

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS SEXUALES: ¿INFLEXIÓN EN LA EXIGENCIA DE UNA SUFICIENTE ACTIVIDAD PROBATORIA? ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO Nro. 2-2005/CJ-116*

Por:

David Fernando Panta Cueva*

Vladimir Somocurcio Quiñones**

I.- INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de un proceso penal, muchas veces la única *prueba*¹ de cargo resulta ser la manifestación del propio agraviado –que se convierte en único testigo-, con lo que se convierte a la valoración probatoria en una verdadera encrucijada. Delitos, sobre todo contra la libertad sexual –en la modalidad de violación de menor de edad-, son los que con más frecuencia presentan estos problemas, pues el juzgador tiene la difícil tarea de desentrañar este testimonio y determinar si constituye prueba válida, de cara a la condena de un imputado.

Como es obvio, este tipo de testimonios deben ser valorados en Juicio Oral (por ventilarse los delitos contra la indemnidad sexual bajo la substanciación del procedimiento penal ordinario), para que se respeten todas las garantías constitucionales y, sobre todo, se tutelen principios como el contradictorio, la publicidad y oralidad². Sin embargo, en la

* Dedico el presente trabajo al profesor Néstor Hernán Seminario Castillo.

* Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo - Filial Piura.

** Abogado egresado por la Universidad Privada de Tacna. Máster con Especialización en Derecho penal (Universidad de Sevilla).

¹ Sobre este término, Florencio MIXAN MASS dice «La lógica, como ciencia que estudia “las leyes y formas del pensamiento”, facilita comprender la prueba como el proceso discursivo orientado a descubrir, demostrar, poner de manifiesto la relación entre las formas del pensamiento (concepto, juicio, raciocinio, hipótesis, teoría) y la realidad que reflejan: si esta relación es verdadera o si sólo probable o si deformada intencionalmente (falsa) o si viciada de error». *Vide.*, MIXAN MASS, Florencio, “*Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*”, ed., 1º, edit., BLG, Trujillo, Perú, 2005, pág., 213. Comillas en el original.

² En ese sentido, Carlos CLIMENT DURAND, Vicente GIMENO SENDRA, Manuel MIRANDA ESTRAMPES, Manuel ORTELLS RAMOS, citados por NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, “La utilización de las declaraciones producidas en el procedimiento preliminar como prueba en el Juicio Oral en caso de testimonios contradictorios”, en “*La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*”, ed., 1º., edit., Jurista Editores, Coordinadores: Luis Miguel Reyna Alfaro, Gustavo A. Arocena y David Cienfuegos Salgado, Lima, Perú, Marzo, 1997, pág., 448. Al respecto Nakazaki señala “Una de las reglas del sistema probatorio de libre apreciación o del criterio de conciencia, es precisamente la exigencia que las pruebas sólo se producen en el juicio oral. En el sistema probatorio de libre apreciación, por ejemplo el testimonio, se produce como regla general en el juicio oral, no en el procedimiento preliminar”. En:

actualidad esto no ocurre en todos los casos (delitos contra la libertad sexual sometidos al proceso penal sumario) y, peor aún, hasta antes del Acuerdo Plenario materia de análisis, reinaba el *decisionismo judicial* al momento de emitir un juicio de culpabilidad, sustentado únicamente en el testimonio de la víctima.

En el presente trabajo se analizará cuándo los testimonios del agraviado se convierten en ambiguos, endebles e inconsistentes, constituyendo una prueba problemática y carente de toda certeza fáctica; razón por la cual, no puede servir para generar convicción en el Juzgador³. Además, daremos breve recuento de los presupuestos valorativos impuestos por la jurisprudencia vinculante y, finalmente, haremos notar que siendo, efectivamente correcto, someter al testimonio de la víctima a unas garantías de certeza, éstas deben ser complementadas siguiendo la jurisprudencia penal española más reciente.

II.- LA SINDICACIÓN Y EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Sin lugar a dudas, el derecho a la presunción de inocencia se consolida como una de las garantías más importantes del ciudadano. Por ello, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de decir sobre este derecho fundamental:

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “ (...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada” (STC 10107-2005-HC)

En cuanto a su contenido, conviene resaltar en este lugar la exigencia de una suficiente actividad probatoria, de cargo y constitucionalmente legítima, como base indispensable para destruir el derecho a la presunción de inocencia. Nuevamente, trayendo a colación la jurisprudencia constitucional, podemos decir que:

“(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, “La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales”, *ob. cit.*, pág., 449.

³ Con esto estamos dejando de lado el famoso aforismo *testis unus testis nullus*, que significa que un solo testigo, testigo nulo. Antiguo principio jurídico, según el cual un solo testigo no establece la verdad de un hecho; pero que, como se dijo, forma parte de la historia antigua del proceso penal, máxime al haber superado el régimen del sistema legal o tasado de valoración de la prueba.

suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción” (cfr. STC 0618-2005-PHC/TC, FJ 22).

Entonces, delimitado el alcance de este derecho fundamental en cuanto a la entidad probatoria necesaria para fundamentar una condena penal, es preciso analizar, ahora, la vinculación entre el derecho a la presunción de inocencia, la exigencia de una suficiente actividad probatoria y las especiales dificultades de prueba en los delitos sexuales.

Ahora bien, sentada la premisa anterior –una suficiente actividad probatoria como exigencia del derecho a la presunción de inocencia- parece incontestable afirmar que, tratándose de delitos sexuales, se produce algo así como *un punto de inflexión en esta exigencia constitucional*. Esta afirmación nos permite sostener la siguiente tesis: En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, siendo que la *clandestinidad* marca sus rasgos esenciales, se ha convertido a la declaración de la víctima en un punto de inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria, constitucionalmente legítima y de cargo, de cara a derrumbar la presunción de inocencia.

En otras palabras, al parecer: tratándose de delitos sexuales, basta la mera imputación de la víctima para fundamentar una condena penal. Que esto sea así, quizás se pueda explicar porque “estos delitos (...) muchas veces se cometen de manera solitaria, en la que falta la presencia de testigos directos y donde por lo general se echa de menos la falta de prueba documental”⁴. Es que los delitos contra la libertad sexual “constituyen criminológicamente delitos clandestinos, secretos o de comisión encubierta”⁵ y “suelen cometerse en ámbitos privados, sin la presencia de testigos, y muchas veces sin la existencia de rastros (desfloración, sangre, semen, huellas, etc.) que puedan develar lo sucedido a través de las pericias técnicas específicas”⁶. Por ello, “la víctima del delito es un testigo con un status especial (...) su declaración (...) presenta un valor de legítima actividad probatoria, y ello, aunque sea su único testimonio, al no existir en el proceso penal el sistema legal o tasado de valoración de la prueba”⁷. Pero, además, existen razones de índole político-criminal que abonan la plausibilidad de esta hipótesis. Así, la declaración de la víctima puede generar un pronunciamiento condenatorio para evitar la impunidad de muchos delitos sexuales y, con ello, el resquebrajamiento de la vigencia de la norma. Si fuésemos especialmente meticulosos en la valoración probatoria y censuráramos, sin más, la deposición del testigo-víctima por su particular interés en el resultado del proceso, con toda seguridad, la impunidad campearía con el consiguiente resquebrajamiento de la confianza en la norma.

⁴ Vide., CASTILLO ALVA, José Luis, “La declaración de la víctima como medio probatorio en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 18, edit., Gaceta Jurídica, 2002, pág., 8.

⁵ Vide., CASTILLO ALVA, José Luis, “La declaración de la víctima como medio probatorio en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *ob., cit.*, pág., 08.

⁶ Vide., MARCELO TENCA, Adrián, “*Delitos sexuales*”, ed., 1º, edit., Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág., 233.

⁷ Extracto de la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español del 28 de octubre de 1992 y del 11 de julio de 1990.**

Pese a estas afirmaciones, no debe soslayarse que “las características que rodean los delitos sexuales, y el modo como se interpreta la prueba, los hace proclives a las falsas denuncias (...) la mecánica procesal es en un muchos casos una verdadera invitación a realizarlas (...). La práctica cotidiana refleja que tales motivaciones se incrementan con finalidades cada vez más espurias y bajas (...). Una cuestión de celos, diferencias con la cuota alimentaria, la división de los bienes de la sociedad conyugal o siempre la venganza hacia un tercero, por el motivo que fuere, pueden originar la denuncia falsa.”⁸

Con todo, buscando un punto intermedio entre las afirmaciones precedentes, es preciso recordar que “la necesidad socialmente destacada de tutelar con la máxima contundencia la libertad sexual no puede conducir al debilitamiento de los principios fundadores de un Derecho penal democrático, como son, entre otros, los de proporcionalidad, culpabilidad y legalidad”⁹.

En efecto, dejar en manos del prudente criterio jurisdiccional la suerte de quien es acusado por un delito sexual, siembra significativos temores de condenar a un inocente. Estas dudas bien fundadas sobre la plausibilidad del testimonio de la propia víctima de agresiones sexuales, han llevado a considerar exigibles una serie de pautas valorativas al momento de sustanciar una sentencia judicial, pues como ha destacado HASSEMER¹⁰ “¿de qué sirve la vinculación a la ley, si el juez puede escoger libremente los hechos, a los que luego, eso sí, aplica la ley con estricto cumplimiento de las reglas?”. Entonces, para contrarrestar este punto de inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República ha venido elaborando pautas valorativas muy importantes, de cara a morigerar una construcción irracional de hechos probados.

Por lo demás, las cautelas respecto de estos testimonios se levantan, sobretodo, al reparar que sobre la víctima pesa la sospecha de que su testimonio no es tan aséptico e imparcial, al haber sufrido los perjuicios ocasionados por el delito¹¹. En efecto, se entiende por testigo aquel sujeto que resulta ser un tercero ajeno al hecho delictivo y que, por ende, se encuentra en una posición de imparcialidad objetiva; particularidad, en todo caso, difícilmente predicable del testigo-víctima. Justamente por ello, para tratar de superar esta falta de imparcialidad, es necesario contar con alguna corroboración que permita superar esta sospecha originaria¹².

Pues bien, aunque la doctrina y la jurisprudencia peruana venían “exigiendo una serie de requisitos y presupuestos para conceder relevancia probatoria a la declaración de la

⁸ Vide., MARCELO TENCA, Adrián, “*Delitos sexuales*”, *ob. cit.*, págs., 246 y ss.

⁹ Extracto de la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español Nro. 1030/2006**, de fecha 25 de octubre del 2006.

¹⁰ Cfr., HASSEMER, citado por MUÑOZ CONDE, Francisco, “*La vinculación del Juez a la ley, en La búsqueda de la verdad en el proceso penal*”, ed., 1º, edit., Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000, pág., 33.

¹¹ Vide., CLIMENT DURÁN, Carlos, “*La prueba penal*”, ed., 2º, edit., Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005, pág., 208.

¹² Vide., CLIMENT DURÁN, Carlos, “*La prueba penal*”, *ob. cit.*, pág., 213.

víctima en los delitos contra la libertad sexual¹³, ha sido el Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/CJ-116 el que le ha otorgado “carta de naturaleza” a una serie de garantías de certeza judicial –de larga trayectoria en la jurisprudencia española-, a saber: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud y c) persistencia en la incriminación; que permitirán, en definitiva, someter la declaración de la víctima a un control de credibilidad.

III.- GÉNESIS DE LOS INICIALES RASGOS CONTRADICTORIOS

Veamos ahora cómo pueden ir apareciendo causales de incerteza en una deposición inculpativa. Dentro de la etapa de investigación preliminar, conducida por el representante del Ministerio Público, se trata de recabar todo tipo de dato que sirva para corroborar la tesis imputativa que se investiga, aunque, al mismo tiempo, debe prestarse especial atención a los actos de investigación que puedan conducir a la inocencia del imputado. Como es sabido, aquí se practican las primeras manifestaciones policiales tanto del agente como del agraviado –referenciales específicamente, por tratarse de menores de edad-, exámenes médicos legales, diligencias de constatación, etc.

Sin embargo, suele ocurrir que la menor agraviada muchas veces comienza a prestar declaraciones distintas tanto a nivel policial como a instancia de referencial ante el representante del Ministerio Público. Pero estas primeras vacilaciones muchas veces son percibidas sutilmente como equivocaciones en la hora exacta de perpetración del hecho, edad exacta que tenía cuando ocurrieron los hechos¹⁴ e incluso confusión en los nombres de las personas. Sin embargo, la contradicción comienza a percibirse más claramente a nivel de instrucción, cuando la menor comienza a desnaturalizar –por así decirlo- sus manifestaciones anteriores, síntomas estos que se comienzan a presentar ya no sutilmente, sino de forma más notoria, a tal punto que puede llegar a olvidar las facciones físicas del agente u olvidar la manera cómo fue ultrajada el día de comisión del delito e incluso detallando de manera distinta el recinto donde presuntamente fue ultrajada.

Muchas veces el problema se agudiza, cuando la menor no concurre al Juicio Oral¹⁵ y a veces ni se presenta a rendir su preventiva en instancia jurisdiccional, originando serias dificultades para tener por ciertas sus afirmaciones y, luego, emitir un pronunciamiento condenatorio.

¹³ Vide., CASTILLO ALVA, José Luis, “La declaración de la víctima como medio probatorio en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *ob. cit.*, pág., 09.

¹⁴ Aunque desde un punto de vista lógico, este dato genera ya cierta desconfianza en el testimonio, pues es absurdo pensar que una menor no recuerde la edad exacta cuando fue ultrajada sexualmente. Hechos de esta naturaleza, desde un punto de vista psicológico, son difíciles de olvidar.

¹⁵ Aunque nuestro C de P.P en su artículo 253 prescribe que “Deberán ser leídas y sometidas a debate, las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia y sobre cuya concurrencia no insista el Tribunal, las que considere necesarias, o las solicitadas por el fiscal, el defensor o la parte civil”. Aunque desde ya este tipo de procedimiento genera también múltiples problemas, en caso se cuente sólo con una manifestación policial de la víctima. Sobre este tema, NAKAZAKI señala “**El artículo 253 regula una de las excepciones de la regla que la prueba testimonial es la que se practica en el juicio oral, la llamada prueba testifical producida anormalmente**”, *vide.*, NAKAZAKI SERVICÓN, *ob. cit.*, pág., 459. Negritas en el original.

Otros inconvenientes también pueden suscitarse en la órbita descrita cuando, merced a la normatividad procesal penal vigente, se cuente únicamente con el testimonio de la agraviada en los delitos sexuales en sede preliminar y ante Fiscal de Familia, como parece autorizar la Ley 27055, que modifica el artículo 143 del Código de Procedimientos Penales. En efecto, según este dispositivo, “la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, (...) salvo mandato contrario del Juez”. Y la pregunta que se impone salta de inmediato: ¿para fundamentar una condena bastará esa declaración referencial ante la Fiscalía de Familia?

A este respecto, cabe precisar que esta *prueba testifical* tendrá aptitud probatoria suficiente para destruir la presunción de inocencia, en tanto se lleve a cabo con las debidas garantías, esto es, respetando el contenido esencial del derecho de defensa. Esto es así porque el imputado, al interrogar al testigo-víctima, tendrá la posibilidad de evitar la indefensión y, para ello, deberá cuestionar eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. Con todo, cabe reparar en que una sentencia fundamentada únicamente en este testimonio ante el Fiscal, vulneraría los derechos fundamentales del imputado. En especial, su derecho a interrogar a los testigos de cargo, tal como claramente lo ha expresado el artículo 14°, inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Así, la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, durante todo el proceso: “A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.”

IV.- VALOR PROBATORIO DE LAS MANIFESTACIONES PRESTADAS EN INSTANCIA PRELIMINAR

El artículo 62 del C de P.P señala que “la investigación policial que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los jueces y tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 283 del Código”; asimismo, el artículo 72 del mismo cuerpo normativo –en su segundo párrafo- señala que “Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento”¹⁶.

¹⁶ Al respecto SAN MARTÍN sostiene que “Es una excepción, muy dudosa por cierto, al principio de la prueba judicial, la que debe interpretarse restrictivamente; en principio, el testimonio prueba contra quien lo prestó, pero no tiene valor probatorio para involucrar a terceros, en tanto en él no intervino la defensa del involucrado. En: *Vide.*, SAN MARTÍN CASTRO, César, “*Derecho Procesal Penal*”, T-I, ed., 2°, edit., Grijley, Lima, Perú, Abril, 2006, pág., 484. Asimismo, el mismo autor señala que “Las actuaciones policiales, realizadas antes o después de instaurada una instrucción judicial, no tienen – en principio- valor probatorio. Dos razones justifican esa conclusión: (1) la ausencia de presencia judicial en su realización; y, (2) la falta de

En este ínterin, se presentan dos momentos procesales de vital importancia; primero, la manifestación de la agraviada y segundo, el certificado médico legal. Al respecto debemos tener mucho cuidado al valorar sobre todo el segundo de los elementos expuestos, pues muchos jueces creen que basta con la conclusión de “*himen con desfloración antigua (...)*”, para que la persona –comúnmente detenida- sea el responsable de dicho hecho punible. Consideramos que este tipo de conclusiones sólo demuestra una relación de causalidad¹⁷ entre el delito cometido y el sospechoso, pero que aún es insuficiente para generar convicción, sobre todo en las denuncias tardías o donde ha pasado un lapso de tiempo prudente entre el hecho y la *notitia criminis*; sin embargo, distinto es el caso de flagrancia delictiva¹⁸ donde el examen médico concluye con un “*himen con cicatrización reciente*”.

Como se mencionó anteriormente, la información que presta la menor agraviada en esta fase, es la que se tomará como base y será *confrontada* –posteriormente- con las demás versiones que dé a nivel de Ministerio Público y en instancia jurisdiccional.

V.- VALOR PROBATORIO DE LAS MANIFESTACIONES PRESTADAS EN INSTANCIA JURISDICCIONAL

Esta etapa, como es bien sabido, constituye la fase que sirve para “obtener los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio a la persona individualizada como autor de un delito, cuanto para desempeñar fundamentalmente funciones asegurativas con respecto a las personas, los bienes y las pruebas, permitiendo con todo ello eliminar rápidamente a los acusados que resultan inocentes, evitándoles un largo e inútil proceso”¹⁹.

En esta etapa se recibe la declaración preventiva de la agraviada, las ratificaciones periciales, nuevos exámenes médicos –psicológicos sobre todo- y una diligencia que en muchas oportunidades se torna vital. Nos referimos a la confrontación entre la víctima e inculpado²⁰. Aquí ya podemos confrontar las distintas declaraciones de la menor presuntamente agraviada ofrecidas en instancia preliminar y jurisdiccional, advirtiendo si las mismas presentan serias inconsistencias lógicas estructurales.

garantías en su práctica. No son pues actos de prueba que puedan ser valorados directamente por el órgano jurisdiccional sentenciador”.

¹⁷ De este mismo parecer es el Tribunal Supremo Español. (**Segunda Sala Penal**). **Sentencia de fecha: 30 de abril de 2007. Ponente: José Manuel Maza Martín.** Puede visualizarse en: http://www.upfiscuales.com/info/senten_relev/SRe06P168.htm, consultado Febrero 12 de 2008. También el Tribunal Constitucional Español en la **Sentencia de fecha 27 de Febrero de 2007**, cuyos magistrados fueron: Casas Baamonde, Delgado Barrio, y Aragón Reyes. Puede visualizarse en: <http://www.tribunalconstitucional.es/AUTOS2007/ATC2007-175.html>

¹⁸ Al respecto *vide.*, PANTA CUEVA, David Fernando, “REDEFINIENDO LA FLAGRANCIA DELICTIVA. Análisis y crítica de una sentencia del Tribunal Constitucional y del Decreto Legislativo N° 989”, en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 111, edit., Gaceta Jurídica, Año 13, Diciembre, 2007.

¹⁹ LEVENE, *Cfr.*, SAN MARTÍN CASTRO, “Derecho Procesal Penal”, *ob. cit.*, pág., 438.

²⁰ Nuestro C de PP de 1940, en su artículo 143 (tercer párrafo), señala que esta diligencia se llevará a cabo si es que la víctima fuese mayor de 14 años. Cuando ésta tiene menos de 14 años, la confrontación con el presunto autor procederá a solicitud de la víctima.

Estas inconsistencias lógicas las podemos advertir cuando, por ejemplo, la menor refiere nombres de terceras personas no comprendidas ni referidas en instancia preliminar, cuando retira los cargos atribuidos a ciertas personas y compromete a otras distintas, cuando no recuerda las características físicas del agresor (cuando en instancia preliminar detalló sus principales características físicas), cuando no recuerda cuántos años tenía el día de la comisión del hecho punible, cuando no recuerda cuántas veces fue ultrajada por el agresor, cuando no precisa dónde fue la primera vez en que se cometió el hecho delictuoso, cuando describe nuevas características del agente, cuando manifiesta que fue coaccionada a declarar de tal o cual manera en instancia preliminar, etc.

Consideramos que ante tal constelación de casos, estamos ya frente a testimonios absolutamente contradictorios. Es pues aquí donde la sindicación comienza a perder fuerza, a tornarse débil, a hacer que el principio de presunción de inocencia o el *indubio pro reo*, comiencen a solidificarse, trayendo como consecuencia que la tesis imputativa comience a flaquear. Dicho de otra manera, la tesis imputativa comienza a caminar con muletas.

De presentarse este tipo de contradicciones, la situación jurídica del detenido puede variar, ello de acuerdo al artículo 135 *in fine* del C.P.P de 1991^{21 22}. De esta forma, uno de los principios rectores de las medidas cautelares de naturaleza personal comienza a cobrar mayor virtualidad. Nos estamos refiriendo al principio de *variabilidad* de las medidas cautelares. El tema o eje central que fundamentaría la variación del mandato de detención por la comparecencia, sería la pérdida de peso de unos de los elementos del artículo 135 del C.P.P de 1991, como es la suficiencia probatoria.

Aquí debemos señalar que los nuevos actos de investigación no sólo deben cuestionar la suficiencia probatoria -como normalmente entienden los jueces-, sino que esta disposición debe interpretarse teleológicamente, valer decir, los nuevos actos de investigación deben

²¹ Importante es señalar que con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1991 en cuanto al proceso cautelar de detención, ha empezado a funcionar con mayor vigor la variación de la detención por comparecencia (puesto que el artículo 135 *in fine* nos abre esa posibilidad de solicitar la variación cuando uno o todos los elementos que avalaron el mandato de detención se han esfumado), la misma que es fácilmente entendible hoy por los jueces penales, entre otros factores, porque se empiezan a acostumbrar a reconocer la variabilidad o modificabilidad de las medidas cautelares, en la forma como se hace en el proceso civil. Este tipo de recursos incluso ha determinado la menor utilización de la libertad provisional y de los recursos de queja.

²² Sabido es que las medidas cautelares, sobre todo las de naturaleza personal, están sujetas a principios, a fin que ellas respeten los Derechos fundamentales de las personas y no incurran en arbitrariedad. Dentro de estos principios tenemos: Subsidiaridad, proporcionalidad, temporalidad, razonabilidad y **variabilidad**. Este principio lo encontramos en la parte *in fine* del artículo 135 del C.P.P de 1991: “[...] en todo caso, el juez penal podrá revocar el mandato de detención previamente ordenado, *cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de pruebas que dieron lugar a la medida*”.

cuestionar cualquiera de los tres presupuestos que avalaron, en su oportunidad, el mandato de detención²³.

VI.- VALOR PROBATORIO DE LOS TESTIMONIOS EN INSTANCIA DE JUICIO ORAL.

El artículo 250° del C de P.P, prescribe que “Si el Presidente notare diferencias en puntos importantes entre las declaraciones prestadas en la instrucción y en la audiencia, procurará mediante preguntas apropiadas, que se explique clara y detalladamente la razón de esas divergencias”. Se puede apreciar que nuestra normatividad exige al Presidente de Sala que examine al testigo, en caso advierta contradicciones tanto a nivel de investigación como de juzgamiento, interrogándolo a dar una explicación del porqué de lo ocurrido.

Al respecto, existe una primera postura la misma que pregona que en caso de testimonio contradictorio a nivel plenario, se debe dar credibilidad a la manifestación que –de acuerdo al juzgador- le genere mayor convicción (la misma que fácilmente puede haberse dado a nivel de investigación)²⁴. Desde ya soy del parecer que este tipo de postura es válida siempre y cuando existan otros medios probatorios que avalen o den credibilidad a la manifestación ofrecida en instancia preliminar, como por ejemplo otros testigos de cargo que refieran lo mismo de quien ha dado en un primero momento un testimonio contradictorio. Aquí el Juzgador con un criterio de conciencia –de ser el caso- debe dar mayor credibilidad al testimonio prestado en la fase de investigación, no tomando como válido el ofrecido en el plenario. Sin embargo, esta tesis vale sólo para el testigo, cuando dentro de la actividad probatoria existen otros testigos o medios probatorios que valorar, empero, no es válida cuando estamos ante un único testigo de cargo.

Asimismo, existe una segunda postura, la cual es la antípoda de la anterior, la misma que gira en torno a que de presentarse un testimonio contradictorio en el plenario, el juzgador debe dar un valor absoluto *sólo* al testimonio dado en el Juicio Oral, como si aquel lleva desde ya ínsito una presunción *iuris et de iure* de veracidad o a lo sumo de certeza²⁵. Al respecto, somos del parecer que esta tesis peca de demasiado ingenua, pues se acepta que todo testimonio dado en una instancia procesal –como es el Juicio Oral- siempre será acorde con la verdad de los hechos. Sin embargo, pensamos que si se ofrecen nuevas pruebas que acrediten lo que el testigo está manifestando –y que no lo ha dicho en la

²³ Importantes son las palabras de Nakazaki Servigón quien refiere “En consecuencia, no puede interpretarse el artículo 135 última parte del Código Procesal Penal, en el sentido que el Juez solamente debe hacer cesar la detención judicial arbitraria porque ya no existe prueba suficiente; esto es, permitirle que mantenga el encarcelamiento procesal arbitrario si se ha modificado el pronóstico de pena superior a los 4 años [hoy 1 año], si ha desaparecido el peligro procesal, o si la detención se ha convertido en desproporcionada, so pretexto de una interpretación gramatical”. Vide., **NAKAZAKI SERVICIÓN**, César Augusto, “*Medidas para la recuperación de la libertad del inculcado detenido*”, Revista Biblioteca del Colegio de Abogados de Lima, Edición Bicentenario 1804 -2004, Año 1 N° 7, Lima, Perú, 2004. Obra jurídica que puede visualizarse en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/nagazaki1204.pdf>

²⁴ En contra: La Ley de Enjuiciamiento Criminal Español en su artículo 714, el mismo que reza “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”, en **NAKAZAKI SERVICIÓN**, César Augusto, “La utilización de las declaraciones producidas en el procedimiento preliminar como prueba en el Juicio Oral”, *ob.*, *cit.*, pág., 452.

²⁵ En contra: CLIMENT DURÁN, MORENO CATENA (obra colectiva), citados por **NAKAZAKI SERVICIÓN**, César A., *ob.*, *cit.*, pág., 454.

investigación preliminar y jurisdiccional- esta sí debe servir para generar convicción en el juzgador. El problema estaría, cuando se trata del único testigo de cargo, que fácilmente puede recaer en la persona del agraviado.

Considero que de estar en el supuesto de la referencia, vale decir, cuando el testigo comienza a manifestar en el plenario cosas que no ha referido en las instancias anteriores, su tratamiento debe de ser el de un testimonio débil, tenue, indirecto, problemático, que no genera una convicción para sentenciar, por ende, este testimonio no debe formar parte de la finalidad de la actividad probatoria²⁶. Por contrapartida, deben funcionar los principios del *in dubio pro reo* y presunción de inocencia²⁷, los cuales deben hacer que la duda aparezca a los ojos del juzgador y destruya la tesis imputativa que en un primer momento cobró fuerza. Solo así, existirá una teoría de la prueba basada en un derecho procesal penal garantista de los derechos fundamentales de las personas, limitando el *ius puniendi* a través de principios y programas de política criminal aceptados por nuestra constitución.

VII EL TESTIMONIO DEL ÚNICO TESTIGO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA

En el Pleno Jurisdiccional de fecha 30 de Setiembre de 2005²⁸, los magistrados de la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República se reunieron, a fin de determinar el tratamiento que se le debería dar a la sindicación del coacusado, testigo y agraviado. En lo referente a la sindicación del testigo y agraviado LA SALA PENAL afirmó lo siguiente:

“Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, 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:

- a) 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.
- b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas

²⁶ Sobre la finalidad de la actividad probatoria, *vide.*, MIXAN MASS, Florencio, “*Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*”, *ob.*, *cit.*, pág., 216 – 217.

²⁷ Sobre este tema, *vide.*, MIXAN MASS, Florencio, “*Derecho Procesal Penal. Juicio Oral*”, ed., 6º., edit., BLG., Trujillo, Perú, 2006, pág., 276 – 278. También, recomiendo al lector el interesante artículo del joven jurista NIEVES-CHERO Justo Edwards, <La “conexión de la antijuridicidad” en los efectos reflejos: Reconstrucción del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita>, en “*La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*”, ed., 1º., edit., Jurista Editores, Coordinadores: Luis Miguel Reyna Alfaro, Gustavo A. Arocena y David Cienfuegos Salgado, Lima, Perú, Marzo, 1997.

²⁸ ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116; cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y Precedente penal vinculante*, ed., 1º., edit., Palestra, Lima, Perú2006, págs., 89-93.

corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal “c” del párrafo anterior.”

Que esto sea así se explica porque, en efecto, para estos casos rige el principio de la propia sospecha: estos testigos-víctima han de superar las sospechas que se ciernen sobre su imparcialidad, porque sólo así podrá ser tomado en consideración su testimonio como una prueba de cargo²⁹.

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva.

Es obvio que si el agraviado tiene ciertas enemistades con el inculpado, se colige que aquel tratará de usar todos los medios posibles, a fin de mantener su tesis inculpativa. Por ende, los magistrados deben realizar una diligente investigación, a fin de demostrar la credibilidad subjetiva de la imputación, descartando los móviles espurios de la denuncia.

- b) Verosimilitud.

Este dato “(...) supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima, exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración, puesto que como señala la STS. 12.7.96, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes del hecho”³⁰.

- c) Persistencia en la incriminación.

La misma que “debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un

²⁹ CLIMENT DURÁN, Carlos, “*La prueba penal*”, *ob. cit.*, pág., 208.

³⁰ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (Segunda Sala Penal). Sentencia de fecha: 28 de diciembre de 2006. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Puede ser visualizada en: http://www.upfiscales.com/info/senten_relev/SRe06P114.htm, consultado Febrero 13 de 2008.

sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones³¹.

Puede resultar de interés determinar si, acaso, un Tribunal de alzada puede anular una sentencia venida en grado por inapreciar los presupuestos valorativos antes esbozados. A este respecto, consideramos que tal posibilidad es totalmente viable, especialmente porque la concurrencia de estos presupuestos es la única garantía que tiene el imputado para saber si el Juzgador, para condenarlo, contó necesariamente con prueba de cargo suficiente y descartar, de esta manera, la apreciación omnímoda y arbitraria de los hechos por el Juez penal.

VIII. ¿MAYORES CUOTAS DE CERTEZA PARA VALORAR EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS SEXUALES?

Con ser sumamente relevantes las pautas establecidas por nuestro Supremo Tribunal, consideramos que aún existe camino por recorrer, para dotar de mayor firmeza al derecho a la presunción de inocencia. Por ello, consideramos conveniente reafirmar las pautas valorativas ya establecidas –ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación- pero, al propio tiempo, proponemos llenarlas de mayor contenido, para abarcar el mayor número de casos y, fundamentalmente, para reducir las cuotas de irracionalidad al momento de valorar la prueba y especialmente en los delitos sexuales, donde –como es notorio- las penas son excesivamente duras y los beneficios penitenciarios un mito. Veamos, entonces, cuáles son los puntos en los que puede detenerse adicionalmente el análisis de estos tres presupuestos valorativos:

- a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva:** Debe prestarse atención, también, a las propias características físicas o psicoorgánicas de la víctima, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción. Además, sobre el análisis de los móviles espurios, deberá prestarse atención a las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima.³²
- b) **Verosimilitud:** En este lugar, deberá ponderarse y prestar extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que como datos objetivos complementen la constatación narrativa³³.
- c) **Persistencia en la incriminación:** Sobre este punto, deberá examinarse, igualmente, que la declaración no esté sumergida en serias ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es preciso, además, se especifique y concrete con

³¹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (Segunda Sala Penal). Sentencia de fecha: 28 de diciembre de 2006. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Puede ser visualizada en: http://www.upfiscales.com/info/senten_relev/SRe06P114.htm, consultado Febrero 13 de 2008.

³² CLIMENT DURÁN, Carlos, “La prueba penal”, *ob. cit.*, pag., 219.

³³ *Ibid.*, pág., 218.

precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias, sería capaz de relatar.³⁴

IX. CUESTIONES FINALES SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS SEXUALES

Después del breve repaso de las imbricaciones constitucionales de la declaración de la víctima en los delitos sexuales, las ocasiones en que suelen ocurrir serias contradicciones entre los dichos de los presuntos agraviados, la importancia de los baremos de ponderación establecidos por nuestro Supremo Tribunal y la necesidad de complementar aquéllos para garantizar mayores cuotas de certeza al momento de estimar unos hechos probados; no nos resulta ajeno que se produce en la discusión sobre la entidad probatoria de la declaración de la víctima en los delitos sexuales –como en tantos otros lugares- una seria confrontación entre garantías del imputado e interés persecutor del Estado.

Y como hemos tratado de demostrar a lo largo del presente trabajo, la especial nocividad de los delitos contra la libertad sexual, su notoria amplitud típica y su inclemente severidad punitiva, no deben importar un serio relajamiento de las garantías del imputado; antes bien, deberán respetarse cabalmente los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente es que, sobre este último se produce algo así como un punto de inflexión sobre las exigencias de una suficiente actividad probatoria; pero esta afirmación no puede confundirse con un punto de quiebre en lo que respecta a esta exigencia para enervar la presunción de inocencia.

Además, la gravedad de las penas previstas para esta clase de delitos nos obliga a actuar con mayor cautela, pues si resulta altamente indigno condenar a un inocente; lo será aún más condenarlo a una pena intemporal. En cambio, el peligro que importa la absolución de un culpable por falta de pruebas, será el precio que deberá pagar el Estado para preciarlo aún de Constitucional y Democrático.

³⁴ *Ibidem*, pág., 220.