados defensores que no solicitan actos de investigación de descargo con el objeto de reunir pruebas a favor del investigado). En caso se realice una investigación destinada solo a reunir elementos de convicción de cargo, se recomienda a los jueces pedir la nulidad de dicha investigación y ordenar una nueva. Sancionando de esta manera o llamando la atención a los fiscales y a los abogados defensores del imputado.

## 7. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Previo a la descripción del problema, detallaremos los hechos y trámites ocurridos a lo largo del proceso, conforme a la siguiente descripción:

El día 21 de febrero de 2015, la persona de Juan Presbítero Zelaya Zanes, se presentó ante la CPNP 21 de abril, a fin de denunciar que el día **17 de febrero de 2015**, aproximadamente a las 16:00 horas, su menor hija de iniciales B.D.Z.H. (13 años), fue víctima de la comisión del supuesto delito de violación en grado de tentativa, por parte de la persona de **Moisés Nilo Miranda Marcelo**, manifestando que lo hechos ocurrieron en circunstancias que el denunciante regresaba de su inmueble, su madre le comento que su hijastra Tatiana Jhosselyn de la Cruz Huamán, le había comentado que encontró al denunciado (quien es su pareja sentimental), forcejeando con la menor al interior de su cuarto, con la finalidad de abusar sexualmente de ella, para luego el denunciado salir rápidamente del inmueble.

Conforme al contenido de los actuados en la carpeta fiscal, se tiene que:

- Acta de Denuncia Verbal N° 102-2015-REGPOLA/DTP-A/DIVPOL-CH/CPNP.21ª-SIDF., de fecha 21 de febrero de 2015.
- Declaración de Juan Presbiterio Zelaya Zanes, de fecha 21 de febrero de 2015,
- Disposición de Inicio de Diligencias Preliminares, de fecha 18 de marzo de 2015, en la cual se inician diligencias preliminares contra la persona de Moisés Nilo Miranda Marcelo, por el presunto delito de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales B.D.Z.H., por el plazo de sesenta días.
- Ampliación de la declaración de Moisés Nilo Miranda Marcelo, de fecha 13 de abril de 2015, quien refiere que con el denunciante tuvieron

enfrentamientos, cerca de la fecha de los hechos, por que aprovechó para desalojar a su conviviente y sus hijos de un lote de terreno ubicado en Cambio Puente, razón por la cual se fue a vivir con su familia a Lima, precisa que la denuncia se origina en los problemas con el lote de terreno que era de propiedad de su suegra.

- Declaración de Tatiana Jhosselyn de la Cruz Huamán, de fecha 05 de mayo de 2015, quien precisa que los hechos denunciados son mentira y que está relacionada por un problema que tienen.
- Acta de entrevista de la menor B.D.Z.H., en cámara Gesell, de fecha 06 de mayo de 2015.
- Protocolo de Pericia Psicológica N° 002567-2015-PSC, practicado a la menor agraviada, el mismo que concluye: Se aprecian adecuados niveles de atención y concentración, con buen nivel de capacidad comprensiva de las preguntas por lo que al narrar los hechos lo hace de manera consistente, mencionando detalles entre las expresiones verbales y gestuales, siendo este mayormente espontáneo, se aprecia en su estado de ánimo ansiedad situacional al narrar los hechos, en cuanto a su relato es lógico, secuencial, coherente con las expresiones verbales y gestuales.
- Certificado Médico Legal N° 002596-EIS, de fecha 07 de mayo de 2015, practicado a la menor agraviada, el mismo que concluye que la menor peritada presenta desfloración antigua, no signos de acto contranatura y no presenta actualmente huellas de lesiones traumáticas recientes.
- Mediante Disposición de fecha 20 de mayo de 2015, se dispuso ampliar el plazo de las diligencias preliminares por el periodo de 60 días.
- Ampliación de la declaración del investigado Moisés Nilo Miranda Marcelo, de fecha 18 de junio de 2015, en donde manifiesta que no tiene tatuajes en ninguna parte del cuerpo, por lo que la agraviada estaría mintiendo, toda vez que en Cámara Gesell dijo que **tenía**



**tatuajes en la cabeza y el pecho señalando la cintura izquierda, lo que no se ajustaría a la verdad.**

- Declaración de Carmen del Pilar Zelaya Zanes, de fecha 19 de junio de 2015, quien refiere que hermana del denunciante y su sobrina le contó los hechos ocurridos en su agravio, ella fue quien le contó los hechos sucedidos al padre de la menor.
- Con fecha 30 de julio de 2015, se dispuso Formalizar Investigación Preparatoria contra Moisés Nilo Miranda Marcelo, por la presunta comisión del delito de Violación Sexual, en agravio de la menor de iniciales M.B.A.R.
- La Municipalidad Provincial del Santa remite la partida de nacimiento de la menor agraviada, en donde consta que su fecha de nacimiento es el 09 de marzo de 2001.
- Protocolo de Pericia Psicológica N° 002642-2015-PSC, practicado a la menor agraviada, el mismo que concluye: Estructura de personalidad tendiente a la extroversión, evidencia de afectación emocional, asociado a estrés emocional, derivado de experiencia sexual relatada, relato coherente.
- Con fecha 12 de febrero de 2016, la 1FPPC del Santa presentó un requerimiento de sobreseimiento, de conformidad con el Art. 344 numeral 2 inc. D., toda vez que la investigación se ha sustentado únicamente en la sindicación de la agraviada de iniciales BDZH, no existe nivel objetivo, datos o circunstancias externas que apoyen su versión, existiendo graves contradicciones que la ponen en duda, siendo que en cámara Gesell ha referido que dicha persona tenía tatuajes en la cabeza, en el pecho señalando con dirección a la cintura izquierda, asimismo en la diligencia de declaración del agraviado se dejó constancia que estos tatuajes no aparecen por los alrededores de su cintura izquierda, pecho, espalda o su cabeza, por lo que la versión de la agraviada no genera convicción por no ser contundente como para enervar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste al

investigado, por no reunir los requisitos del Acuerdo Plenario 02-2005, es decir su relato no es coherente y tampoco existe persistencia en el sentido de su incriminación, ya que a su padre le habría dicho que el presunto agresor intentó violarla, pero en cámara Gesell expresó que ya había sido víctima de violación sexual

- Mediante Resolución N°DIEZ, de fecha 30 de mayo de 2016, el Juzgado de Investigación Preparatoria resuelve: elevar en consulta a la Fiscalía Superior para que pueda ratificar o corregir el requerimiento de sobreseimiento; basando su decisión en el sentido que considera que la incriminación constituye un medio racional de prueba, que debe ser evaluado, tomando en cuenta la concurrencia copulativa de un conjunto de criterios, además que la versión incriminatoria de la menor agraviada goza de los requisitos de reiteración, persistente y su fiabilidad subjetiva se encuentra corroborada con otros elementos periféricos, como es el reconocimiento médico legal, en el que se concluye que la menor presenta desfloración antigua y como tal constituye un medio racional de prueba y no se ha dado realce el principio del interés superior del niño
- Mediante Disposición N° 14-2016, la Primera Fiscalía Superior Penal del Santa, decide rectificar el requerimiento de sobreseimiento y ordena se formule el requerimiento de acusación, basándose en que en la etapa de Juzgamiento se practica los actos de prueba y en las que primando el Principio de Inmediación determinaran en el juzgador la convicción o duda, respecto de la realización o no del delito y su vinculación para el investigado.
- Con fecha 07 de enero de 2017, se emite el requerimiento acusatorio.
- y el Juzgado Penal Colegiado del Santa condena al acusado Moisés Nilo Miranda Marcelo, como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales BDZH, y como tal se le impone la pena de cadena perpetua, fundamenta su decisión en el hecho que la imputación que se hace al acusado parte de la única

testigo-víctima del evento delictivo, toda vez que en la Cámara Gesell dijo: “...*El esposo de mi hermana Tatiana ha abusado de mí, él se llama Moisés Miranda Marcelo; eso fue en la casa donde vivía con mis hermanos y mi mamá, el me molestaba, yo le dije a mi hermana y ella le decía para que no me moleste y decía que ya, pero él me molestaba cuando estaba sola...*” Precisa que dicha imputación lo ratifica anta el médico legista, lo que queda plasmado en el CML N° 002596-EIS, donde la menor precisa que en enero fue abusada sexualmente por el imputado. Asimismo, se tiene la versión de la testigo Carmen Pilar Zelaya Zanes, a quien la menor agraviada le confirma que si había sido violada por la persona de Moisés.

- Precisa el colegiado que la imputación de la menor, se refuerza ya que le había contado a su abuela y luego a su tía, con lo que afirman que existe persistencia en la incriminación respecto al núcleo central de imputación como es la agresión sexual y la verosimilitud se corrobora con otros medios de prueba periféricos como son el CML 002596-EIS, siendo que las conclusiones están debidamente sustentadas, pues por el paso del tiempo – aprox. 05 meses – es que no se halló lesiones recientes a nivel del himen.
- Asimismo, refieren que se encuentra corroborado con la denuncia verbal, con la apreciación de cámara Gesell, toda vez que al observar el video de la Cámara Gesell se ve un cambio de actitud al momento de narrar los hechos del cual fue víctima.
- Consideran que la teoría del caso de la defensa técnica del acusado, no ha sido probada, pues si bien han acreditado con el contenido de la copia literal emitida por SUNARP, que un lote ubicado en Cambio Puente Mz. D3 Lt. 7, que pertenecía a Juan Presbítero Zelaya Zanes, fue transferido a favor de 2 personas, entonces no existiría motivo para que el denunciante influya sobre la menor con la finalidad de que le impute un hecho grave.

- Mediante sentencia de vista, de fecha 16 de abril de 2018, se declara infundada la apelación formulada por el imputado y confirma la sentencia condenatoria contenida en la resolución N° 08, del 31 de octubre de 2017, precisa que cuando se trata de delitos contra la Libertad Sexual, la víctima es un testigo cualificado, por ende se debe analizar si la versión inculpativa de la menor agraviada cumple o no con las garantías de certeza, por ello analiza su manifestación de conformidad con lo establecido en los Acuerdos Plenarios 02-2005 y 01-2011, por ello hace el siguiente análisis:
- **Ausencia de Incredibilidad Subjetiva:** Esto significa que no existan relaciones entre agraviado e imputado, basadas en el odio, resentimientos, enemistad y otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, respecto a la declaración de la menor agraviada precisan que no se evidencia que existan motivos de odio, venganza o resentimiento entre la agraviada y el acusado, precisa que el imputado afirma que ha tenido problemas con el padre de la agraviada, **pero este hecho no lo ha acreditado con medios probatorios idóneos, por lo que el colegiado no advierte alguna razón por la cual la menor agraviada quiera perjudicar al imputado con la imputación.**
- **Verosimilitud:** La declaración debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, por lo que precisa que la declaración de la imputada es sólida y coherente debido a que ha sindicado directamente al encausado, detallando haber sido víctima por parte del imputado, siendo que el dicho de la agraviada ha sido corroborado con el RML 2596-EIS, la declaración de Carmen Pilar Zelaya Zanes, declaración de Carmen Gladis Huamán Campos, Pericia Psicológica N° 02567-2015-PSC, declaración en juicio oral de Tatiana Jhosselyn de la Cruz Huamán, partida de nacimiento de la menor agraviada, acta de recepción de denuncia verbal N° 102-2015-REGPOL-a/DITPA/DIVPOL.

- **Persistencia en la incriminación:** la incriminación de la menor agraviada ha sostenido su imputación en forma firme y coherente desde el inicio de la investigación, y no se ha retractado de su incriminación, por lo que se cumple dicho requisito. Respecto a lo alegado por la defensa técnica respecto a las contradicciones de la menor agraviada en cámara Gesell, dichas no inciden en lo esencial del relato incriminador en contra del imputado, siendo lo esencial lo narrador por la víctima

Ahora bien en concreto se puede evidenciar que el punto central sobre el cual versa la teoría del caso del Ministerio Público y del Abogado Defensor estriban en el sentido de acreditar o no la comisión del delito de Violación Sexual, partiendo del único elemento como sería la declaración de la víctima, con respecto a ello debemos precisar que el Juzgado Colegiado del Santa fundamenta su sentencia condenatoria en el sentido que la imputación ha sido corroborada con la declaración de la menor y los elementos periféricos que rodean la misma.

- Asimismo, la Sala Penal de Apelaciones declara infundado el recurso de apelación fundamentándose en que: *la incriminación de la menor agraviada ha sostenido su imputación en forma firme y coherente desde el inicio de la investigación, y no se ha retractado de su incriminación, por lo que se cumple dicho requisito. Respecto a lo alegado por la defensa técnica respecto a las contradicciones de la menor agraviada en cámara Gesell, dichas no inciden en lo esencial del relato incriminador en contra del imputado, siendo lo esencial lo narrador por la víctima*

Ahora bien, el problema que hemos podido evidenciar respecto a la investigación sub análisis es el siguiente:

**¿Cuál es el fundamento para determinar que el Juzgado Penal Colegiado y la Sala Penal de Apelaciones aplicaron indebidamente el Acuerdo Plenario 02-2005 en el presente proceso?**

## **8. MARCO TEORÍCO**

### **I. EL PROCESO PENAL PERUANO**

A lo largo de la historia jurídica se han sucedido dos sistemas de enjuiciamiento que han pasado por todas las etapas evolutivas: surgimiento, apogeo, se debilitan y vuelven a surgir nuevamente, estamos haciendo referencia al sistema acusatorio y al sistema inquisitivo.

Leone (1963) expresa que “los dos sistemas que se consideran en oposición, se vieron sometidos en el tiempo a un proceso de erosión o adaptación, al punto de modelarse en su desarrollo respectivo en forma más o menos diferenciada de su esquema originario, y hubieron de aceptar un conjunto de derogaciones capaces de adecuar el esquema puro de cada uno de ellos a situaciones particulares.”

En ese sentido, Leone (1963) afirma que:

El sistema que históricamente aparece primero es el acusatorio, el cual en su esencia responde a la índole de todos los juicios, esto es, ser una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por un Juez, y se funda en los siguientes principios: a) el poder de decisión que pertenece a un órgano estatal: el magistrado, b) el poder de iniciativa corresponde a persona distinta al Juez, c) proceso penal no podía incoarse sin acusación aunque aún si este se desistía del proceso, se continuaba con él, d) el Juez no tenía libertad de investigar ni seleccionar las pruebas, solo examina la alegada por la acusación, e) el proceso se desarrolla según los principios del contradictorio y f) la libertad personal del acusado hasta la sentencia irrevocable.

Luego de ello surgió el sistema inquisitivo que nace como respuesta a la arbitrariedad que llegó a primar en el sistema precedente, lo que fue aprovechado por la Iglesia Católica utilizándola como pretexto para ganar poder dentro de la estructura absolutista existente en esa época.

## **1. SISTEMA PROCESAL**

Para establecer un concepto de sistema procesal debemos elaborar una concepción de Estado, el mismo que se sustenta en el presupuesto de la "dignidad", que corresponde de manera intrínseca a todo ser humano. Esto nos lleva a establecer que el Estado y el derecho positivo únicamente tienen sentido en tanto y en cuanto sean medios a disposición del hombre, guiados por la "dignidad" que a éste le corresponde, para la consecución de su autorrealización individual y colectiva. Más aún, si conforme afirma Vásquez (2004) que el Derecho es una creación humana, un producto cultural que encontramos presente en distintas épocas y pueblos y que ha ido modificando sus características en relación a las circunstancias históricas.

Por tanto, sistema procesal conforme lo afirma Cubas (2009) se refiere:

Al evento cambiante a través de la historia, en el cual se han ido perfilando diversos sistemas procesales con rasgos diferenciados, ya que es un objeto cultural y como tal creado por el hombre, que obedece a sus formas de organización política y social; además, aun cuando esto no siempre fue así, han de estar orientadas en pro del ser humano y de su dignidad.

Así, Maier (1989) sostiene que,

"El hombre a medida que establece formas de convivencia comunitarias y, por ello, el contenido de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden, en busca de una más perfecta convivencia pacífica, y los

cambios sociales que se producen a medida que se transforman las condiciones demográficas y de ejercicio del poder en una comunidad; también el mayor conocimiento empírico sobre las relaciones humanas, de lo cual se ocupan varias ciencias en la actualidad, influyen en los cambios de contenido del orden jurídico".

La idea de sistema procesal refiere de manera doble a la característica de conjunto ordenado inherente al concepto de proceso y a los diferentes métodos o formas en que ese conjunto se dispone, componiendo una especie de modelo organizativo". Más adelante el mismo autor refiere que: "la categoría de sistema procesal lleva a establecer conceptualmente la existencia de un número de rasgos determinantes, que, si bien son extraídos empíricamente de modos históricos de enjuiciamiento, se convierten en una reconstrucción conceptual, en una elaboración o paradigma teórico que, a su vez, constituye una herramienta para interpretar y valorar los métodos reales. (Vásquez, 2004)

### **1.1. SISTEMA ACUSATORIO**

El nombre del sistema se justifica por la importancia que en aquel adquiere la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio.

### **1.2. SISTEMA INQUISITIVO**

La utilización de este sistema es propio de los regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios, se la relaciona con la Roma imperial y el derecho canónico, Duce y Riego refieren que las fuentes del modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal pueden ser rastreadas en la tardía edad media en Europa y más



precisamente en la regulación eclesiástica de lo que ha sido denominada como la inquisición (Duce, 2002).

Este sistema se corresponde con una concepción absoluta del poder del cual nace la concepción extrema de autoridad, alejada de toda participación de la sociedad, es decir, que no poseía un control por parte de los miembros de la sociedad, esto conllevó a que las instituciones que conformaban el sistema de justicia tuvieran un poder ilimitado en la búsqueda de la verdad como único fin del proceso.

Las características del sistema inquisitivo fueron:

- La finalidad del procedimiento penal que se erigió como el método para averiguar la verdad histórica, siendo más "civilizado" que los combates germanos. Se reemplaza estos por la prueba testimonial. Por ello el objetivo primordial, de este procedimiento, era descubrir la verdad: que el acusado confesase, se arrepintiera y finalmente fuera castigado. Asimismo, Bovino (2020) señala que "con el sistema inquisitivo apareció la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento: la averiguación de la verdad" y en ese sentido "El reclamo que efectuará el procurador en representación del rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso.
- Se afirmó la persecución de oficio para consolidar la autoridad real, la organización política y el orden social, con ello el principio acusatorio era historia.

- Otra característica saltante de este sistema es la concentración de funciones existente, así el Juez (el inquisidor) era un técnico. Se trataba de un funcionario designado por autoridad pública, que representa al Estado, que era superior a las partes y que no estaba sujeto a recusación de éstas. Se encargaba de dirigir el proceso de principio a fin, con iniciativa propia, y poderes muy amplios y discrecionales para investigar. Teniendo como facultad exclusiva el tema de la prueba, en cuanto a su ubicación, recepción y valoración. Se debe resaltar que el Juez no solo juzga, sino que, antes de juzgar, investiga los hechos, dirige la indagación, busca culpables, acumula pruebas contra los imputados.
- Prima la idea del procedimiento como pura investigación, secreta y escrita.
- Se introduce el sistema de valoración legal de la prueba, para limitar el poder de quien juzgaba.

### **1.3. SISTEMA MIXTO**

Características:

- Publicidad y oralidad de los debates.
- Libertad de defensa.
- Juzgamiento por jurados.

Como se puede evidenciar, el sistema mixto, resulta de la unión entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, esto como producto de la búsqueda de conciliación entre los valores de ambos sistemas, tales como el respeto irrestricto de la libertad y como tal la exigencia de garantías para el proceso -del Sistema Acusatorio-

; y por parte del Sistema Inquisitivo, el deber del Estado de mantener o restablecer el orden y la paz social, en el cual se fundamenta que la persecución penal sea pública. Por ello Maier (1989) afirma que:

“Del Sistema Inquisitivo perdura hasta nuestros días en una de sus máximas premisas fundamentales: la persecución penal de los delitos es pública, por lo menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto de que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular”.

En adelante este sistema mixto, con la consolidación de los Derechos Humanos, va adquiriendo nuevos matices en pro de la defensa de la dignidad del ser humano.

## **2.1. SISTEMA ACUSATORIO CONTRADICTORIO**

El Código Procesal Penal de 2004 se enmarca dentro de un sistema acusatorio adversarial, pues de la evolución procesal desde un sistema inquisitivo a uno mixto para regresar a uno inquisitivo encarnado en el proceso sumario, el legislador creyó conveniente tener un sistema respetuoso de los derechos fundamentales que se base en los adelantos de la ciencia en general como de la jurídica, en ese sentido, el proceso pena desde la revolución francesa ha sufrido una evolución influida por sistema como el adversarial que como vemos ha llegado a nuestros días. (Vogler, 2005).

A partir de ello, y conforme a lo manifestado por Pérez (2005) las características fundamentales del sistema acusatorio son la

separación de las funciones procesales, pues en el sistema inquisitivo los papeles se confunden y se reúnen en la persona del Juez, en el sistema acusatorio se separan los papeles y se los encomienda a sujetos procesales distintos e independientes entre sí, para garantizar el equilibrio procesal y el juicio sereno por medio de la contradicción de las partes adversas (acusación y defensa) frente a un tribunal imparcial, de esto se deriva la segunda característica: el inicio del proceso por sujeto distinto del Juez (*nemo iudex sine actoré*) y la tercera: la carga de la prueba la tiene la parte acusadora, pues en el sistema inquisitivo la carga de la prueba de exculpación pesa sobre el acusado, pues este sistema está diseñado como una lucha entre el procesado y el investigador.

El principio de contradicción, como principio informador de la actuación probatoria, permite a la defensa contradecir la prueba de cargo, por ello la defensa debe hacer todo lo posible por falsearla, para demostrar que no es exacta o que hay aspectos de ella que pueden ser interpretadas de otra manera. Si el examen de la prueba no se realiza, sino que ha sido obtenido unilateralmente por la parte interesada sin que nadie la haya examinado, esa información es de baja calidad y no ofrece garantías de fidelidad. Como ocurre cuando el juzgador decide en base a lo que el expediente le dice, pues en este caso no hay contradicción y la información no es la de mejor calidad.

El principio de oralidad implica que las diligencias principales del proceso se realicen en audiencias orales, y lo que es más importante, que se valoren en la fuente oral, con independencia que puedan dejarse registro escrito, de audio o video de ellos a los efectos de los recursos.

Una última característica es el respeto a los derechos fundamentales que se debe de manifestar en todo el transcurso del proceso penal, pues al estar constitucionalizado todo el ordenamiento procesal, se llega a la lógica consecuencia que debe estar orientado a la Constitución, por ello toda interpretación que sobre el derecho procesal penal se haga debe de estar orientado a la Constitución.

## **II. ETAPAS DEL PROCESO PENAL**

### **1. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

En la estructura del Nuevo Proceso Penal, la etapa de investigación dejará de estar en manos del Juez Instructor y pasará a constituirse en la función esencial del Ministerio Público, quedando el juez como un tercero imparcial que controlará los actos de investigación, de ahí que se le denomine juez de garantías.

#### **1.1. FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Según lo señalado por el inciso 1° del Art. 321° del NCPP, la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

Al respecto, es preciso aclarar, que la finalidad de la investigación preparatoria no es preparar sólo la acusación sino que la actividad preliminar debe servir tanto para lo que determina la inculpación como para lo que la excluye, es decir, debe servir para preparar tanto la acusación como la defensa: es decir persigue dos

finalidades principales: preparar el juicio oral o evitar juicios innecesarios (Velarde, 2009).

## **1.2. DILIGENCIAS PRELIMINARES**

Conforme lo expresa Ore (2014), las diligencias preliminares constituyen la primera sub-etapa, pre jurisdiccional del proceso, en la cual el Fiscal está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone de una investigación preliminar encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir la prueba mínima.

La dirección de la investigación recae en el Ministerio Público, esta etapa aparece como la primera fase no jurisdiccional del proceso, pues una vez acontecido el hecho social que da origen al conflicto y conocido este por el Fiscal, lo primero que debe hacer él es enterarse a través de diligencias preliminares si ese hecho ha existido en la realidad.

### **1.2.1. FINALIDAD E IMPORTANCIA**

La finalidad de estas investigaciones es la de practicar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados y dentro de los límites de la ley.

Es decir, se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito, ya sea de oficio o por la parte denunciante, tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal (Sánchez, 2009).

De manera análoga, señala Cubas (2009) que: "...la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de determinar: i) si el hecho denunciado es delito, ii) si se ha individualizado a su presunto autor, y iii) si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Esto determina el reconocimiento de facultades discrecionales a los fiscales, para que tengan a su cargo la tarea de selección de casos con el objetivo final que el sistema judicial no esté saturada de causas..."

### **1.3. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Conforme lo precisa Sánchez (2009) esta fase se inicia cuando el Fiscal emite una disposición para seguir adelante con la investigación formal de los hechos. Así pues, terminada las diligencias preliminares, el fiscal asume las funciones que con el CPP de 1940 tenía el Juez instructor, pues con este nuevo código la investigación propiamente dicha está a cargo del Fiscal y no del Juez instructor dejándose de lado el auto de apertura de instrucción para dar paso a la Disposición de Formalización de la

Investigación Preparatoria emanada por el Fiscal en virtud de la cual dirige la etapa de investigación bajo su responsabilidad.

En cuanto a la finalidad de esta etapa, está referida a la búsqueda y reunión de los elementos probatorios de convicción, de cargo y de descargo, que permitirán al Fiscal decidir si formula o no acusación para ir a juicio ya que esta es una investigación mucho más amplia y complementaria que la anterior, decimos complementaria porque no está permitido que se repitan las actuaciones realizadas en la etapa preliminar, salvo que resulten imprescindibles para el esclarecimiento del caso.

La etapa preparatoria pretende contar con los elementos probatorios que posibiliten ir a juicio, es la fase de preparación para el juicio, naturalmente, si hay pruebas de sustento. Por ello, se establece como finalidad determinar "si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Claro está, si no se evidencian tales presupuestos, el proceso deberá merecer el sobreseimiento.

## **PRESUPUESTOS**

### **- La existencia de indicios que revelan la comisión del delito:**

La formalización de la investigación preparatoria requiere de elementos probatorios objetivos que pongan en evidencia la comisión del delito, y que se vinculen con la persona imputada. Rige el principio de objetividad en la actuación Fiscal. Si hay elementos probatorios sobre el delito y sobre el imputado vinculado al mismo y que merecen ser



investigados con mayor profundidad, se dispone la investigación preparatoria que, como se ha dicho, viene a ser complementaria y que permite la intervención del órgano jurisdiccional para las resoluciones que correspondan.

De allí que cuando el legislador hace mención a los indicios reveladores de la existencia de un delito, debemos entender elementos objetivos de prueba, los mismos que, así como permiten el inicio formal del proceso también posibilita su cuestionamiento por las partes ante el órgano jurisdiccional.

- **Que se haya individualizado al imputado**

Es importante señalar que el proceso penal se debe de seguir contra persona cierta y debidamente identificada. El art. 336.1 dice que se haya individualizado al imputado.

Un proceso serio exige saber no solo que el imputado existe sino determinar quién es, lo que exige conocer sus nombres y apellidos, su domicilio o datos físicos personales.

- **Que la acción penal no haya prescrito**

También se exige la verificación de parte del Fiscal que el hecho denunciado o investigado de oficio no haya prescrito, es decir, que deje de ser perseguible por efecto del transcurso del tiempo. Ello significa realizar el cómputo del tiempo desde la fecha de la comisión del delito siguiendo las reglas que establece el artículo 80 y siguientes del CP que se ocupan tanto de la prescripción ordinaria, extraordinaria y de aquellos casos donde el delito afecte el patrimonio del Estado.

- **Que se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad, si fuere el caso**

Este requisito se encuentra supeditado a la exigencia de algún presupuesto de procedibilidad para el inicio de la investigación preparatoria y que se encuentre previsto en la ley, sea penal o procesal. No se trata de lo que la autoridad fiscal o judicial estime como requisito de procedibilidad sino de lo que la ley establece. Tal es el caso del delito de omisión de prestación de alimentos, de quiebra fraudulenta, o cuando se trata de delito financiero. De esta manera se busca cumplir con la normatividad existente y evitar la interposición posterior de una cuestión previa.

#### **1.4. LA ETAPA INTERMEDIA**

La etapa intermedia en el CPP aparece como una etapa autónoma, bien delimitada y con funciones definidas, de esta forma el inicio de la etapa intermedia está representado por la conclusión de la investigación preparatoria, y durará hasta que se dicte el auto de enjuiciamiento o cuando se decida el sobreseimiento del proceso.

En cuanto a la naturaleza jurídica que puede atribuírsele a esta etapa Sánchez (2009) precisa que es una etapa de apreciación, de análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también para que se analicen las pruebas, es una etapa de filtro que tiene como función, depurar errores y controlar los presupuestos o bases de la imputación y de la acusación, primero por el propio órgano acusador y luego por el órgano judicial, a fin de establecer si es viable para convocar debate penal pleno en el juicio oral, o si resulta el sobreseimiento o preclusión del proceso.

## EL SOBRESEIMIENTO

Se entiende por sobreseimiento a la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada.

Para que el juez pueda dictar el sobreseimiento requerido por el Fiscal en la etapa intermedia se ha previsto una audiencia de control del sobreseimiento y en esta se tendrá que evaluar los presupuestos mínimos necesarios para que el juez pueda dictar el auto de sobreseimiento, en doctrina se admite que existe dos tipos de presupuestos esenciales que se debe cumplir para dictar un auto desobreseimiento, a estos los podemos clasificar en materiales y formales. En ese sentido se precisa que son cuatro los presupuestos de derecho material que se han identificado en la doctrina procesalita: a) insubsistencia objetiva del hecho, es decir cuando hay una absoluta convicción de que el hecho que dio origen al proceso nunca ha existido en realidad; b) inexistencia del hecho punible, cuando si bien el hecho investigado existe es atípico; c) falta de indicios de responsabilidad penal, es decir faltan indicios racionales de delictuosidad en el imputado, causa de justificación, legítima defensa, error vencible y, d) pruebanotoriamente insuficiente para fundamentar la pretensión punitiva (Oré, 2014).

## **LA ACUSACIÓN**

Es un acto procesal que le constituye exclusivamente al Ministerio Público, en virtud del principio acusatorio, pues es una exigencia de este que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo el juzgamiento (*nullum acusatione sine iudicium*) en tal medida el órgano requirente para formular la acusación deberá tomar en cuenta los fines últimos de la investigación, contrario *sensu* deberá de solicitar al órgano jurisdiccional el sobreseimiento definitivo de la causa, cuando ciertas circunstancias revelan que el hecho imputado adolece de un elemento componedor de tipicidad, ante la presencia de una causa de justificación o precepto permisivo, causas extintivas de la acción penal o simplemente ante una insuficiente prueba de cargo que no puede sostener una acusación.

## **EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO**

Según Sánchez (2009) el auto de enjuiciamiento es el resultado de la procedencia de la acusación, dicha resolución determina, en primer lugar, lo que va ser objeto de la defensa - tanto el imputado como la parte civil, y el tercero civil pueden referirse en sus actos postulatorios y de aportación de hechos a lo que es materia de la acusación- y en segundo lugar, la posibilidad de que las partes puedan precisar sus pretensiones, ofrecer actos de prueba y deducir diversos medios de prueba.

Una vez dictado el auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás procesales y dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el Juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados y se pondrá a su orden a los presos preventivos.

### **1.5. JUICIO ORAL**

Respecto a esta etapa Neyra (2010) precisa que se realizará de forma oral, pública y contradictoria ya que representará la fase central del proceso, y en ella el Juez o Tribunal decidirá, en base a argumentos y pruebas actuados en el debate contradictorio, que se realizará utilizando las técnicas de litigación oral que constituirán una herramienta sustancial, la solución del conflicto.

Por ello, el Juicio Oral constituye el verdadero debate que presenta el proceso penal, en donde se ponen de manifiesto todos los principios del sistema acusatorio y en donde se puede destruir la presunción de inocencia que inspira todo el proceso penal.

En un Juicio acusatorio se tiene como bandera a la oralidad que se superpone a la escrituralidad y que consiste en la posibilidad de apreciar los testimonios a viva voz sin que medien intérpretes que puedan desvirtuar el contenido, es así que la oralidad determina la existencia de la inmediación.

El encargado de conducir la actividad probatoria es el juez quien puede pedir aclaraciones si así lo requiere y será quien moderará el interrogatorio evitando que el declarante conteste preguntas

capciosas, sugestivas o impertinentes y procurará que estas se lleven a cabo respetando la dignidad de las personas.

Después de la actuación de todos los medios probatorios se presentarán los alegatos finales en donde las partes tendrán que presentar sus argumentos en función del caso propuesto inicialmente y persuadir al juez sobre la verosimilitud de la solución planteada en los alegatos preliminares.

## **PRINCIPIO DEL JUICIO ORAL**

### **a. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**

El principio de inmediación consiste básicamente en la exigencia de la existencia de una relación directa entre el acusado y su juzgador, pues la información oral, como corporal, que pueden transmitir ambas personas será de primera mano (sin intermediarios). Logrando a la vez la presencia directa del sujeto procesado, por el cual el juzgador va tener la certeza de calificar y examinar si el procesado transpira o se ruboriza ante las preguntas formuladas, su grado de cultura, su rapidez mental, etc. Es decir, el juzgador apreciará a quien juzga y el procesado apreciará quién lo juzga y como lo juzga.

La inmediación es la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que existe entre ellos elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia

de que el juez ha de pronunciar la sentencia cuando haya asistido a la práctica de las pruebas.

#### **b. Principio de contradicción**

Neyra (2010) refiere que el principio de contradicción guía básicamente todo el desarrollo del juicio oral, pero esencialmente la actividad probatoria, pues otorga la posibilidad a los sujetos procesales de realizar sus planteamientos, aportar pruebas, discutirlos, debatirlos, realizar las argumentaciones iniciales, finales y realizar opiniones ante cuestiones incidentales, etc.

Pero esta contradicción que tiene como escenario el juicio oral, no se realiza de manera arbitraria por una de las partes, sino con el debido respeto a una de las exigencias del principio acusatorio, es decir, al principio de igualdad de armas que deben tener las partes en debate contradictorio, y que tiene relación directa con el derecho de defensa reconocido constitucionalmente en el art. 139. Inciso 14.

El nuevo Código Procesal Penal del 2004 establece de manera expresa el Derecho de Defensa, en el Art. IX del Título Preliminar, la cual señala que: "toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistido por su abogado defensor de su elección o en su caso, por un abogado de oficio (...) también tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que

prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria..."

### **c. Principio de oralidad**

Cuando se habla del principio de oralidad nos referimos a que los actos procesales deben ser predominantemente hablados y que la intervención y la comunicación de los sujetos procesales deben realizarse a través de la oralidad, sin perjuicio de que lo actuado en el juicio quede en actas, pues actualmente no cabe hablar de un proceso exclusivamente oral o exclusivamente escrito.

La oralidad además debe ser un instrumento principal que produce la comunicación oral entre las partes, con la oralidad se puede captar el mensaje en vivo y directo y podemos apreciar necesariamente la comunicación corporal a través de los gestos, los ademanes y el nerviosismo que puede mostrar la persona al hablar.

La importancia de que un proceso sea eminentemente oral es que ello constituye la mejor forma de comunicación, de manera clara y sencilla para el óptimo desarrollo de un Juicio y a la vez, necesariamente, a través de ella se cumplirían con seguridad los principios de publicidad e intermediación.

Duce (2012) considera a la oralidad como instrumento y no como un principio, así, hace estas consideraciones que en sus palabras dice: "...se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento, de lo que es un principio. La oralidad es un instrumento, un mecanismo; la



inmediación o la publicidad son principios políticos y garantías que estructuran al proceso penal.

**d. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.**

La publicidad implica que el juzgamiento debe llevarse a cabo públicamente con transparencia, facilitando que cualquier persona o colectivo tengan conocimiento de cómo se realiza un juicio oral contra cualquier persona acusada por un delito y controlen la posible arbitrariedad de los jueces.

En síntesis, la publicidad nos da la garantía que los ciudadanos tengan un control sobre la justicia y que las sentencias sean el reflejo de una deliberación de las pruebas surgidas dentro de un Juicio Oral.

**e. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN**

El principio de concentración es una de las manifestaciones del principio de oralidad, así algunos autores como Montero Aroca señalan que decir oralidad es también decir concentración tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración, pues supone que los actos procesales deben de desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en algunas pocas audiencias próximas temporalmente entre si, con el objetivo evidente de que la manifestación realizada por las partes ante el juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de los jueces a la hora de dictar sentencia.

El NCPP 2004 entiende el principio de concentración y continuidad como la realización de la audiencia oral se inicie y continúe hasta su culminación, a fin de evitar dilaciones. Se pretende con ello que iniciada una audiencia continúe esta hasta el final de esta manera el juzgador solo verá un caso penal con plenitud y lo resolverá en el tiempo estrictamente necesario, con ello se evitará las mini audiencias. Así nuestro nuevo código establece que, instalada la audiencia, ésta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión.

### **1.5.1. FASES DEL JUICIO ORAL<sup>1</sup>**

#### **1.5.1.1. FASE INICIAL**

Es dirigido por el Juez o en su defecto un Tribunal, se encuentra destinado a instalar la audiencia y a constatar la correcta constitución de la relación jurídica procesal. Los Jueces operan como árbitros entre las partes velando porque el juicio no se desnaturalice y sirva efectivamente como un instrumento para probar alguna de las teorías del caso que se encuentran en pugna. Además de ser los encargados de la conducción del debate, tendrán también bajo su responsabilidad la trascendental

---

<sup>1</sup> NEYRA FLORES, José Antonio. *Ob Cit.* pág. 245.

misión de resolver en definitiva el asunto, que es el objeto del juicio.

Para que se dé por instalada la audiencia se requiere la presencia obligatoria de: los miembros del órgano jurisdiccional, los representantes del Ministerio Público, el acusado, su defensor. La presencia del acusado es obligatoria. En nuestro ordenamiento jurídico el acusado debe estar presente durante todo el acto oral.

#### **1.5.1.2. FASE PROBATORIA**

Esta es la fase donde se debe realizar todos los medios probatorios. Aquí rige el principio de aportación de parte, excepcionalmente y cuidando de no reemplazar la actuación propia de las partes, el Juez puede disponer la actuación de otros medios probatorios (prueba complementaria).

Se admitirán más pruebas cuando sean conducentes, útiles y pertinentes. No se prueban las máximas de la experiencia, leyes naturales, normas jurídicas internas, la cosa juzgada, etc. No se deberán admitir pruebas que para su obtención hayan vulnerado derechos fundamentales. Dentro de la actuación probatoria se debe seguir un orden el cual es:

- Examen de acusado
- Examen de testigo
- Examen de peritos

- Lectura de prueba documental.

En el examen de testigo no se admiten cualquier tipo de preguntas, como las capciosas, repetitivas, ofensivas o que tengan respuestas sugeridas. Es el juez o director de debates quien controla esta actividad, las partes podrán objetar el ritmo de preguntas que se formulen y pedir la reposición de lo decidido por el Juez al respecto. Acerca de los testigos de referencia se debe precisar cómo obtuvo esa información y a partir de allí valorar el testimonio. A los testigos no se les permite apreciaciones personales u opiniones, se deben limitar a narrar los hechos puestos en debate. En cuanto a los peritos, ellos son profesionales y acuden a la audiencia del juicio oral para exponer el contenido de su investigación y sobre todo dar a conocer sus conclusiones en base a los estudios realizados. Les está permitido consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio.

### **1.5.1.3. FASE DECISORIA**

Comprende la discusión final o informe de las partes, esto es, la exposición final del fiscal y los alegatos de los defensores del actor o parte civil, del tercero civil y del imputado.

Los alegatos de clausura son expuestos también en esta fase; ellos constituyen la última oportunidad de dirigirse al Tribunal; en esencia es un ejercicio argumentativo, responde a la pregunta ¿por qué

debe prevalecer mi caso?, el abogado sugiere qué conclusiones se deben extraer de lo que ocurrió en el debate. Es en el alegato final que los abogados le darán unidad y coherencia al relato que han venido construyendo y harán-su lectura íntegra y de corrido por primera y única vez. Para que el alegato final cumpla con efectividad su función argumentativa respecto de la prueba, se requiere mucha claridad del litigante acerca de qué consiste el mismo, así como destrezas muy concretas.

Cerrado el debate, de inmediato los jueces pasan a deliberar en secreto. Las decisiones se toman por mayoría. En el caso que hubiera discrepancia sobre el monto de la pena o la reparación, se aplicará en el término medio.

Para decidir sólo se tomarán en cuenta lo actuado durante la o las audiencias del juicio oral. Para apreciar las pruebas primero se las examinará individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En la sentencia, los magistrados se ocuparán de las cuestiones incidentales diferidas; de la existencia del hecho y sus circunstancias, la responsabilidad del acusado y el grado de participación en el hecho, la calificación legal de éste, la individualización de la pena, reparación civil, consecuencias accesorias y costos.

### **III. VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**

#### **1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

El bien jurídico protegido del delito de acceso carnal sexual sobre un menor es solo la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad.

En primer término, la indemnidad sexual se le entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

La doctrina legal vinculante define a la indemnidad sexual como “la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces” (Hurtado, 2011).

Castillo (2002), precisa que la indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos, como seres humanos, tenemos a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda su vida. La Ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia.

#### **1.2. SUJETO ACTIVO**

Al tratarse de un delito común, agente o sujeto activo de la conducta delictiva en hermenéutica puede ser cualquier persona sea varón o mujer. El tipo penal no exige la concurrencia de alguna cualidad o calidad especial, salvo para agravar la conducta, como ha quedado expresado. Incluso puede tener la condición de enamorado, novio o conviviente de la víctima. Se excluye el estado civil de casado aparente,

debido a que, de acuerdo a nuestra normatividad civil, es imposible jurídicamente contraer matrimonio con un o una menor de catorce años de edad. Si ello ocurriera, tal matrimonio es nulo

### **1.3. SUJETO PASIVO**

También víctima o sujeto pasivo de los supuestos delictivos previstos en el artículo 173 del Código Penal pueden ser tanto el varón como la mujer, con la única condición trascendente de tener una edad cronológica menor de catorce años. Muy bien puede tener alguna relación sentimental con el agente, o también dedicarse a la prostitución. Tales circunstancias son irrelevantes para calificar el delito.

El tipo penal solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 14 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psicofísica que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El Derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos (Castillo, 2002). De ahí que el delito igual se configura, así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o si ha tenido con anterioridad al hecho concreto experiencia de acceso carnal sexual.

### **1.4. TIPICIDAD SUBJETIVA**

De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de un delito de comisión dolosa y que no cabe la comisión imprudente. Por la naturaleza del delito es posible que se configure el dolo en sus tres clases: directo, indirecto y eventual.

### **1.5. CULPABILIDAD**

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso sexual sobre un menor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de acceso carnal sexual sobre menor, conocía la antijuridicidad de esta, es decir, se verificará si sabía que dicho acto estaba prohibido por ser contrario al Derecho.

### **1.6. CONSUMACIÓN**

Conforme lo precisa Salinas (2005) el delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consuma con la penetración total o parcial de la víctima menor, ya sea vía vaginal, anal (contra natura) o bucal. O en su caso, cuando comienza la introducción de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo. Esto es, habrá penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de las cavidades ya indicadas del sujeto pasivo-menor o cuando en alguna de esas cavidades del sujeto activo venga a introducirse el pene del varón-menor agredido sexualmente.

En caso del uso de objetos o partes del cuerpo, se perfecciona cuando, por ejemplo, una prótesis sexual o algún objeto parecido al pene son introducidos por vía vaginal o anal del menor, o en su caso, cuando el agente introduce algún dedo o la mano en el conducto vaginal o rectal de su víctima menor.



## **1.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

El delito de acceso carnal sexual sobre menores puede perfeccionarse por cualquiera de las formas de autoría previstas en el Código Penal. Así puede presentarse la autoría directa cuando una sola persona realiza los elementos del tipo. La autoría mediata aparece cuando el agente aprovecha o induce a error a un tercero para que realice el acceso sexual con un menor de catorce años haciéndole creer que este posee una edad superior: “Asimismo, dicha modalidad de autoría se da, por ejemplo, cuando se manipula a que dos menores de edad de 14 años practiquen relaciones sexuales o, en otra variante, que uno de 15 realice un acto sexual con un niño de 11 años”

## **9. ANÁLISIS DEL PROBLEMA**

El problema que pudo ser detectado dentro de la carpeta fiscal analizada fue el siguiente:

**¿Cuál es el fundamento para determinar que el Juzgado Penal Colegiado y la Sala Penal de Apelaciones aplicaron indebidamente el Acuerdo Plenario 02-2005 en el presente proceso?**

Ahora bien, debemos partir respecto al contenido del Acuerdo Plenario N° 02-2005, el mismo que establece:

*9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:*

*A. Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del imputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la*

*finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.*

*B. Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.*

*C. Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del imputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.*

*10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:*

*1. Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.*

*2. Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.*

*3. Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.*

Ahora bien, la Sala Penal de Apelaciones, uniéndose al criterio esgrimido por el Juzgado Penal colegiado del Santa, en la Sentencia de Vista, confirma la apelada basándose en el siguiente argumento:

- **Ausencia de Incredibilidad Subjetiva:** Esto significa que no existan relaciones entre agraviado e imputado, basadas en el odio, resentimientos, enemistad y otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, respecto a la declaración de la menor agraviada precisan que no se evidencia que existan motivos de odio, venganza o resentimiento entre la agraviada y el acusado, precisa que el imputado afirma que ha tenido problemas con el padre de la agraviada, **pero este hecho no lo ha acreditado con medios probatorios idóneos, por lo que el colegiado no advierte alguna razón por la cual la menor agraviada quiera perjudicar al imputado con la imputación.**
- **Verosimilitud:** La declaración debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, por lo que precisa que la declaración de la imputada es sólida y coherente debido a que ha sindicado directamente al encausado, detallando haber sido víctima por parte del imputado, siendo que el dicho de la agraviada ha sido corroborado con el RML 2596-EIS, la declaración de Carmen Pilar Zelaya Zanes, declaración de Carmen Gladis Huamán Campos, Pericia Psicológica N° 02567-2015-PSC, declaración en juicio oral de Tatiana Jhosselyn de la Cruz

Huamán, partida de nacimiento de la menor agraviada, acta de recepción de denuncia verbal N° 102-2015-REGPOL-a/DITPA/DIVPOL.

- **Persistencia en la incriminación:** la incriminación de la menor agraviada ha sostenido su imputación en forma firme y coherente desde el inicio de la investigación, y no se ha retractado de su incriminación, por lo que se cumple dicho requisito. Respecto a lo alegado por la defensa técnica respecto a las contradicciones de la menor agraviada en cámara Gesell, dichas no inciden en lo esencial del relato incriminador en contra del imputado, siendo lo esencial lo narrador por la víctima

Respecto al primero punto de análisis, referido a Ausencia de Incredibilidad Subjetiva en el presente caso los magistrados afirman que no existen elementos objetivos que hagan presumir una relación de enemistad, odio o sentimiento de rencor entre la agraviada y el imputado que hagan presumible que la imputación es realizada con un ánimo de venganza, si bien es cierto que la existencia de alguna razón plausible que genere enemistad entre los sujetos procesales es un indicador para presuponer la existencia de una ánimo revanchista con la interposición de una denuncia, pero muchas veces dicha rivalidad no se ve reflejada directamente con el agraviado sino se puede traducir en algún problema con los familiares de este, los cuales pueden surgir de la convivencia diaria, siendo que en muchos casos dicho ánimos queda en la psiquis interna de una de las partes y no se podría materializar en documentos o instrumentos tangible; por ello este punto debió ser analizado de una manera holística, por los señores magistrados y no basarse en la no existencia de algún documento o algún acto que materialice la enemistad.

Con relación a la verosimilitud de la imputación de la agraviada precisan que estos han sido corroborados con elementos periféricos como son: RML 2596-EIS, la declaración de Carmen Pilar Zelaya Zanes, declaración de Carmen Gladis Huamán Campos, Pericia Psicológica N° 02567-2015-PSC, declaración en juicio oral de Tatiana Jhosselyn de la Cruz Huamán, partida de nacimiento de la menor agraviada, acta de recepción de denuncia verbal N° 102-2015-REGPOL-a/DITPA/DIVPOL.

Respecto a ello podemos afirmar que dichos documentos no corroboran en absoluto la imputación de la agraviada con respecto a la comisión del delito por parte del imputado, por ejemplo precisa que el delito se encuentra acreditado con el Reconocimiento Médico Legal N°2596-EIS, si bien es cierto dicha pericia acredita que la agraviada ya ha tenido relaciones sexual con anterioridad (por que se precisa desfloración antigua), pero ello no prueba ni mucho menos corrobora el dicho de la agraviada respecto a que el imputado la habría accedido carnalmente contra su voluntad, lo que no destruye la presunción de inocencia que ampara al imputado, simplemente corrobora que la menor tuvo relaciones sexual, pero no se le puede atribuir dicho hecho al investigado.

Con relación a las declaraciones testimoniales que precisan, debemos afirmar que dichas personas son testigos de oídas, por cuanto no presenciaron los hechos sino manifiestan que se enteraron por que la menor les contó o sus familiares, si bien es cierto que toda investigación parte de que el agraviado cuenta los hechos ocurridos, pero estas declaraciones no pueden servir para sustentar una condena de cadena perpetua, por cuanto la doctrina precisa que las declaraciones de los testigos de oídas deben ser corroboradas con otros elementos periféricos, lo que en el presente caso no ha sido posible de corroborar. La partida de nacimiento, de la agraviada, únicamente sirve para acreditar la edad de la menor a la fecha en que los hechos ocurrieron,

mas no sirven para acreditar la responsabilidad del investigado dentro de la comisión del delito. Asimismo, el acta de denuncia policial solo sirve para precisar que los hechos fueron puestos a conocimiento de la autoridad policial, punto a partir del cual se inicia las diligencias de investigación; por lo que este supuesto ha sido indebidamente aplicado para fundamentar la sentencia condenatoria y no enerva la presunción de inocencia con relación al investigado.

Respecto al tercer punto, relacionado a la persistencia en la incriminación, precisan que la menor agraviada ha sostenido su imputación en forma firme y coherente pero ello no se ajusta a la realidad, toda vez que durante la entrevista en cámara Gesell, la menor agraviada, preciso que la persona que habría perpetrado la violación tenía tatuajes en la cabeza y en el cuerpo, siendo que durante la toma de la declaración del investigado, el Fiscal (a pedido del abogado defensor) dejó constancia que el investigado no cuenta con ningún tipo de tatuajes o cicatrices en el cuerpo, con lo que el punto de verosimilitud habría quedado descartado, sin embargo los magistrados desvirtúan dicho hecho asegurando que las contradicciones no inciden en lo esencial del relato incriminador en contra del imputado, siendo lo esencial lo narrador por la víctima. En este punto debemos precisar que es un sin sentido que se dé mayor valoración a la declaración de la agraviada que a los datos objetivos que hacer presuponer que el investigado no habría cometido el delito denunciado; en ese punto debemos expresar que se vulneró el principio de igualdad de armas.

## **10. CONCLUSIONES**

- En la investigación contra la persona de Moisés Nilo Miranda Marcelo, por el presunto delito de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales B.D.Z.H., se realizó una indebida aplicación de los presupuestos contenidos en el Acuerdo Plenarios N° 02-2005.
- Los magistrados no debieron condenar al investigado a la pena de cadena perpetua por cuando a lo largo de la investigación no se ha podido desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a toda persona.
- La agraviada, en la diligencia de Cámara Gesell, cayó en contradicciones con relación a la descripción de la persona que habría perpetrado la violación sexual en su contra.
- Se ha demostrado que los magistrados actuaron con la única finalidad de inclinar la balanza probatoria a favor de la investigada para lograr una sentencia condenatoria, si bien es cierto que el delito de violación sexual es un acto reprochable, pero no vamos abusar a un culpable forzando diversas instituciones jurídicas para tal fin.
- No se respetó el principio de Igualdad de Armas y la Presunción de Inocencia del investigado, por cuando desde que se inició el proceso ya se tenía al investigado como potencial culpable de los hechos ocurridos.

## **11. RECOMENDACIONES**

- Al momento de realizar la valoración de los medios de prueba deben realizarlo con independencia y objetividad, sin sucumbir ante la presión mediática que se genera ante frente a una violación sexual.

## 12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bovino, A. (2020) Víctima y Derecho Penal, <http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=13&jd=171>. Fecha de consulta 09.08.15 a las 10:30 a.m.
- Castillo, J. (2002). Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Gaceta Jurídica. Lima. Perú.
- Cubas, V. (2009). El Nuevo Proceso Penal Peruano – Teoría y práctica. Palestra. Lima Perú.
- Duce, M. (2002) Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. Vol. I. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile.
- Leone, G. (1963) Tratado de Derecho Procesal: Doctrinas Generales T. I. EJEA. Buenos Aires
- Maier, J. (1989) Derecho Procesal Penal Argentino. T.I. Vol. B. Editorial Hamurabi. Buenos Aires.
- Neyra, J. (2010) Manual del Nuevo Proceso Penal. IDEMSA. Lima. Perú.
- Oré, A. (2014). Manual de Derecho Procesal Penal. Ed. Reforma. Lima. Perú.
- Pérez, E. (2005) Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal. Temis. Bogotá.
- Salinas, R. (2005). Derecho Penal parte Especial. IDEMSA. Lima – Perú. |
- Sánchez, P. (2009) El Nuevo Proceso Penal. Editorial Idemsa. Lima.
- Vásquez, J. (2004) Derecho Procesal Penal: Conceptos Generales. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina.
- Vogler, R. (2005) Adversarialidad y el Dominio Angloamericano del Proceso Penal. Universidad Externa de Colombia. Bogotá.