

UNIVERSIDAD SAN PEDRO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“Actos contra el pudor en menores de edad- Expediente N° 00397-2018-0-2501-JR-PE-04” CASO: Y.Y.G.R – Elmer Jacinto Cano Carbajal

MONOGRAFIA PARA TITULAR ABOGADOS MEDIANTE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

AUTORA:

BACH. Evelyn Massiel Campos Cobián

CHIMBOTE- PERU

2019

1. PALABRAS CLAVE.

Tema:	Actos contra el pudor en menor de edad.
Especialidad:	Derecho penal

KEYWORDS.

Theme:	Acts against modesty in minors
Specialty:	Criminal law

LÍNEA DE INVESTIGACION – OCDE

Línea de investigación	Objetivo	Área	Sub área	Disciplina	Sub – líneas o Campos de Investigación
Instituciones fundamentales del Derecho Penal	Estudiar la Teoría del delito, las faltas y las penas del Derecho Penal en la prevención de la comisión los ilícitos penales.	5. Ciencias Sociales	5.5 Derecho	Derecho	Interpreta la aplicación de los elementos del delito: Acción omisión, tipicidad antijurídica y culpabilidad.

DEDICATORIA

A mi niña, por ser fuente de toda mi fuerza y voluntad. A mis padres, por darme el apoyo constante en cada paso que di durante todos mis años de estudio.

A ti, mamá Rosa.

AGRADECIMIENTO

A Dios, a todos los docentes que tuve durante mis años de estudios superiores, por trasmitirme sus conocimientos, por darme la seguridad de confiar en ellos y de hacerme confiar en mi misma, de lo que puedo lograr y hoy en día estoy logrando. Resaltando la excelente enseñanza recibida por el Dr. Carlos Urbina Sanjinés, Dr. Manuel Urcia Quispe y el Dr. Ricardo Araujo Tenorio; quienes, expresando su exigente actitud pedagógica, calaron importantes valores ético-profesionales en mi persona.

INDICE

1. PALABRAS CLAVE.....	I
KEYWORDS.....	I
LÍNEA DE INVESTIGACION – OCDE.....	II
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN.....	1
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	2
MARCO TEÓRICO.....	3
1. ANTECEDENTES:.....	3
2. ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES DE 14 AÑOS:.....	6
2.1. TIPO PENAL:.....	6
2.2. TIPICIDAD OBJETIVA:.....	7
2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA:.....	13
2.4. ANTIJURICIDAD:.....	14
2.5. CULPABILIDAD:.....	14
2.6. TENTATIVA Y CONSUMACION:.....	15
2.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:.....	15
2.8. PENALIDAD:.....	16
3. CASO MATERIA DE ESTUDIO.....	17
3.1. DE LA DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:.....	17
3.2. HECHOS IMPUTADOS.....	18
3.3. MEDIOS DE PRUEBA OFRECIDOS.....	18
3.4. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	21
3.5. DESCARGO DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL SENTENCIADO:.....	22
3.6. EN RELACIÓN A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	24
3.7. EN RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	26
3.8. EN RELACIÓN A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:.....	27
3.9. MI POSTURA:.....	28

ANALISIS DEL PROBLEMA:.....	29
CONCLUSIONES:.....	40
RECOMENDACIONES:	41
BIBLIOGRAFÍA.....	43

RESUMEN

La razón del presente trabajo monográfico tiene su origen en las sentencias recaídas en el Expediente N° 00397-2018-0-2501-JR-PE-04, dicho caso se creó en una tienda de ropa, ubicada en el mercado “Señor de los Milagros” del P.J Miraflores Bajo – Chimbote. Por el cual, el señor Elmer Jacinto Cano Carbajal fue sentenciado a CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD por el delito de Actos contra el pudor en menor de edad, tipificado en el art. 176-A del Código Penal vigente en agravio de la menor Yasuri Yamileth Gonzales Rodríguez, así como al pago de S/.1.000 (MIL NUEVOS SOLES) por concepto de reparación civil, esto por haber tocado en dos oportunidades, los glúteos de la menor.

El análisis y desarrollo de este caso, tiene como justificación la interrogante de que la declaración inculpativa de la víctima sea o no un medio de prueba fundamental y suficiente para que se expida una sentencia condenatoria al imputado, tomando en cuenta que siendo así, se está vulnerando entonces el derecho a la defensa, el derecho a probar, al debido proceso y a la presunción de inocencia.

Estudiando el caso en concreto, es preciso mencionar que para que el colegiado superior haya decidido confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia, únicamente basó su veredicto considerando la declaración de la menor, sin añadir dato alguno más que la pura manifestación subjetiva de la agraviada y como “corroboraciones periféricas” las testimoniales de los familiares de la agraviada, los que no generan total certeza de la situación.

Por este motivo es recomendable incorporar otros medios probatorios que corroboren la declaración de la víctima, como, por ejemplo, una evaluación psiquiátrica o algún tipo de examen médico legal con el que se pueda demostrar que el sujeto activo obró con intención de satisfacer sus apetencias sexuales, de lo contrario demostrar que la conducta fue originada por una situación de imprudencia por parte del mismo.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El tema respecto a la vulnerabilidad de los menores de edad frente a situaciones que ponen en riesgo su integridad tanto física como psicológica, es imprescindible para determinar la victimización de los mismos en casos como el presente. Sin embargo, existen diversos estudios que cuestionan sobre la credibilidad que se le debe dar a un menor cuando este refiere ser víctima de un hecho de connotación sexual, ya que en los exámenes psicológicos o pericias psicológicas que se practican para la solución de estos casos, lo que se determina es la credibilidad en la versión inculpativa de la víctima, mas no la situación real de los hechos acontecidos.

Trasladándonos al caso en concreto, la niña de iniciales Y.Y.G.R, según el expediente, ha sido víctima en dos oportunidades de tocamientos impúdicos por parte del sentenciado, hechos que ocurrieron en tiempos distintos, pero con el mismo *modus operandi*. Siendo que en un primer momento (noviembre del 2017) decide no contar lo sucedido a su progenitora por temor o vergüenza, y en una segunda oportunidad (febrero del 2018) declara lo sucedido como eventos recientes, trasladando también los hechos anteriores. De este modo, se estaría presuntamente frente a un concurso real homogéneo de delitos.

La defensa del sentenciado, en este caso, optó por “cuestionar” lo manifestado por la víctima, alegando contradicción en los testimonios que brinda, tanto esta, como los testigos de cargo y descargo ofrecidos. Así como, la valoración que el juzgador le da a la declaración de la menor, aun cuando percibe la existencia de dichas contradicciones, teniendo como resultado no poder probarse o corroborarse lo manifestado por la víctima, de este modo se estaría atribuyendo al juzgador una indebida motivación al momento de RESOLVER.

Teniendo en cuenta la sobreprotección que se les da a los menores de edad manifestado en una gamma de derechos que se les atribuye por tratarse de

un grupo vulnerable dentro de la sociedad, se estaría refiriendo también, a una sobredimensión en la valoración de la palabra de un menor, contrapuesto a principios constitucionales y derechos personalísimos de la otra parte, no tomando en consideración lo declarado por estos, perjudicando así no solo los derechos mencionados sino, también, ocasionando un menoscabo en la moral de los mismos, siendo que en muchos casos si bien quedan absueltos de los hechos que se les imputa, ya existe una honorabilidad dañada, denigrada y por tanto una afectación en la psiquis del supuesto delincuente, ocasionando también la estigmatización por parte de la sociedad de verse como tal.

Por este motivo, es necesario que se tomen medidas no solo en defensa de un sector de la población como lo son los menores, sino, también, que los medios que permitan juzgar estos hechos, sean lo más certeros, seguros y veraces posibles con el fin de evitar que se cometan injusticias y atropellos en los derechos fundamentales del otro sector de la sociedad.

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES:

La declaración de la víctima en procesos que involucran delitos sexuales se ha convertido en pieza clave para condenar al encausado, dejándose llevar la sociedad por el pensamiento común de que “los niños siempre dicen la verdad”; sin embargo, ante la presencia de diversos casos en estudio, se fue poniendo en tela de juicio si la versión inculpativa de los menores de edad como supuestas víctimas de delitos sexuales, se ajuste o no a la realidad.

Por este motivo fue que se crearon ciertas condiciones de validez para considerar dicha declaración como verídica o como resultado de una intransigente y lamentable manipulación por parte de los adultos, y en su mayoría, los padres, ya que estos son los que legalmente representan a la prole.

Las mencionadas condiciones de validez han sido perfeccionadas en el tiempo por la doctrina y la legislación, las que les han dado un carácter vinculante, de modo que su referencia y aplicación por los jueces del Estado tienen una vasta aplicación, empleándose casi de forma obligatoria en las sentencias de condena y absolución en procesos por delitos contra la libertad sexual (indemnidad sexual).

La doctrina legal y jurisprudencial fundamental en esta materia, está compuesta, en principio, por el R.N N.º 3044-2004-Lima, del 1 de diciembre del 2004, en la cual se establece como precedente vinculante lo referido en su fundamento jurídico número cinco, en virtud del cual “el Tribunal puede dar mayor fiabilidad a la declaración inculpativa de la agraviada realizada en la etapa preliminar o de instrucción, que a la declaración exculpativa vertida en el juicio oral.

Así también, por el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, del 26 de noviembre del 2005, según el cual, en su fundamento jurídico número nueve señala que, las circunstancias que han de valorarse al evaluar la declaración de la agraviada, deben tener una perspectiva subjetiva (sus relaciones con el afectado por su testimonio), objetiva (su relato esté corroborado por otras acreditaciones indiciarias), la coherencia y solidez en el relato inculpativo. Asimismo, en su fundamento número diez señala taxativamente como garantías de certeza:

Ausencia de incredulidad subjetiva. Por esto se entiende que no debe mediar entre la agraviada y el encausado, sentimientos de odio, antipatía, pleito u otra causa de animadversión.

Verosimilitud. La declaración de la víctima no solo debe ser coherente y sólida, sino que también debe corroborarse con elementos objetivos que la doten de carácter probatorio. Estas corroboraciones, si bien es cierto que en el Acuerdo Plenario no se especifican; se traducen como los típicos exámenes o evaluaciones psicológicas practicadas a la parte agraviada.

Persistencia en la incriminación (Fundamentos noveno y décimo). Refiriéndose a la eventualidad de que la víctima podría retractarse, sin embargo, este requisito ha sido atenuado en lo establecido en el Acuerdo Plenario 1- 2011.

De igual forma, por el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, del 30 de mayo de 2012, mediante el cual, en sus numerales 22 al 27 hace referencia a los supuestos de retractación y no persistencia en cuanto a la “declaración de la víctima”, señalándose que, frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad y persistencia – en cuanto a los hechos incriminados– prevalece como confiable aquella declaración con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante.

Este acuerdo, asimismo, se refiere a la posibilidad excepcional de que la menor víctima de tocamientos indebidos, declare en el juicio oral, cuando su declaración previa no respetó las formalidades mínimas, fue incompleta o deficiente, lo solicite la propia víctima o esta se haya retractado por escrito, o sea necesario que incorpore nueva información o realice aclaraciones.

No obstante, a ello, reitera que no es imprescindible la uniformidad y firmeza en la sindicación de la agraviada, de modo que, si esta se retracta en el plenario, ello no invalida su declaración inculpativa previa.

También cabe citar la Casación N.º 33-2014-Ucayali, del 28 de octubre del 2015, que establece que mientras menos edad tenga la víctima de tocamientos indebidos, mayor será la restricción para que declaren en juicio oral.

Lo que atañe a tal caso es que el fiscal o, en su defecto, el juez de oficio, solicita que se escuche el audio, se vea el video o se oralice el acta donde se registra la primera declaración de la víctima. Esto último, también es

necesario cuando la víctima testifica en el juicio y se retracta, ello con el objeto de que dicha versión se coteje o confronte con la declaración previa.

Del mismo modo, cabe destacar el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CJ-116, del 21 de junio del 2016, relevante porque señala que en los procesos por delitos sexuales o de connotación sexual puede realizarse una pericia psicológica sobre la credibilidad de la víctima, pero no para definir si lo declarado por ella, corresponde o no a la realidad.

Precisamente, lo que se está analizando en el caso materia de investigación se enfoca en un proceso penal por un delito sexual como lo es el de “Actos contra el pudor en menor de edad”, con el objeto de abordar, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, la valoración de la prueba en general y la declaración de la víctima en particular, desarrollando la problemática que se presenta a diario en la praxis judicial.

2. ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES DE 14 AÑOS:

2.1. TIPO PENAL:

El delito de actos contra el pudor en menores de edad, está previsto y sancionado en el artículo 176 - A del C.P. antes de la modificatoria del 04 de agosto del 2018, el cual ad litteram prescribe que:

Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores de 14 años.

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.
3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

2.1.1. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES:

Con respecto a las formas agravadas del delito en concreto, se tiene prescrito en el segundo párrafo del Art. 177 del CP que señala:

“(…) cuando el agente sea el padre o la madre, tutor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de la libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a la que se refiere el numeral 5 del artículo 36 del C.P”

Tratándose este de la incapacidad del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

2.2. TIPICIDAD OBJETIVA:

Según el autor (Siccha R. S., 2018) *“el delito de actos contra el pudor en menor de edad se configura cuando el agente con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales y sin tener el propósito o intención de realizar el acceso carnal sexual o análogo, realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o un tercero,*

tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos, eróticos, lujuriosos o lúbricos contrarios al pudor, recato o decencia”.

Aquí con la única salvedad de la edad del sujeto pasivo y que no es necesaria la concurrencia de violencia o amenaza grave para someter a la víctima.

En lo que refiere al tipo penal, tomamos en cuenta los verbos claves para poder ajustar una conducta dentro del mismo, en el artículo descrito líneas arriba tenemos dos verbos y tres situaciones que se dan a partir de la premisa “el que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170...”

- ✓ **Realiza** sobre un menor de catorce años tocamientos indebidos
- ✓ **Obliga** a el(la) menor a efectuar tocamientos sobre sí mismo.
- ✓ **Obliga** a el(la) menor a efectuar tocamientos sobre un tercero

Por otro lado (Torres, 1997) indica ““Se considera actos contrarios al pudor todo tocamiento lúbrico somático que ha de recaer sobre el cuerpo del sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del sujeto activo, por ejemplo, palpación, tocamiento, manoseo de las partes genitales”.

Partiendo de ello, se entiende que, el delito se configura requiriéndose de la manifestación de la satisfacción lujuriosa por parte del agente mediante la realización de tocamientos, tanto en los genitales como en “zonas erógenas”, definiéndose a estas como las partes del cuerpo humano cuyo estímulo tiene como consecuencia la excitación sexual (cuello, nuca, oído, pezones, perineo, etc.)

De los autores antes citados, y al igual que (Stein, 1998) antes de la promulgación de la Ley N° 28251 (Ley que amplía el campo analítico de los delitos de violación sexual e incluye la trata de personas y delitos sexuales contra los menores de edad), también enseñaban que los tocamientos contrarios al pudor podían implicar la penetración digital y además el agente podía valerse de cierto contenido sexual, es decir, de aquellos que reúnan condiciones para, en alguna medida, ser apto para un ejercicio de sexualidad, no obstante, con la modificatoria del contenido de los delitos sexuales, tales actos constituyen violación sexual en la modalidad de introducción de objetos o partes del cuerpo en la vagina de la mujer.

Desde otra perspectiva, los autores nos describen como se consideraba anteriormente la penetración digital como un tipo de tocamientos contrarios al pudor, así como la utilización de contenidos sexuales aptos para el ejercicio de la sexualidad, siendo que, en la actualidad tal modus operandi configura la violación sexual propiamente dicha, en la modalidad de introducción de objetos en la vagina de la mujer. Todas las formas como se pueden llevar a cabo estos actos impúdicos y libidinosos, tienen una misma finalidad, la cual se traduce en la satisfacción sexual por parte del agente.

a) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

Para ubicar dentro de la gama de delitos tipificados en nuestro código penal un hecho que se presume delictivo, es preciso que exista la vulneración a un bien jurídico protegido.

El gran autor nacional y juez superior (Salinas, 2018) destaca la gran importancia del bien jurídico protegido de la siguiente manera:

“El bien jurídico protegido es el punto de referencia fundamental tanto para fijar si determinada conducta se subsume al tipo penal construido por el legislador y recogido en el Código Penal, como para valorar la gravedad e importancia de cada delito. Asimismo, resulta importante para ordenar sistemáticamente los delitos a lo largo de toda la parte especial (...).

Ahora bien, ubicando el delito de Actos contra el pudor en menores de edad, dentro del título III, capítulo IX, segundo libro del código sustantivo penal, antes de la modificatoria del tipo penal en agosto del 2018, citando el artículo 176-A del cuerpo normativo vigente en aquel entonces, se tiene que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.

Tal como lo señala (Siccha S. , 2004) la **indemnidad o intangibilidad sexual**, es entendida “como protección del desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello como sucede con los menores de edad, así como la protección de quienes debido a anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental, carecen de capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance y significado de una relación sexual”.

En términos similares, el autor (Rodríguez, 2005) citando el Recurso de Nulidad N°63-2004- La Libertad estableció lo siguiente: “(...) el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal : ‘En el caso de menores, el ejercicio de sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. De allí que para la realización del tipo penal no entre en consentimiento del menor, pues este

carece de validez, configurándose una presunción juris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente.

Del mismo modo el reconocido jurista (Martínez, 2018) identifica como bien jurídico protegido la indemnidad sexual del menor, indicando que esta posición el derecho de no ser obligado a tener relaciones sexuales. La indemnidad también se califica como intangibilidad sexual, como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes no han alcanzado el grado de madurez para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea.

De esto se infiere que, los menores no tienen libertad para ejercitar su sexualidad y, por ello, no es preciso considerar que el bien jurídico tutelado sería la libertad sexual, como ocurre con una persona mayor de edad. La libertad implica desplazamiento, apertura de facultades, en este caso lo que se hace es limitar ese desplazamiento de su sexualidad, por la razón de que el desarrollo de su personalidad vaya acorde con su evolución como ser humano.

Por esto, los autores no se equivocan al señalar que el grado de madurez en un menor de edad naturalmente es distinta al de un mayor de 18 años debido a que este tiene un discernimiento más amplio y definido de su sexualidad, motivo por el que se expresa sobre la prohibición del ejercicio de la sexualidad en menores de edad, puesto que, podría resultar una afectación grave en el desarrollo de su personalidad, lo que a largo plazo puede transformarse en trastornos mentales que ocasionen cierta desviación en su identidad, orientación o determinación sexual, pudiendo la víctima en un futuro, hacer el papel de autor de un delito de connotación similar.

El reconocimiento de tutela de la indemnidad en la jurisprudencia suprema la tenemos en el **R. N° 458-2003 Callao**, de 7 de julio del

2003, sobre el caso de una agraviada que tenía trece años al momento de los hechos. El agente alegó que tuvo relaciones sexuales consentidas, pero la judicatura señaló lo siguiente:

Que el supuesto consentimiento prestado por la víctima, resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de 'violación presunta' no admite el consentimiento como acto exculpatario, ni para los efectos de la reducción de la pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores.

Si bien es cierto, que el consentimiento de un menor de edad se toma por "no válido" al momento de sentenciar al imputado, también debe considerarse que, a partir del estudio de diversos casos de menores de edad involucrados en relaciones sentimentales con sus supuestos agresores, debe tomarse en cuenta que para que esto se realice, existe una aceptación de por medio, al margen de la persuasión o no hacia la menor.

b) SUJETO ACTIVO:

Puede ser cualquier persona sea varón o mujer, el tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial.

Con respecto al sujeto activo en este precepto jurídico, se puede mencionar a criterio propio, conociendo los diferentes casos actualmente presentados en la sociedad, que la mayoría de autores del tipo penal son varones, y con mayor énfasis se debe mencionar que en su mayoría también, son personas cercanas a las víctimas.

c) SUJETO PASIVO:

La víctima también puede ser varón o mujer, con la única condición de que tenga una edad cronológica por debajo de los catorce años.

2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA:

El delito de actos contra el pudor en menores de edad, es un delito netamente doloso, pues en este caso el agente actúa con conocimiento y voluntad de satisfacer sus apetencias sexuales, sin consumarlas, pero con intención denotada en lascivia para transgredir la esfera sexual del menor.

En este sentido, (TORRES, 1997) nos enseña que *“se requiere necesariamente el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar actos contrarios al pudor, con exclusión del propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, es decir, de violar, lo que permite distinguir un acto contra el pudor de una tentativa de violación”*.

Del mismo modo, (Siccha R. S., 2018) señala que: *El delito de actos contrarios al pudor exige la presencia del elemento subjetivo denominado “dolo”, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar manipulaciones en las zonas erógenas de la víctima, o actos libidinosos, eróticos o lujuriosos contrarios al pudor con la finalidad de satisfacer su apetito sexual.*

A partir de los textos citados se concluye que, para la comisión de dicho delito, es necesario la presencia del dolo, condición que en el caso materia de estudio, no se probó.

2.4. ANTI JURICIDAD:

Cuando la conducta analizada tenga la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, deberá verificarse que dicha conducta concurre en alguna causa de justificación prevista en el artículo 20 del CP.

Es difícil encontrar en la práctica un hecho relacionado con la vulneración de la indemnidad sexual, que este amparado por alguna causal eximente.

2.5. CULPABILIDAD:

El injusto penal (conducta típica y antijurídica) para constituir delito propiamente dicho debe contar con el elemento culpabilidad, el cual a palabras de (salinas, 2016) el operador de justicia para calificar un hecho presuntamente catalogado como actos contra el pudor, debe tener en cuenta:

“(...) 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. Luego verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como (...) conocía la antijuricidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Después, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

2.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN:

El delito se perfecciona o consume en el momento en que el agente realiza sobre la víctima o le obliga a esta a efectuar sobre si misma o un tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. De la forma y circunstancias en que se produjo el evento, incluso, solo bastará un solo tocamiento. No se requiere otro acto posterior como el orgasmo o la eyaculación a consecuencia de los actos contra el pudor de la víctima, es irrelevante para la configuración del injusto penal.

Según el Pleno Jurisdiccional Regional Penal “Abuso y explotación sexual y comercial de niños, niñas y adolescentes 2007”. No se admite la tentativa.

2.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:

Los actos contrarios al pudor son delitos comunes en el que no habrá inconveniente para aceptar y admitir cualquier forma de autoría: sea autoría directa, autoría mediata o coautoría. En los casos de autoría directa implican la realización de contactos corporales de índole sexual entre el autor y el sujeto pasivo, ya sea que la acción del autor recaiga sobre la estructura somática de la víctima o se obligue a ésta a desarrollar un comportamiento sexual en el cuerpo del autor; por su parte, la autoría mediata aparece cuando el autor obliga a la víctima a realizar la acción sexual sobre su propio cuerpo o le obliga a ejecutar la acción sexual con un tercero o que soporte una conducta sexual de éste; la coautoría se manifiesta cuando existe una distribución de roles y funciones y hay de por medio como en toda forma de autoría un dominio o control del hecho por parte de todos los intervinientes,

en los casos de coautoría es indispensable que exista un aporte esencial a nivel de los actos ejecutivos.

También es posible admitir la *instigación y la complicidad*, hay *instigación* cuando existe un influjo psíquico sobre el autor del delito para que ejecute una acción sexual determinada distinta al acto sexual u otro análogo. La *complicidad* en cualquiera de sus formas se dará cuando exista una forma de ayuda o facilitación dolosa al hecho realizado por el autor.

2.8. PENALIDAD:

La determinación legal de la pena es una función del legislador que determina los extremos máximos y mínimos de la pena básica; y la determinación judicial de la pena es el resultado de un conjunto de operaciones a cargo del Juez que se orienta a seleccionar la pena concreta para el caso en particular.

Un órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite tres juicios importantes. En un primer momento él debe pronunciarse sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado. Luego en base a la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad del imputado y finalmente si declaró responsabilidad penal de éste deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle en su condición de autor o partícipe de la infracción penal cometida.

La determinación judicial de la pena se relaciona justamente con aquella tercera decisión que debe adoptar el juez penal y se materializa en un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir

la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal.

Por ello al establecerse solamente el mínimo de la pena y no el máximo de la misma, se evidencia una afectación del principio de legalidad manifestada en el mandato de determinación, el mismo que exige que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del tipo, se encuentren expresamente establecidos en la ley. Por ello en el delito de actos contra el pudor en menor de edad previsto en el art. 176-A del C.P, el legislador establece una sistemática cerrada que no permite mecanismos tanto para subir la pena como para bajarla; es decir nos encontramos con una norma penal completa.

Por consiguiente, en el ámbito de la determinación de la pena queda circunscrito a los resultados que se espera de la aplicación de las políticas como medios de control social que tengan como fin la prevención de futuros delitos.

3. CASO MATERIA DE ESTUDIO

3.1. DE LA DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:

Bajo el contexto de la investigación preliminar (a nivel policial por el caso de flagrancia delictiva) se verifica que:

- a) Aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito.
- b) La acción penal no ha prescrito
- c) Se ha individualizado al imputado
- d) No resulta necesario la satisfacción de requisitos de procedibilidad

Lo que motiva a proceder con la Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria por un plazo de ciento veinte días. Asimismo, el representante del Ministerio Público, solicita la medida coercitiva de prisión preventiva por nueve meses.

3.2. HECHOS IMPUTADOS

La fiscalía atribuye resumidamente un primer hecho con fecha 18 de noviembre del 2017, cuando la menor Y.Y.G.R en compañía de su madre Yngrid Nohely Rodríguez Flores, se dirigieron al mercado “Señor de los Milagros” con el propósito de comprar ropa, es así que cuando se encontraban en la tienda probándose un polo, la persona de Elmer Jacinto Cano Carbajal cogió a la menor de su “poto”.

Como segundo hecho, el que dio origen a la presente investigación, se tiene que el día 01 de febrero del 2018, a las 15:00 horas aproximadamente, en el interior del puesto de venta N.º 15 del mercado “Señor de los Milagros” del AA.HH Miraflores Alto – Chimbote, en circunstancias que la menor de iniciales Y.Y.G.R se encontraba acompañando a su tía Magumy Nayumy Rodríguez Flores a comprar ropa, siendo esta atendida por Betty Amparo Cano Carbajal, habría agarrado las nalgas a la menor. Situación que fue descrita por la misma al llegar a su domicilio, indicando que hace tres meses atrás le habría cogido las nalgas también, motivo por el cual se describe un primer hecho acontecido.

3.3. MEDIOS DE PRUEBA OFRECIDOS

a) *Víctimas, testigos y peritos*

N.º	CONDICIÓN	NOMBRES Y APELLIDOS	DOMICILIO	EXTREMOS DE LA DECLARACIÓN
1	TESTIGO	Magummy Nayummy Rodríguez Flores	AA.HH. 3 Estrellas Mz. S Lt.10 – Chimbote	Narre los detalles atinentes a la imputación esbozada contra Elmer Jacinto Cano Carbajal.
2	TESTIGO	Yngrid Nohely Rodríguez Flores	AA.HH. 3 Estrellas Mz. S Lt.10 - Chimbote	Narre como tomó conocimiento por parte de su menor hija sobre los hechos sufridos en su agravio
3	PERITO PSICÓLOGO FORENSE	Ireneo Eugenio Choque Cutipa	División Médico Legal II de Santa (domicilio laboral)	Explique el análisis y conclusiones del examen del Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001510-2018-PSC realizado a la menor agraviada.

4	PERITO PSICÓLOGO FORENSE	Melchor Walter Rodríguez Tapia	División Médico Legal II de Santa (domicilio laboral)	Explique el análisis y conclusiones del examen del Protocolo de Pericia N.º 002823-2018- PSC realizado a Elmer Jacinto Cano Carbajal.
---	--------------------------------	-----------------------------------	---	--

b) Otros medios probatorios

N.º	Descripción	Anexo/Formato	Condición/Objeto
1	Acta de Entrevista de la menor de iniciales Y.Y.G.R (10) de fecha 02 de febrero del 2018 (Cámara Gesell) y el Cd contenido la entrevista obrante	Prueba documental que se incorporará en juicio oral.	Documento útil, conducente y pertinente que contiene actuaciones urgentes e irrepetibles, para acreditar en juicio oral la forma y circunstancias como se efectuaron los hechos en agravio de la menor.
2	Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001510-2018, referido a la Entrevista única	Prueba documental que	Documento útil, conducente y pertinente que contiene actuaciones urgentes e irrepetibles para acreditar en

	realizada a la menor agraviada.	se incorporará en juicio oral.	juicio oral el estado emocional de la menor a consecuencia de la experiencia negativa vivida en el área psicoemocional.
3	Protocolo de Pericia Psicológica N.º 002863-2018-PSC, referido a la Entrevista Única realizada al imputado.	Prueba documental que se incorporará en juicio oral.	Documento útil, conducente y pertinente que contiene actuaciones urgentes e irrepetibles, para acreditar en juicio oral el resultado de la evaluación psicológica del imputado.
4	Ficha RENIEC de la menor presuntamente agraviada.	Prueba documental que se incorporará en juicio oral.	Se acredita que la menor agraviada nació el día 25 de julio de 2007, quedando establecido que al perpetrarse los hechos era una menor de edad.

3.4. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

Se concluye la etapa de investigación preparatoria, mediante disposición N.º 2, por lo que el representante del ministerio público, valiéndose de los medios probatorios presentados, decide **FORMULAR ACUSACIÓN**, solicitando 10 años de pena privativa de libertad como autor del delito de concurso real homogéneo de ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENOR DE EDAD y una reparación civil de DIEZ MIL NUEVOS SOLES (S/.10.000).

3.5. DESCARGO DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL SENTENCIADO:

El descargo brindado por la defensa técnica del sentenciado cumple con las formalidades citadas en el Art. 349 del Nuevo Código Procesal Penal, en lo que refiere los incisos b) y d) del numeral 1; teniéndose que **b) no existe una relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado**, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. Esto refiere a que no se ha detallado específicamente cada hecho acontecido, **d) no indica específicamente la participación que se le atribuye al imputado y** con respecto a la reparación civil, no se ha sustentado cuales serían los presupuestos para el computo de la misma; dado que para esto no se ha tenido en cuenta la situación económica del imputado.

Se plantea, además, una observación sustancial que se ajusta a lo prescrito en el artículo 350 del C.P.P inciso 1) literal d), concordante con el artículo 344 inciso 2) literal d) con lo que se solicita el **SOBRESEIMIENTO DE LA CAUSA** por cuanto “no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento al imputado”. Asimismo, **SOLICITA LA CESACIÓN DE LA MEDIDA DE COERCIÓN PROCESAL DE PRISIÓN PREVENTIVA.**

Ofrece los siguientes medios probatorios:

TESTIMONIALES:

- Declaración de Betty Amparo Cano Carbajal. Es útil, pertinente y conducente, toda vez que se encontraba en el lugar y el día de los hechos, teniendo la calidad de testigo presencial de los hechos.

- Declaración de Timoteo Juan Mendoza Montes. Es útil, pertinente y conducente, toda vez que es quien llevó la mercadería al lugar de los hechos y es además el propietario del puesto.
- Declaración de Deysi Indira Velásquez Moreira. Es útil, pertinente y conducente, toda vez que narra los hechos de cómo sucedieron antes y después que salgan del puesto de venta.
- Declaración de July Marilyn Mendoza Timana. Es útil, pertinente y conducente, toda vez que narra los hechos de cómo sucedieron antes y después que salgan del puesto de venta

DOCUMENTALES:

- Constancia emitida por Alejandro Moreno Capa – presidente de la asociación de comerciantes del mercado “Señor de los Milagros”. Es útil, pertinente y conducente, toda vez que permite conocer y acreditar el área del puesto de venta.
- Video contenido en un CD, donde se ha grabado el exterior e interior del puesto de venta, y contiene la simulación de los hechos ocurridos.
- Fotografías tomadas del puesto de venta N.º 14 desde la parte externa e interna, acreditando el espacio reducido con el que cuenta dicha área, sin presencia y con presencia de personas.

3.5.1. ALEGACIONES DEL SENTENCIADO

El señor Elmer Jacinto Cano Carbajal, niega en todo momento haber cogido las nalgas de la menor, y en su defensa indica que quizá al momento que iba trasladando la mercancía ocurrió un roce con el cuerpo de la menor. Dicha alegación es corroborada con las declaraciones testimoniales de los testigos ofrecidos, sin embargo, no fueron tomadas en cuenta por el juzgador.

3.6. EN RELACIÓN A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se condena al imputado como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menor de edad, con cinco **años de pena privativa de la libertad con carácter efectiva**, y al pago por concepto de reparación civil de **MIL NUEVOS SOLES (S/.1.000)**.

Enfocándonos a lo que respecta sobre la valoración de la prueba, lo cual es el tema fundamental en el presente proyecto, la sentencia señala en su punto Séptimo que:

Ha quedado probado que:

- La agraviada concurrió al puesto de venta
- El contacto del acusado con la menor agraviada
- La edad de la agraviada.
- La afectación psicológica de la agraviada.

No ha quedado probado:

- Que el acusado haya tenido intención de haber cogido los glúteos de la menor.
- La falta de veracidad de los hechos denunciados por la agraviada.

Por lo indicado en la sentencia, se observa que el juzgador resuelve pese a que no ha quedado debidamente probado, ni se ha tenido la certeza de que el acusado haya actuado con intención, esto significa que no ha mediado el dolo por parte de su persona; ahora bien, trasladándonos a lo prescrito en la norma, la doctrina y la jurisprudencia, es razonable y está así estipulado que la comisión de este tipo de delitos que atentan contra la libertad sexual (indemnidad sexual) es puramente doloso.

Ahora bien, (Vargas, 2013) nos dice que, implica dolo lo siguiente:

- a) *Voluntad de realización de un tipo penal o de varios de ellos.*
- b) *Conocimiento actual, perceptible y asumible de los componentes de la figura penal concreta; de las circunstancias del tipo; de la disposición causal de los medios puestos en juego y de la previsión del resultado.*
- c) *Función directora de la realización de los actos de ejecución y consumación del delito a nivel típico. El dolo está presente en los actos de ejecución comandándolos, acelerándolos o modificándolos.*

El autor nos indica entonces, que el dolo como voluntad de realización actúa en un contexto externo en donde puede verificarse que existen posibilidades reales, presentes o futuras en las que se puedan lesionar o poner en peligro a bienes jurídicos. El dolo como conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo penal, realizada a través del comportamiento del sujeto activo presupone una representación mental del resultado lesivo, material o formal. Y por último nos menciona que el dolo como voluntad consciente de realización del tipo penal, implica finalidad. La finalidad en este punto se diferencia de la intencionalidad, en tanto y cuanto la intencionalidad es dirigida por la voluntad, mientras que la finalidad del conocimiento.

En este sentido es preciso recalcar la no existencia de voluntad en los actos reflejos, en los movimientos en donde el efecto de arrastre por turba de personas permita en contacto corpóreo con la supuesta víctima, en los casos de fuerza mayor fundados estos en causas naturales (como por ejemplo los movimientos telúricos y el rescate a personas en estado de peligro). Igualmente, no existe voluntad en situaciones en donde el agente está suscitado bajo estados de control

de su consciencia no preordenados, y en una serie de hipótesis de comportamientos bajo estado de inconsciencia.

Habiendo analizado lo citado por el autor, se advierte en el presente caso que no se hizo un estudio sobre la teoría del dolo, dado que incluso con no quedarse probado que el agente actuó con intención, se le sentenció privándole de su derecho a la libertad, el cual es reconocido y protegido constitucionalmente.

Además, se tiene que, en la Resolución N.º 17 (SENTENCIA) el juzgador, teniendo en cuenta que se trata de un concurso real de delitos, omitió en la parte resolutive la absolución del primer hecho que se le imputa al señor Elmer Jacinto Cano Carbajal, otorgando incertidumbre al encausado de la imputación que se le estuviere haciendo. Rectificándose e integrando su veredicto aún en la sentencia de segunda instancia.

3.7. EN RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Se interpone la apelación de la sentencia en los extremos de:

- El contacto del acusado con la menor agraviada, se refuta en este aspecto en tanto y en cuanto, es evidente que el juzgador únicamente valoró como medio de prueba la declaración emitida en cámara Gesell por la menor, así como el gesto que esta propinó durante la entrevista, desvirtuando la argumentación del acusado, y más aún cuando se trata de un espacio estrecho en el que se venían desarrollando los hechos.
- La falta de veracidad de los hechos denunciados por la agraviada, se apela en este extremo, debido a que, si bien es cierto que se consideraron los testimonios de los testigos de cargo y descargo, existe contradicciones en lo mencionado por todos estos y lo dicho

por la víctima, lo que coadyuva a la pérdida de verosimilitud en la declaración vertida por la menor. Y por consiguiente la imposibilidad de corroborarlo con cualquier medio periférico.

- No se ha hecho la valoración de las pruebas actuadas en juicio oral considerando incluso las contradicciones antes mencionadas que la defensa ha hecho ver en los alegatos finales, lo que nos lleva a una vulneración del derecho a la defensa y el debido proceso.
- Que la acusación fiscal se basa en un concurso real de delitos, advirtiéndose que no existe otro medio probatorio que acredite o corrobore la versión de la víctima en lo que respecta al primer hecho.

Por los fundamentos mencionados la defensa técnica del acusado solicita: **REVOCAR** la resolución número 17 en donde se condena a Elmer Jacinto Cano Carbajal a **cinco años de pena privativa de libertad** por el delito de **ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENOR DE EDAD** y al pago de **MIL NUEVOS SOLES (S/.1.000)** por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

3.8. EN RELACIÓN A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

El colegiado superior declaró POR UNANIMIDAD INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la defensa técnica del sentenciado y en su fundamento jurídico número nueve expresa categóricamente que:

“(...) En cuanto al extremo de la sentencia condenatoria, si se ha cumplido con motivar debidamente su decisión, tal y como aparecen en los fundamentos de su valoración probatoria.

Lo cual resulta discutible, dado que todos los actuados que han podido desarrollarse durante la investigación, apuntan a una motivación que no se está basando en derecho.

3.9. MI POSTURA:

Es muy cierto que, cuando existe en la sociedad indicios de que se ha cometido un delito de tipo sexual, este debe tener un estudio profundo y riguroso, siendo así que, al encontrar culpables, estos deban ser sancionados con la pena respectiva.

Pero ciñéndonos a una correcta administración de justicia, es justo considerar ambas situaciones. En el caso en concreto, sabiendo que no se ha podido corroborar fehacientemente la responsabilidad penal del imputado, no es justo atribuirle a esta persona- la cual es también titular de derechos fundamentales- un hecho criminal que trae como consecuencia la pérdida de su derecho de *la libertad*.

Dado que se vulneraron los principios del debido proceso y del *indubio pro reo*, es necesario resaltar que la irresponsabilidad por parte de las instituciones competentes, de no tener un sistema de justicia más organizado y/o sofisticado para que, de dicho modo pueda determinarse claramente si hubo o no la intención de tocar los glúteos de la menor, debe señalarse también que un órgano jurisdiccional debe emitir un juicio basado en evidencias contundentes para que en razón de las mismas pueda atribuirse una culpabilidad fundada en derecho. Hago hincapié, en que debe considerarse la posibilidad de practicarse pruebas de carácter más científico para determinar la existencia del elemento subjetivo del tipo penal, ya que su atipicidad subjetiva se traduce en la no existencia del delito.

Lo que debió tomarse en cuenta también, a parte de lo que fuera una prueba científica, son los testimonios no solo de los familiares de la víctima, sino también, de las personas que presenciaron los hechos descritos en conjunto. Dándole al imputado el derecho a poder defenderse de tal imputación. Por todo esto, se debe entender que el juez no solo debe juzgar y sentenciar con la sola declaración de la

víctima en Cámara Gesell, sino, además, juzgar en función a las reglas de la sana crítica, la valoración lógica y de las pruebas científicas. Debe sentenciar, actuando con imparcialidad y respetando las garantías constitucionales que les son inherentes a toda persona, se puede decir que el juez tomó una decisión correcta, sin que medien injusticias ni atropellos a los justiciables, situación que no se realizó en dicho caso.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA:

Con el estudio del caso y a criterio propio, puedo afirmar que se sentenció valorando únicamente la declaración de la víctima como medio probatorio suficiente para condenar al imputado. Asimismo, no se respetó lo señalado en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política la cual refiere a la aplicación

Dado que se juzgó considerando un único medio probatorio como fundamental y suficiente, es preciso referir como se dijo anteriormente, que, en el presente caso, se está vulnerando algunos derechos constitucionales, los cuales se detallan líneas abajo:

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS

A probar:

Es de señalar que: “El carácter fundamental del derecho a probar, no solo implica que todo sujeto de derecho pueda ejercerlo dentro de un proceso judicial- civil, penal, constitucional, laboral, etc.- dentro de un procedimiento- administrativo, militar o arbitral- sino que constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico, contribuyendo a darle sus contenidos básicos e informando la organización jurídica y política del estado con propia fuerza normativa” (Alarcon, 1997).

Así, “El derecho de probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino que acepte y practique los pedidos y que tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación). De manera que no existe el derecho de la parte a que el juez se declare convencido de la existencia del hecho en presencia de la prueba aportada por aquella [...]” (Echandia, 1981)

Por ello, maravilla que en el Fundamento 6 de la sentencia del Exp. N.º 03997-2013-PHC/TC, el Tribunal Constitucional Peruano (TC) se señale: “[...] existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela de derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configura su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188 del CPC establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado (Cfr. STC N.º 6712-2005-PHC,FUND. 15)”

Y así también, saludamos el contenido del Fundamento 10 de la referida sentencia, que señala: “[...] atendiendo que el derecho a probar no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se aseguren la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia, tal como ya se advirtió en el Fund. 6 Suprema; este Tribunal considera que en el caso de autos se ha configurado la invocada afectación del derecho a la prueba de la recurrente por lo que su demanda de habeas corpus deberá ser estimada”.

No obstante, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su utilización, admisión, actuación, valoración) generará forzosamente por sí misma una indefensión constitucional relevante, sino que dependerá del estudio o análisis racional que el juzgador y los justiciables realicen en cada caso concreto, lo que determinará finalmente la afectación o protección de la garantía constitucional de naturaleza procesal analizada. (Valverde, 2020)

Entonces, a partir de lo antes mencionado es preciso destacar la importancia del derecho a probar para que, siendo admitidos y luego debidamente valorados, el juzgador considere lo probado al momento de sentenciar.

A la presunción de inocencia:

Además, es de considerar que continuamente se señala que para que el juzgador emita una sentencia condenatoria deberá haber llegado, finalizado el juicio oral, a una convicción más allá de toda duda razonable, lo contrario implicaría que absuelva al imputado en virtud in dubio pro reo. A este grado de convicción que debe alcanzar el juez penal se le ha denominado estándar de prueba más allá de toda duda razonable. (Flores, 2020).

Es de considerar, que el derecho fundamental a la presunción de Inocencia, se encuentra positivizado en el Lit. e), del Inc. 24., del Art. 2º., de la Constitución Política, el que en relación a las libertades personales a las que toda persona tiene derecho, prescribe: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”

A la motivación:

Acerca del derecho fundamental a la motivación en la sana crítica, traemos a colación: “Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados” (Aroca, 1996)

Lo prescrito nos da un alcance de las consecuencias de la obligatoriedad que debe tener la observancia del derecho a la motivación, ya que esto constituye una salvaguarda contra la discrecionalidad e irracionalidad de la prueba.

Además, el Inc. 5., ab initio, del Art. 139.-, de la Constitución Política, acerca de los principios y derechos de la función jurisdiccional, preconiza: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva:

No debemos perder de vista, que: “[...] el derecho a probar es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –lo que asegura su aplicación en todos los órganos jurisdiccionales– y del derecho al debido proceso –aplicable tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, particulares, arbitrales y militares–, pues no tendría sentido que un sujeto de derechos pueda llevar a los órganos competentes un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar

los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, resulta indudable que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos” (Alarcon, 1997)

Además, es de considerarse el Fund. 2., de la sentencia del Exp. N° 01557-2012-PHC/TC, del Tribunal Constitucional, que enseña: “Tal como lo señaló este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 010-2002-AI/ TC, el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos. En tal sentido, este Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a la prueba: [...] Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC Exp. N.º 6712-2005-HC/ TC, fundamento 15)”.

Así también nuestra Constitución Política del Perú, en el inc. 3 del art. 139, prescribe “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”

A la defensa:

Así, debido a que constantemente se viola del Derecho de Defensa, pues nada menos puede resultar de practicar irregularmente las pruebas en contra

(o incluso a favor de alguien); debido a que se viola, además, el derecho a ser oído y vencido en juicio, el derecho a presentar pruebas y contradecirlas (pues no se cuida de las normas legales y criterios doctrinales que vigilan la existencia, validez y eficacia de las pruebas); debido a que no se cuida de la necesaria motivación de las sentencias, además de otras irregularidades, es que afirmamos que lo que se presenta en los juzgados del país, es una situación inconstitucional e ilegal en torno al asunto probatorio y con ello, sin más, se viola incansablemente el Debido Proceso. (Angulo, 2020)

Aunado a la evidente vulneración de derechos fundamentales, se tiene que, en la valoración de la prueba por parte de los juzgadores, debe mediar las reglas de la epistemología o la racionalidad generales para la valoración de la prueba. Dicha valoración no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las **reglas de la lógica, de la sana crítica, de la experiencia.**

Apreciar de acuerdo a la **sana crítica** significa, tal como lo señala (Martin, 2003) *establecer “cuánto vale la prueba”*, es decir, qué grado de verosimilitud presenta la prueba en concordancia con los hechos del proceso.

A decir de (Jose, 2006), la sana crítica *“es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto”*.

Para (Falcon, 1990) la *“sana crítica” es el resumen final de los sistemas de apreciación probatoria (prueba arbitraria, prueba libre, prueba tasada, prueba científica, prueba lógica) dentro de dicha concepción está incluida la prueba tasada y cualquier decisión a que se llegue que requiera un razonamiento libre de vicios, perfectamente argumentado y sostenido de modo coherente sobre medios de prueba con los que se ha llegado por las mejores vías posibles conocidas a la fijación de los hechos, pues este es el fin de la apreciación.*

Partiendo de ello, es necesario mencionar -con respecto a la apreciación probatoria, en lo que refiere al tipo de prueba científica- que, para determinar la culpabilidad o no del imputado, dado que se trata de un delito de connotación sexual, este debió presentar secuelas de haber actuado con morbo, lujuria, lascivia; lo que no sucedió en el caso planteado. El efectuar tocamientos a un menor de edad en sus zonas erógenas para satisfacer las “apetencias sexuales” tal como lo señala la doctrina y jurisprudencia, significa que este tenga la intención de hacerlo, lo que constituye a este delito puramente doloso. Entonces ¿Cómo se determinaría si el agente actuó con dolo para satisfacerse sexualmente? La respuesta a esto tiene cabida- como se dijo anteriormente – en las pruebas científicas, siendo el hisopado una de las pruebas claves para determinar “la excitación” del imputado, y por ende la intención de satisfacerse sexualmente, esta prueba determinaría si existieron flujos pre seminales en el miembro viril del imputado o en su ropa interior, y con esto comprobar que existió la intención de satisfacer sus apetencias sexuales.

Habiendo mencionado esto, sobre la valoración de la prueba, no solo basta con considerar suficiente una pericia psicológica producto de una entrevista en cámara Gesell, lo que, si bien es cierto que demuestra confiabilidad en la versión inculpativa de la víctima, no determina si lo declarado por la misma se ajusta o no a la realidad. Por este motivo es necesario también, acudir a los avances científicos, dado que los laboratorios hoy en día emplean técnicas sofisticadas para analizar e interpretar evidencias. El resultado de las mismas ahora juega un importante rol en investigar los delitos sexuales, e identificar o eliminar sospechosos.

Por otro lado (Couture, 1958), nos dice que *la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.*

Además, como afirma el autor, el sistema de la sana crítica está basado en la aplicación de dos principios:

- a) El Juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la lógica.
- b) El Juez debe actuar aplicando las reglas de la experiencia

Por otro lado, la **valoración lógica** presupone un marco regulativo de la sana crítica al cual corresponde proponerle las reglas de correspondencia adecuadas con la realidad, por un lado, y por otro como articulación genérica en el desenvolvimiento de los juicios (Falcon, 1990).

El juicio lógico se sustenta en la validez formal del juicio de valor contenido en la resolución que emita el Juez, permitiendo evaluar si el razonamiento es formalmente correcto, es decir, si no se ha transgredido alguna ley del pensar (Falcon, 1990).

Aunado a dichas reglas, debe considerarse para la resolución de controversias de tal índole, **la valoración científica**, la cual es aplicable a la denominada “prueba científica”, que se efectúa generalmente por vía pericial, aparece en virtud de la labor de profesionales (médicos, contadores, psicólogos, matemáticos, especialistas en diversas ramas, como mercados, estadísticas, etc.) Aquí, se hace un uso epistémico de las pruebas científicas, las cuales están dirigidas a aportar al Juez elementos cognitivos de los hechos que se sustraen a la ciencia común de que dispone, por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del Juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el Juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al Juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón

La diversidad de niveles de atendibilidad de los conocimientos científicos que se realizan con fines probatorios durante el proceso, implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares la prueba científica es capaz, por sí sola, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso, en consecuencia, debemos admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas "ordinarias", que pueden contribuir a fundar conclusiones válidas sobre el hecho que debe probarse.

Así, por ejemplo, señala (Santo, 2020) es muy posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba alcanza valores de probabilidad del orden del 98 o 99%, sin embargo, también existen pruebas científicas de estadísticas muy bajas, del orden del 1 o 2%, ciertamente, por sí solos, estos datos no son suficientes para demostrar un nexo de causalidad específica entre un hecho ilícito y el daño provocado a un sujeto, y es bastante dudoso que puedan dotar a la prueba de un nexo de causalidad general (en casos en los que un nexo de esta naturaleza es objeto de prueba), de esta forma, resulta evidente que, si se quiere alcanzar el estándar de prueba que debemos satisfacer para demostrar el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño causado, y para afirmar que el enunciado correspondiente pueda considerarse como "verdadero", estos datos deben integrarse con pruebas de otro género, en sustancia, las pruebas científicas son muy útiles, pero raramente resultan decisivas y suficientes para determinar la decisión sobre los hechos.

En el Proceso Penal, en el que debemos satisfacer el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, debemos resignarnos ante el hecho de que sólo en unos pocos casos la prueba científica aporta informaciones con un grado de probabilidad suficientemente alto como para lograr la certeza o la casi-certeza del hecho, por lo general el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable solamente puede superarse cuando la conexión entre un

hecho (causa) y otro hecho (efecto) está "recubierta" por una ley de naturaleza deductiva o, al menos, casi-deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi-certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión (Santo, 2020)

Con respecto a la valoración de acuerdo a las **máximas de la experiencia** supone el uso de la experiencia para determinar la validez y existencia de los hechos, siendo que, esta experiencia se refiere a la apreciación como objetivo social de ciertos conocimientos comunes dentro de un ámbito determinado, en un tiempo específico, pero también, a la resultante de la tarea específica realizada, así el Juez puede apreciar claramente la peligrosidad de un vehículo que se desplaza a una velocidad incorrecta hacia el lugar donde está transitando; incluso puede usar al respecto reglas jurídicas que la experiencia ha volcado en el Código de tránsito (Echandia, 2002).

A decir de (Jose, 2006) , las máximas de la experiencia:

1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico;

2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del Juez que los aplica;

3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos;

4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el Juez para un hecho similar;

5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el Juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el Juez tenga como experiencia propia.

La experiencia también viene del modo común y normal del desarrollo de los sucesos, como ellos acostumbra a ocurrir, de manera que si se sostuviera que hay una variación en estos sucesos, habría que probarlo, por ejemplo, la experiencia indica que la gente no “lee” la mente de otro; si ello fuese alegado en algún caso, debería probarse, de esta manera el curso natural de las cosas que el Juez aprecia está ayudado por las reglas de la carga de la prueba, tampoco el Juez necesita un psicólogo permanente para advertir si un testigo manifiestamente miente, por lo que la experiencia judicial le permite, a través del interrogatorio y en función de los demás elementos colectados en el proceso, determinar la contradicción, la falta de voluntad para declarar, el ocultamiento, etc. (Echandia, 2002)

Asimismo, (Echandia, 2002) informa que es un conjunto de 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.

En consecuencia, analizando las reglas antes descritas para la valoración de la prueba y una posterior decisión fundada y motivada en derecho y en base a la realidad científica, considero que no se estudió el caso con profundidad

por parte del juzgador, ignorando no solo la correcta valoración de los medios probatorios, sino, también, los principios constitucionales como lo son el principio al debido proceso, el principio del derecho a la defensa y el principio a la igualdad

CONCLUSIONES:

Una vez concluida la presente investigación, arribamos las siguientes conclusiones:

1. La declaración de los menores de edad debe ser estrictamente corroborada con medios probatorios de carácter científico, ya que la ciencia por ser precisa, determinará principalmente si el supuesto agresor actuó con dolo o no.
2. Para salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia la sentencia debe estar debidamente motivada, tal como lo señala la casación 628 - 2015 Lima “el examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad”. En palabras más sencillas debe existir una coherencia e indudable conexión entre los hechos, las pruebas actuadas y la manera en que el juez aplica su capacidad cognitiva para relacionar, justificar y sustentar sin duda alguna sus decisiones, por lo mismo estas deben ser sobre todo claras, sin un ápice de duda o incertidumbre ya que las pruebas son los elementos materiales en las cuales las resoluciones se sustentan.
3. La aplicación de la sana crítica o libre valoración probatoria penal, garantiza la observancia y realización de los derechos fundamentales, *verbi gratia*: a la motivación, inmediación, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, imparcialidad, a probar, defensa, presunción de inocencia, seguridad jurídica.

4. La correcta valoración de la prueba penal en sede judicial, proporciona, además, la legitimación de la función del magistrado que expide su sentencia. En ese sentido, al respetar estrictamente lo señalado, se evitaría que los justiciables recurran a la apelación y casación, en atención del principio de doble instancia. Ello, en razón a que se abraza la justicia cuando la decisión judicial definitiva resulta ser más pronta como irrefutable.
5. La institución jurídica de la valoración de la prueba penal, deviene en capital como sumamente delicada, en tanto que, de lo que comporta es nada menos que decidir respecto del segundo derecho fundamental en importancia, después del de la vida, esto es el de la libertad (en los casos que corresponda).

RECOMENDACIONES:

1. En vista de un precario sistema de corroboración de los delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual, debe incorporarse a las diligencias preliminares actuaciones más certeras y eficaces para determinar la existencia del dolo y por ende atribuirle responsabilidad al encausado sobre un hecho ilícito.
2. Se debe hacer uso de las reglas epistemológicas al momento de sentenciar, aplicar además de los medios probatorios existentes, las reglas de la sana crítica, la valoración lógica, la valoración de las pruebas científicas, y la máxima de experiencia en los juzgadores. De este modo se obtendrá una sabia decisión al momento de expedir una sentencia condenatoria.

3. El juez debe tener una debida motivación cuando va resolver un caso, puesto que la falta de esta o la indebida motivación será causa de vulneración de las garantías constitucionales, y por tanto no se va tener un resultado motivado en derecho.
4. Se debe constatar un correcto procedimiento de la entrevista única en Cámara Gesell, lo que implica la presencia del juez, dado que de este modo va permitir que se verifiquen las declaraciones de los menores y por ende va otorgar al juez la claridad de los hechos acontecidos para poder juzgar y sentenciar.
5. Se debe respetar las garantías constitucionales que son inherentes a toda persona y por lo tanto poder darle al imputado la oportunidad de defenderse, de que se presuma su inocencia hasta que pueda probarse su responsabilidad dentro de un hecho delictivo de connotación sexual, de este modo también se estaría protegiendo su dignidad como persona humana y la sociedad no estigmatizaría su personalidad como la de un delincuente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcon, R. B. (1997). El Derecho Fundamental a Probar y su Contenido Esencial. *Revista Ius Et Veritas* Nº 14, 171-172.
- Angulo, J. P. (01 de Marzo de 2020). *Los presupuestos de la sana critica. ¿Estan nuestros jueces preparados para la sana critica?* Obtenido de <https://lamjol.info/>
- Aroca, J. M. (1996). *La Prueba en el Proceso Civil*. Madrid : Civitas .
- Balestra, C. F. (1998). *Derecho Penal: Introduccion y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil (3ra Ed.)*. Buenos Aires: Depalma.
- Echandìa, H. D. (1981). *Teoria General de la Prueba Judicial - Tomo I*. Buenos Aires - Argentina: Victor P. de Zavalìa.
- Echandia, H. D. (2002). *Teoria General de la Prueba Judicial (Vol I)*. Buenos Aires : Victor P.

- Falcon, E. M. (1990). *Tratado de la prueba*. Madrid: ASTREA.
- Flores, J. A. (01 de Marzo de 2020). *Valoracion de la Prueba*. Obtenido de <http://www.derecho.usmp.edu.pe/>
- Jose, G. C. (24 de febrero de 2006). *La fundamentacion de las sentencias y la sana critica*. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0718-
- Martin, C. S. (2003). *Derecho Procesal Penal Tomo I*. Lima: Editora Juridica Grijley.
- Martinez, V. J. (2018). *Derecho Penal Parte Especial "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, y otros"*. Lima : Instituto Pacifico.
- Rodriguez, C. C. (2005). *Modenas Tendencias dogmanitas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Juridica.
- Salinas, R. (2018). Importancia de la dogmatica juridico-penal . En R. Salinas, *Derecho Penal Parte Especial Volumen 1* (págs. XCV - XCVI). Lima : Editorial Iustitia.
- salinas, S. R. (2016). *Delito de acceso carnal sexual presunto*. Lima: Instituto Pacifico.
- Santo, V. D. (23 de 02 de 2020). *La Prueba Judicial, Teoria y Practica*. Obtenido de <http://www.wordreference.com/definicion/calidad>
- Siccha, R. S. (2018). *Derecho Penal Parte Especial* . Lima: IUSTITIA.
- Siccha, S. (2004). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Idemsa.
- Stein, J. V. (1998). *Derecho Pena - Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- TORRES, B.-A. (1997). *Manual de Derecho Penal*. Lima: San Marcos.
- Torres, L. B.-A. (1997). *Manual del Derecho Penal Parte Especial* . Lima: San Marcos.
- Valverde, L. G. (18 de Marzo de 2020). *Derecho Fundamental a la Prueba: Garantia Constitucional de la Naturaleza Procesal*. Obtenido de http://www.academia.edu/5503647/Derecho_
- Vargas, F. R. (2013). *Derecho Penal : Estudios fundamentales de la Parte General y Especial* . Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal .

