

# identificación de la Prueba adecuada Para determinar el Retardo mental en el delito de violación sexual

Elisa Shirley AvenDaño PineDa<sup>185</sup>

## SUMARIO

I. Introducción. – II. Violación sexual de persona con incapacidad de resistencia. (Artículo 172° del código penal). – III. Derecho a la prueba. – IV. La prueba en el debido proceso penal. – V. Valoración de la prueba. – VI. Prueba pericial. – VII. Pericia psicológica y pericia psiquiátrica. – VIII. Conclusiones. – IX. Bibliografía

## RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad Identificar la prueba pericial adecuada que permita acreditar fehacientemente la existencia del supuesto retardo mental en los delitos de violación de persona en incapacidad de resistencia a los fines de su correcta valoración en el proceso penal.

Para ello, se realizará un análisis dogmático del retardo mental, del cual se advierte que tiene como causa orgánica. Para luego tomar en consideración la valoración de la prueba se adecuada (pertinente, conducente y útil) a fin de determinar el retardo mental vulnera el derecho a la prueba.

Concluyéndose, que la prueba pericial adecuada para determinar fehacientemente el supuesto de retardo mental es la **evaluación psiquiátrica**, la misma que garantiza el derecho a la prueba a las partes y su valoración racional en el proceso penal ante la emisión de una sentencia, condenatorio o absolutoria.

---

185 Fiscal Adjunta Provincial, Tercera Fiscalía Provincial Penal de Villa María del Triunfo, Abogada por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

## **PALABRAS CLAVES**

Prueba pericial, proceso penal, derecho a la prueba, evaluación psiquiátrica

## **ABSTRACT**

*The purpose of the present investigation is to identify the adequate expert evidence that can reliably demonstrate the existence of the alleged mental retardation in the crimes of rape of a person with incapacity for resistance for the purpose of correct assessment in the criminal process.*

*For this, a dogmatic analysis of mental retardation will be carried out, which is noticed as having an organic cause. To then take into consideration the assessment of the test is appropriate (relevant, conducive and useful) in order to determine mental retardation violates the right to test.*

*Concluding, that the adequate expert evidence to reliably determine the mental retardation assumption is the psychiatric evaluation, the same that guarantees the right to the test to the parties and their rational assessment in the criminal process before the issuance of a sentence, condemnatory or absolut.*

## **KEY WORDS**

*Expert evidence, criminal process, right to the test, psychiatric evaluation*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Al realizar un análisis de los diversos tipos penales que comprende nuestro Código Penal, nos llama la atención aquellos delitos que vulneran la libertad sexual de las personas, no sólo por los actos vejámenes que se realizan en contra de las víctimas, sino por el proceso que se realiza para demostrar la culpabilidad o inocencia de la persona acusada por este delito; lo que nos hace reflexionar acerca de la importancia respecto a la prueba que se debe tener para imputar a una persona como responsable del delito, recayendo una pena privativa de libertad y el pago de una reparación civil a favor de la víctima.

Es así que, de las diversas modalidades de los delitos contra la Libertad Sexual, advertimos que en el artículo 172° del Código Penal<sup>186</sup> se encuentra la modalidad de violación de personas en incapacidad de resistencia, denominada también como “Acto Sexual Abusivo” en la que se tipifica: ***“El que tiene acceso carnal con una persona vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia, retardo mental o***

---

186 Artículo modificado e incorporado mediante la Ley N° 28251, de fecha 17 de mayo de 2004

***que se encuentra en incapacidad de resistir...***” (La negrita, cursiva y subrayado es nuestra) Por cuanto, se sanciona a la persona que teniendo conocimiento que su víctima sufre una de los presupuestos antes mencionados tiene acceso carnal, no valorándose por ello el consentimiento que pudo haber prestado por la afectación o discapacidad que presenta.

Del artículo antes mencionado se advierte que entre los presupuestos señalados que presentan incapacidad de resistencia se encuentran aquellas personas que sufren de retardo mental, supuesto que considera a toda persona que adolece de un déficit intelectual que le impide entender a cabalidad lo que ocurre en su entorno, consecuentemente, no prestaría un consentimiento. En ese sentido, resulta ser tan importante establecer la prueba pericial que certifique que una persona padezca de retardo mental y en que magnitud se encuentra cuando ocurrieron los hechos ya que puede presentarse retardo mental leve, moderado, grave o muy profundo.

Es así que, establecer la prueba adecuada que pueda crear convicción al juzgador (jueces colegiado) que una persona presenta dichas condiciones, resulta ser tan imprescindible para establecer como responsable del delito y consecuentemente ser sancionado con la pena prevista en el Artículo 172° del Código Penal Peruano

Pues si bien, a partir de la etapa de juzgamiento, en la Audiencia de Juicio Oral se puede establecer que los elementos de convicción recabados por el Ministerio Público serán denominados como prueba, toda vez que es la etapa final del proceso penal, por lo que resulta necesario que las pruebas valoradas en dicha audiencia sean idóneas, es decir, pertinentes, conducentes y útiles, al momento de ser valoradas por los jueces.

Ante dicha problemática, advertimos la presencia de dos pruebas periciales comúnmente tomadas en cuenta, una de ellas, la evaluación psicológica que nos hace entender mejor la personalidad, valorar los niveles de inteligencia o identificar problemas específicos, como ansiedad, problemas de atención y otras condiciones; con toda esta información, la psicología hace un diagnóstico y dar las conclusiones pertinentes.

Otra evaluación, es la psiquiátricas, las misma que son efectuadas por médicos en la especialidad de psiquiatría, quienes de acuerdo a su formación, le prestan mayor atención a los *posibles problemas fisiológicos*, como desequilibrios en los neurotransmisores, lesiones orgánicas que pueden ser tratadas médicamente, o ***enfermedades mentales*** que podrían ser curadas como cualquier infección médica<sup>187</sup>.

---

187 <http://psicoletras.wordpress.com/2009/02/05/psicologia-y-psiquiatria-diferencias>

Ante ello, nos preguntamos **¿cuál es la prueba pericial, pertinente, útil y conducente para determinar definitivamente que una persona padezca retardo mental?** Puesto que, a no ser admitida el consentimiento de la víctima, ya que, su discernimiento estaría siendo interrumpido por padecer retardo mental, es fundamental acreditar dicha condición, surgiendo por ello, el problema jurídico que se plantea con el presente artículo, tomando en cuenta además que la sanción a imponerse es muy alta, no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, o cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

## II. VIOLACIÓN SEXUAL DE PERSONA CON INCAPACIDAD DE RESISTENCIA. (ARTÍCULO 172° DEL CÓDIGO PENAL)

### 1. Generalidades

Como señala el maestro Alonso Peña Cabrera Freyre, el legislador en el marco de las descripciones típicas, ha modulado la estructuración de la conducta prohibida, conforme a las particulares condiciones que presenta la víctima, conforme a la relación de poder que subyace entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Sin duda, la libertad sexual es el objeto a proteger penalmente, siempre y cuando la víctima tenga capacidad de autodeterminación sexual, que tenga la posibilidad de comprender la naturaleza y alcance del acto que está cometiendo, dicho discernimiento toma en consideración el legislador a efectos de dar por válido el consentimiento de la víctima, pues cuando se producido un vicio del consentimiento, cuando el ofendido ha sido coaccionado, engañado, se configura un quebrantamiento de la Libertad Sexual.

No todas las personas gozan de una estabilidad psíquica y/o emocional, pues algunos individuos padecen de ciertas enfermedades mentales, que inciden notablemente en la percepción de la realidad; una realidad desdibujada y distorsionada, que no les permite una real comprensión de su vida *en* sociedad. Son individuos, entonces, que merecen una mayor protección estatal, en cuanto revelan un estado de indefensión para con el resto del colectivo; de tal manera, que el Derecho Penal les concede una tutela en el ámbito de su sexualidad, reprimiendo aquellas conductas que supongan una afectación a su intangibilidad sexual.

El bien jurídico tutelado en este delito es la indemnidad o intangibilidad de los discapacitados mentales o de todos aquellos que se encuentran en un estado de incapacidad de defensa, que por su especial condición psico-física encuentran en un estado de vulnerabilidad.

Asimismo, parafraseando Castillo Alva, se busca proteger de la manera más amplia posible la indemnidad sexual de las personas que se hallan incurso en casos de inimputabilidad o en situaciones semejantes a ella como la incapacidad de resistir y que en este último caso no se puede predicar necesariamente que se encuentren privadas de su libertad sexual al menos de modo total.

Nuestra legislación nacional comparada coincide en señalar que el bien jurídico protegido en este delito es la indemnidad sexual de las personas por su incapacidad mental de comprender y resistir. (Caro Coria y Castillo Alva).

Por su parte, el maestro Bramont Arias precisa que respecto de quien se encuentra en una situación de incapacidad de resistir, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, en la medida que dicha incapacidad física no anula la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto.

**Sujeto Activo.** El sujeto activo del delito puede ser tanto varón como mujer, el tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial.

**Sujeto Pasivo.** Puede serlo tanto el hombre como la mujer, pero condición especial es que se debe tratar de una persona que sufra de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir; puede serlo una prostituta enajenada. Dentro de este contexto se podrían incluir todas las anomalías o deficiencias idóneas para perturbar las capacidades cognoscitivas, valorativas y ejecutivas del sujeto afectado, tales como la psicosis y oligofrenias graves; sin embargo, solo se analizará el retardo mental, ello por tomar en consideración la finalidad del presente artículo.

### **Retardo Mental: (aspecto central de la investigación)**

Constituye un estado deficitario de la inteligencia, una deficiencia significativa de las facultades psico-motrices del individuo.

Tomas Aladino Gálvez (2011) precisa que el retardo mental, consiste en un funcionamiento intelectual por debajo del promedio (coeficiente intelectual significativo bajo), que se presenta junto con deficiencias de adaptación (carencia de destrezas necesarias para la vida diaria) y se manifiesta durante el periodo de desarrollo (Pág. 308).

Asimismo, las definiciones tradicionales del retardo mental, elaboradas por la Asociación Americana de Psiquiatría (**en adelante A.P.A.**): D.S.M.-III-R-IV, lo consideran como: **un desarrollo mental incompleto o detenido, que se manifiesta por una capacidad intelectual inferior a la media de la población (C.I. de 70 ó menos para el RM, estando la medida en un C.I. de 100).**

La capacidad intelectual es un concepto muy amplio que comprende diversas funciones: a) Funciones cognoscitivas (comprensión, memoria, razonamiento, abstracción). B) Motricidad. C) Lenguaje. D) Socialización.

El déficit de la capacidad intelectual que padecen las personas con retardo mental afecta a las anteriores funciones: existiendo un lenguaje deficitario, problemas psicomotrices, una socialización mermada y unas funciones cognoscitivas disminuidas. Todo ello repercute en la adaptación del Individuo a su entorno y a su comunidad.

El retardo mental (en adelante R.M.) sólo puede diagnosticarse si todas estas alteraciones se dan antes de los 18 años (para no confundirlo con un cuadro demencial). Por lo que es un trastorno propio de la infancia. La definición propuesta por la A.P.A. hace especial hincapié en el concepto de **C.I.** o cociente intelectual y en el rendimiento intelectual. Los test que miden **C.I.** son de aplicación individual, están tipificados por edades y adaptados a la cultura de la persona.

El cociente intelectual es el resultado de la división entre la edad mental y la edad cronológica, multiplicado por 100. Es un indicador cuantitativo propuesto por Stern, basándose en los descubrimientos de Binet.

A **Binet** se debe la idea de **edad mental**, el autor defendía que a medida que el niño crecía en edad cronológica, también lo hacía su eficacia en solucionar problemas. Lo que se debía a que sus operaciones mentales eran, cada vez más complejas (dirección del pensamiento, comprensión, imaginación, atención, memoria, organización perceptiva, etc.). Había niños que en la realización del test que medían dichas operaciones mentales alcanzaban un rendimiento superior al esperado por su edad cronológica. Binet decía, entonces, que poseían una edad mental superior a la correspondiente a su fase evolutiva.

**Stern** empleó el concepto de edad mental de Binet para elaborar el **CI**, un indicador cuantitativo de que el desarrollo intelectual es o no equilibrado. Así, cuando la edad mental y la cronológica son iguales, el cociente da 1 que, al multiplicarlo por 100, se convierte en 100. Si existe un desfase hacia arriba, el niño presenta una inteligencia superior, con una evolución mental superior a su edad cronológica (C.I.=130, por ejemplo). Cuando el cociente es inferior a 100, indica un retraso evolutivo propio de una inteligencia inferior (C.I.=65, por ejemplo).

En cuanto al C.I. podemos distinguir cuatro tipos de retraso mental:

- *Ligero* (C.I. de 70 a 50, edad mental entre los 8 y 10 años).
- *Moderado* (C.I. de 35 a 50, edad mental entre los 5 y 8 años).

- *Severo* (C.I. de 20 a 35, edad mental entre los 3 y 5 años).
- *Profundo* (C.I. menor de 20, con una edad mental interior a los 3 años)

Cada nivel de retraso mental tiene unas características y unas capacidades, lo que ha dado lugar al siguiente criterio de clasificación educativo:

- i. **Retraso Mental Leve (educables):** Pueden desarrollar habilidades sociales y de comunicación. Tienen un deterioro mínimo en las áreas sensorio-motoras.
- ii. **Retraso Mental Moderado (entrenables):** Son capaces de mantener una conversación y aprender habilidades de comunicación. Pueden beneficiarse de un entrenamiento profesional y, con supervisión moderada, aprender a cuidar de sí mismos o viajar independientemente por lugares que les resulten familiares.
- iii. **Retraso Mental Grave (entrenables):** En la etapa pre-escolar se observan pocas o nulas habilidades verbales y un desarrollo motor pobre. En la etapa escolar pueden aprender habilidades de comunicación, ciertas palabras clave (hombre, mujer, alto, etc.) y hábitos de higiene (aseo, vestido). En la vida adulta, hacen tareas sencillas bajo una estrecha supervisión. Normalmente viven en viviendas protegidas o con familiares.
- iv. **Retraso Mental Profundo (cuidables):** En los primeros años muestran una capacidad mínima para el funcionamiento sensorio- motoriz. No tienen control de esfínteres. Requieren un entorno muy rutinario y estructurado, una supervisión constante y una relación personalizada con su cuidador. Pueden practicar tareas sencillas muy atentamente supervisados.

### III. DERECHO A LA PRUEBA

#### 1. Preceptos generales

El maestro Florencio Mixán Mass profundiza los estudios sobre la acepción polisémica de la palabra prueba; es así que en su creación jurídica cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba, expresa que “en el fragor de la actividad cotidiana, se asignan múltiples opciones a la palabra prueba. Así, por ejemplo, en ocasiones puede ser empleada para referirse a una argumentación correcta (a una inferencia concatenada y correcta), cuya conclusión sea la afirmación de la verdad o falsedad alcanzada sobre el objeto del cocimiento de que se trata. O bien, la palabra prueba es utilizada para indicar algún dato, signo, cuya interpretación conduzca a poner de manifiesto la verdad o probabilidad sobre aquello que ese dato indica.

La función principal del proceso judicial radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas, y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Por ello se ha de concluir que la función del proceso es la aplicación del derecho.

Por ello, **SÁNCHEZ VELARDE** se encarga de resaltar que la prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se aboca a su estudio con distintas intensidades (Sánchez Velarde 2004, Pág. 637).

Desde la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el **derecho a la prueba** goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. En la sentencia N° 6712-2005-HC/TC se señaló que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen (S.T.C. 5068-2006-P.H.C./T.C.)

Finalmente, se ha puesto de relieve que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos (S.T.C. 1014-2007-P.H.C./T.C.).

Siendo un derecho fundamental, el derecho a la prueba tiene una doble dimensión o carácter, como son:

- i. En su dimensión subjetiva**, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.
- ii. En su dimensión objetiva**, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia (S.T.C. 1014-2007-P.H.C./T.C.)

Como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos, como



de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos (S.T.C. 4831-2005-P.H.C./T.C.)

El derecho a la prueba es reconocido explícitamente como norma rectora por el Código Procesal Penal, cuando en su artículo IX del Título Preliminar señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Si bien el código Procesal Penal solo hace alusión en su título preliminar al derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno puede ser interpretado de manera restrictiva, sino por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no solo la aportación de medios de prueba, sino también la admisión, recepción y valoración de la prueba. Por lo demás, el T.C. se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

El Derecho a la Prueba se encuentra registrado en el principio de libertad probatoria; no obstante, conforme al Decreto Legislativo N° 052, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la actividad probatoria. Este principio cuenta con reconocimiento positivo en la propia carta fundamental y en los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Congreso.

*a. Principios generales de la prueba*

- Principio de la Gratuidad de la Justicia Penal
- Principio de Concentración
- Principio de Contradicción
- Principio de Inmediación
- Principio de Doble Instancia o Pluralidad de Instancia
- Principio de Presunción de Inocencia
- Principio de la Interdicción de la Persecución Penal Múltiple
- Principio de Legitimidad de la Prueba
- Principio del Derecho de Defensa
- Principio de la Libertad Probatoria
- El Derecho de Guardar Silencio y a la No Autoincriminación
- Principio de Oralidad

## ***b. La prueba y su catalogación***

### ***b.1. La Prueba Indirecta***

Es la que llegará a conocimiento del juez a través de documentos, relato de personas, testimonios, pericias, etc. El ordenamiento procesal penal vigente ha incorporado, en su estructura normativa, el aporte de este tipo de pruebas que conforme a lo preceptuado en el Artículo 162° considera que “toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley. Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el juez”.

## ***c. Alcances del derecho a la prueba***

El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba no fue primigeniamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino por la doctrina nacional y la doctrina y jurisprudencia extranjeras. No obstante, se debe puntualizar que la delimitación o alcance del derecho fundamental a la prueba se ha ido perfilando en nuestro país a través de la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete de la Constitución, y particularmente por las reglas probatorias del Código Procesal Penal.

### ***c.1. El derecho a ofrecer medio de prueba.***

Una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva. El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

Una de las manifestaciones de este elemento del derecho a probar se encuentra en la posibilidad de ofrecer testigos. Tal como claramente lo ha expresado el Artículo 14°, inciso 3, acápite e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, y 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 a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

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

El Código Procesal Penal regula el derecho a ofrecer medios probatorios estableciendo como regla esencial el principio de aportación de parte en el Artículo 155°.2, y fijando los momentos en que se pueden aportar los medios de prueba en los artículos 350°.1.f), 373°.1, 373°.2y 385°.2, en los términos que seguidamente se reseñan.

### *c.2. El derecho que los medios de prueba sean admitidos.*

Este elemento consiste en el derecho que tiene su titular a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, con el propósito de acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean **pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles**, así como manifiestamente excesivos.

Constituye un serio e importante avance para proteger el derecho fundamental a la prueba, la regulación sobre la admisión de las pruebas que ha efectuado el Código Procesal Penal. Entre las reglas generales para el juicio de admisión, se tiene: a) la admisión de un medio de prueba requiere de un auto especialmente motivado (Artículo 155°.2 b) se pueden excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y los prohibidos por la ley (Artículo. 155°.2, c) se pueden limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución; d) es posible reexaminar la admisión de un medio de prueba (Artículo 155°.4); e) no pueden ser utilizados métodos o técnicas idóneos para influir sobre la libertad de autodeterminación de una persona o para alterar su capacidad de recordar o valorar los hechos (Artículo 157°.3; f) no se pueden utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos mediante la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (Artículo 159°).

### ***c.3. El derecho que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos.***

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

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

A través de los medios de prueba, las fuentes de prueba ingresan al proceso. El momento en que deben ser adecuadamente incorporadas las fuentes de prueba es el juicio, porque es en dicha fase del proceso penal que rigen plenamente los principios de publicidad, contradicción, oralidad e intermediación, esenciales para la formación de las pruebas.

La doctrina denomina a los medios de prueba practicados en el juicio actos de prueba, distinguiéndolos de los actos de investigación que son propios de la investigación probatoria y que solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia (Artículo 325° del C.P.P.). Por esta razón es que el Artículo 393° del C.P.P. señala que no se pueden utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquéllas legítimamente incorporadas en el juicio.

Para que la actuación probatoria sea adecuada, deben regir los siguientes principios: *Legalidad de la Actividad Probatoria, Publicidad y Contradicción.*

### ***c.4. El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba.***

En el proceso penal es necesario asegurar la conservación de la prueba, toda vez que, de poco serviría tener derecho a ofrecer medios probatorios o que los mismos sean admitidos para su actuación en el juicio, si éstos no estuvieran disponibles para su actuación en el momento oportuno del debate. Debido a la duración de los procesos en nuestro país, con cierta frecuencia ocurre que por enfermedad o viaje los testigos o peritos no van a estar disponibles para su presentación en el juicio o la audiencia de actuación probatoria, o que el testigo no podrá reconocer al autor o partícipe de un hecho punible o el objeto material de un delito —denominado prueba o evidencia material— porque no estará en las mismas condiciones en las que fue hallado o incautado.

### ***c.5. El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas.***

Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal

sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso en el marco del respeto de los derechos fundamentales y de lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso.

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

Asimismo, la valoración de las pruebas, individuales y conjuntas, se adecue a las reglas de la racionalidad. Solo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones.

Como nos señala Pablo Talavera, el Código Procesal Penal configura una valoración racional de la prueba al señalar, de un lado, que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, estando obligado a exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo 158°). En ese sentido, la racionalidad radicaría en la necesaria corrección del razonamiento probatorio en la medida que hay obligación de explicitarlo. De otro lado, el artículo 393°.2 estatuye que, para la apreciación de las pruebas, el juez penal procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. (Talavera Elguera 2004, Pág. 512)

### *c.6. La Obligación de motivar el razonamiento probatorio.*

El derecho a la prueba comprende no solo el derecho a que los medios de prueba practicados sean valorados de manera adecuada, sino también a la motiva-

ción debida. La valoración de la prueba debe estar motivada por escrito, con el fin de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la libre valoración razonada en modo alguno significa que la actividad probatoria se sustraiga del control de la jurisdicción constitucional. Aquélla debe ser realizada de acuerdo con los principios que la informan. Entre dichos principios, un lugar especial ocupa la necesidad de la debida motivación, que deberá quedar plasmada en la sentencia de manera suficiente. Evidentemente, al juez constitucional no le compete valorar las pruebas, pero sí analizar si en su valoración (razonamiento probatorio) existe una manifiesta irrazonabilidad [S.T.C. 1934-2003- H.C./T.C.] Empero, debe entenderse que para que un juez constitucional se pronuncie sobre la motivación de la apreciación de la prueba, resulta indispensable que previamente los tribunales ordinarios hayan revisado tal motivación conforme a los recursos legalmente previstos.

Asimismo, la obligación de motivar expresamente las decisiones judiciales se encuentra recogida en el artículo 139°.5 de la Constitución. La exigencia de motivación no supone una exhaustiva y pormenorizada descripción del proceso intelectual que ha llevado al juez o al tribunal a resolver en un determinado sentido, desarrollando tal precepto constitucional, el Código Procesal Penal establece la obligación de motivar especialmente el auto de admisión de las pruebas ofrecidas (Artículo 155°.2 C.P.P.), la exigencia de explicitar los resultados obtenidos y los criterios adoptados en el proceso de valoración (Artículo 158°.1 C.P.P.), y la necesidad de justificar el razonamiento probatorio (Artículo 394° C.P.), motivación que deberá cumplir con los presupuestos de claridad, logicidad y completitud.

Por último, en cuanto a esta exigencia del derecho a la prueba, la motivación también debe cumplir con los requisitos de racionalidad, coherencia y razonabilidad. Sobre la racionalidad de la motivación, es del caso precisar sus dos alcances: de un lado, será racional toda motivación capaz de hacer aparecer justificada la decisión, de modo que consienta el necesario control externo (de un tercero) sobre el fundamento racional. En el otro aspecto, será racional toda motivación cuyos argumentos sean válidos; se busca la coherencia de los mismos, así como la completitud de la justificación con relación a la decisión adoptada.

#### *d. Límites*

##### *d.1. Límites Intrínsecos*

En este tipo de límites nos encontramos con aquellos presupuestos o condiciones que por su propia naturaleza debe cumplir toda prueba para que pro-

piamente podamos entender que estamos ante actividad probatoria, siendo éstos su pertinencia, utilidad y necesidad. Estos límites actúan en momentos procesales distintos: mientras que la pertinencia y utilidad entran en juego al admitirse los distintos medios probatorios, la necesidad de la prueba aparece en escena durante la práctica de la actividad probatoria

1. **Pertinencia:** Se exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.<sup>188</sup>

Asimismo, el Código Procesal Penal confiere a la defensa la facultad de utilizar medios de prueba, siempre que sean pertinentes (Artículo IX del T.P. del C.P.P.). La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere que el aporte probatorio sea pertinente (Artículo 352° numeral 5 inciso b del C.P.P.); en caso contrario, el juez los excluye mediante auto motivado (Artículo 155°.2 del C.P.P.).

2. **Conducencia.** Llamada también “**idoneidad**”, el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos sean probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o vedado para verificar un determinado hecho.

El principio de conducencia o idoneidad, que se encuentra expresamente reconocido como requisito para la admisibilidad probatoria en el Artículo 352° numeral 5 incisos b del C.P.P., parte de dos premisas fundamentales. En primer lugar, que el legislador tiene la capacidad de determinar en algunos casos, qué medios o instrumentos pueden ser utilizados como medios probatorios y cuáles no (ejemplo: los diplomáticos testifican mediante informe escrito [Artículo 168°]). En segundo lugar, que el legislador puede prohibir la utilización de determinados medios probatorios para un caso concreto (Ejemplo: no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años).

3. **Utilidad.** Se presenta cuando contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar he-

---

188 Sentencia del Tribunal Constitucional 6712-2005-HC/TC

chos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar por su intermedio los hechos que pretenden ser probados por la parte; y cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho. Se encuentra prevista en los Artículos 155°.2 y 352°.5.b del C.P.P.

#### IV. LA PRUEBA EN EL DEBIDO PROCESOPENAL

La fuente de prueba y el medio de prueba, a menudo, reciben un idéntico tratamiento en el proceso penal, por lo que a efectos de que nuestro estudio se afiance y consolide con la utilización correcta de estos términos, las diferenciaremos precisando sus particularidades. Se utiliza para dicho efecto el siguiente esbozo (Ángulo Morales 2012, p. 112):

Bajo ese entorno, el *medio de prueba*, establece Mixán Mass, “es el nexo de carácter cognitivo entre la fuente de prueba y el sujeto cognoscente (juez, fiscal, defensor), porque a través de él se la conoce y se la incorpora en el proceso. El medio de prueba tiene una función e importancia cognitiva análogas a las del medio de convicción. La formalidad, la realización y la validez del medio de prueba están reguladas por normas jurídicas y éticas. El contenido de los medios de prueba es la fuente de prueba. Aquel acto procesal que se realice enjuicio, en un caso concreto, no contenga la fuente de prueba, no es medio de prueba” (p. 127).

#### V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El maestro Pablo Talavera nos señala que en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Primero debe proceder a examinar las pruebas individualmente y luego conjuntamente con las demás. (2004).

Asimismo, Juan Sproviero precisa que en “El delito de Violación, como cualquier otro delito, hace que el sujeto activo exija la comprobación del hecho con el aporte de pruebas idóneas y válidas, que conduzcan a la calificación de la verdad que



conlleven; que merezcan ser tenidas por irrefutable en principio y asistidas por la realidad cierta que anida en la mente del juzgador por captación de la esencialidad de las probanzas en cuestión, desechándose todo lo que pueda rotularse como mera probabilidad, ya que es la verdad concluyente y definida la que dará la certeza que habilitará a la resolución para su procedencia válida” (p. 314).

El Tribunal Constitucional señala que los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba están constituidos por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida, de lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez:

- **En primer lugar**, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso, dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes;
- **En segundo lugar**, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso<sup>189</sup>.

La tendencia del Código Penal, en concordancia con el sentir académico de Tomé García, “se orienta a la libre valoración de la prueba, esta no significa discrecionalidad o arbitrariedad, sino que la valoración de la prueba se ha de efectuar según las reglas del criterio racional, es decir, según las normas de la lógica, de las máximas de la experiencia común o de las especializadas que proporcionen los peritos”.

La apreciación de las pruebas por parte del juzgador es el aspecto más delicado y con el cual culmina el procedimiento probatorio, puesto que implica el análisis sobre los medios de convicción que las partes y en ocasiones, el mismo juez, han tramitado para demostrar la existencia y la veracidad de los hechos controvertidos (Fix Zamudio, 1988, p. 326). La valoración entendida como aquel procedimiento intelectual está orientada a la evaluación de las pruebas actuadas en un proceso que hayan sido aportadas bien por las partes o bien las adquiridas directamente por el juez.

La valoración de la prueba se constituirá, entonces, en una labor especial del tribunal del juicio oral penal, por cuanto una vez incorporado el medio de prueba

---

189 Sentencia del Tribunal Constitucional, Gaceta del tribunal Constitucional, Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, de fecha 08 de agosto de 2005, numerales 8 y 9.

corresponderá la evaluación del caudal de prueba aportado y la correspondiente valoración en la sentencia penal, auto en el cual se expresará el razonamiento jurídico pertinente que determine, a la luz de dichas pruebas, si el hecho cometido amerita ser reprochado y punible mediante una pena. (Ángulo Morales, 2012, Pág. 347).

## VI. PRUEBA PERICIAL

### 1. Definición

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

Mediante la pericia, el profesional, experto en determinada materia científica, técnica o artística, absolverá las interrogantes o dudas que surjan sobre la materialidad de un hecho controvertido con relevancia penal, cuyas conclusiones servirán de argumento en la toma de decisiones jurisdiccionales; la actuación del perito en nuestros días resulta valiosa, por cuanto existen hechos que no pueden ser apreciados ni comprobados jurídicamente sin que mediere de por medio la intervención del perito, participación que estará sujeta a que sea requerida por la instancia judicial o sea ofrecida por las partes del proceso penal.

El Artículo 172 del C.P.P., establece que “la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el Artículo 15 del C.P. Esta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado. No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial”.

De acuerdo con el párrafo anterior, se advierte que la exigencia del Código Procesal Penal, para la procedencia y admisibilidad de la prueba pericial, tiene sustento en tres consideraciones que son elementales para que este medio probatorio cumpla su fin; la *primera* de ellas está referida a la esencial necesidad de la intervención del profesional experto en determinada materia; un *segundo* presupuesto estará determinado por la capacidad e idoneidad del perito convocado; y, *tercera*, se tendrá como un tercer requisito a la confiabilidad del informe evacuado por el especialista (Duce, Julio, 2007-Pág 177).

## VII. PERICIA PSICOLÓGICA Y PERICIA PSIQUIATRICA

### 1. Psicología forense

La Psicología Forense es la ciencia que usando los procedimientos y los conocimientos de la psicología, da un diagnóstico sobre la forma de ser de los individuos y sus conductas en relación a unos hechos y de acuerdo a las necesidades del derecho en todas sus vertientes.

Los americanos han conseguido una especie de: pautas para los psicólogos forenses, en base a los Principios de ética y códigos de conducta para psicólogos de la A.P.A., y para mejorar la calidad de los servicios forenses ofrecidos se ha creado una sección de psicología forense, así como una especialidad, lo que implica que ningún psicólogo que no tenga una especialidad puede actuar en este campo.

Por eso, para reforzar la psicología forense como, una disciplina y profesión han creado la División 41, Ley y sociedad, y la Academia Americana de Psicología Forense. En los que se ha incluido un examen para los examinados forenses y para los forenses del sistema de salud.

De manera que hasta los profesionales que ofrezcan sus servicios como expertos forenses, para consultas o para pericias de forma particular, tiene que tener su especialidad.

#### **Objetivos de la Psicología Forense:**

Ayuda a los distintos ámbitos del derecho, aportando al proceso judicial unos principios, técnicas e instrumentos psicológicos que permitan una valoración objetiva de la conducta humana.

#### **Ámbitos de la Psicología Forense**

Poco a poco se han ido integrando los psicólogos dentro de los equipos interdisciplinarios que actúan en los Tribunales y órganos judiciales. Pero es necesario dotarlos de unos principios deontológicos para regir sus actuaciones judiciales, el perito no es el juzgador, solo puede contribuir con su informe a aclarar dudas y muchas veces inclinar la balanza de la justicia en un sentido o en otro, por lo que debe tener muy en cuenta que toda su técnica y la aplicación de los test, no son cien por cien fiables, por lo que deben estar respaldados por unos criterios de imparcialidad. En algunas ocasiones ni los Jueces, ni el Jurado conocen dichas técnicas y su fiabilidad, por lo que es necesario aclarar dichos conceptos y no permitir que el

informe psicológico sea revestido de la autoridad con que los humanos revisten a las personas que nos hablan de algo que no conocemos.

Es verdad, como dice el profesor Jiménez de Asua, que por la inexorable ley de la existencia, todo camina a su caducidad dentro de nuestra sociedad, que el prestigio del técnico, en este caso del psicólogo, cuando solamente se reviste de la autoridad que le da su estatus y su profesión empieza a menoscabarse, y yo diría, que a menospreciarse. “Cuántas veces nos hemos encontrado con críticas muy duras de aquella parte que no fue favorecida con la custodia de un hijo en un proceso de separación, medidas que fueron motivadas por el informe del perito psicólogo” (Pág. 243).

El psicólogo perito es un técnico que debe un informe con un alto grado de validez y fiabilidad. Debe usar un lenguaje claro, evitando usar el metalenguaje psicológico, que en ocasiones lo hace inoperante antes las instancias judiciales. Más aun cuando habla de un test psicológico, por ejemplo de un Rorschach, y evitando en lo posible el propio lenguaje de las distintas escuelas psicológicas. Debería evitar también la tendencia a la predicción; el perito no es un mago.

## 2. Psiquiatría forense

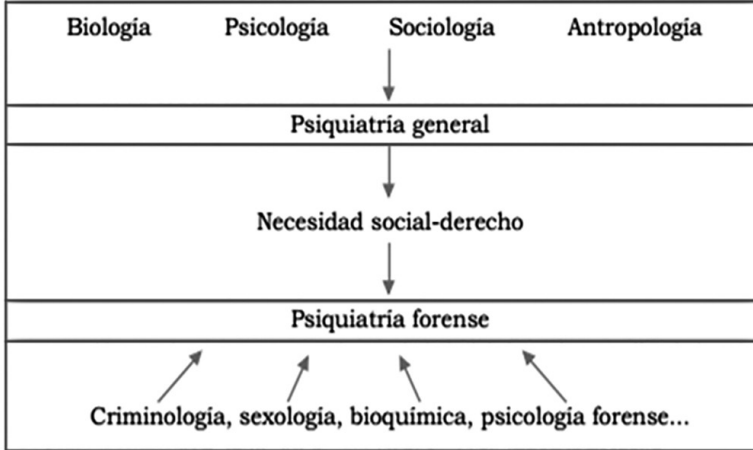
La Psiquiatría Forense sería la ciencia que usando los procedimientos y los conocimientos de la Psiquiatría y de las Neurociencias- da un diagnóstico sobre la forma de ser de los individuos y sus conductas en relación a unos hechos y de acuerdo a las necesidades del derecho en todas sus vertientes (Núñez de Arco, 2001, Pág. 208).

Su propósito es obtener evidencias, mediante la administración de la principal prueba diagnóstica, la Entrevista Psiquiátrica, y ayudarse con la administración de pruebas psicológicas y/o psicopatológicas, para así poder elaborar un informe que -con claridad y dentro de la terminología del Derecho- pueda ser recogido por los distintos sistemas jurídicos, para su ilustración.

Así pues, podríamos hablar de que el objeto de la Psiquiatría Forense es el hombre, en su relación con la Justicia. El Derecho, mediante su método inductivo, habla del acto y sus consecuencias y la Medicina, con su método deductivo, del hombre, sus conductas y su psiquismo. Hasta hace poco las demandas del Derecho a la Medicina, se limitaba a los casos criminales y, hoy en día, se ha ampliado a los más diversos ámbitos de aplicación de ésta y cada uno tiene sus peculiaridades.

gRaFico<sup>190</sup>

Figura 1. Interdisciplinariedad de la psiquiatría forense



La Psiquiatría forense moderna ha ampliado su alcance a partir de cuatro hechos o momentos clave: la evolución del pensamiento medico-legal y la comprensión de la relación existente entre enfermedad mental y criminalidad; la evolución de las pruebas utilizadas para definir la insania desde un punto de vista legal; los nuevos métodos para el tratamiento de las enfermedades mentales, que constituyen alternativas al tratamiento en reclusión, y las modificaciones en las actitudes y percepciones que han tenido lugar en la sociedad respecto a la enfermedad mental. Estos cuatro aspectos constituyen el fundamento de la reciente expansión que ha tenido lugar en la Psiquiatría forense, que ha pasado de ser una especialidad dedicada por completo a cuestiones de derecho penal y al tratamiento de los delincuentes que sufren enfermedades mentales, a una subespecialidad que abarca muchos otros campos, tanto en el contexto legislativo como en la política de salud mental.

### Alcance y desafíos

La subespecialidad de la Psiquiatría forense se define a menudo como “la rama de la Psiquiatría que aborda los problemas que se originan en la relación entre la Psiquiatría y el ámbito legal”<sup>191</sup>. Sin embargo, esta definición es restrictiva, pues una

190 FOLINO, Jorge Oscar **Una Subespecialización Psiquiátrica: La Psiquiatría Forense\*** Interfase psiquiátrico judicial Buenos Aires: Lema Editorial, SRL; 1994.

191 GUTHEIL Tg. Forensic Psychiatry as a Specialty. Psychiatric Times. 2004.

buena parte del trabajo que se realiza en Psiquiatría forense consiste en ayudar a los enfermos mentales que tienen problemas con la ley a establecer contacto con tres sistemas sociales hostiles para estas personas: el sistema de salud mental, el sistema judicial y el sistema correccional. Por lo tanto, la definición previamente señalada se debe modificar para decir que la Psiquiatría forense es «la rama de la Psiquiatría que aborda los problemas originados en la relación existente entre la Psiquiatría y el sistema legal, así como los problemas originados en el flujo de los enfermos mentales delincuentes a lo largo de un espectro de sistemas sociales».

La Psiquiatría forense aborda las cuestiones planteadas fundamentalmente en el ámbito del derecho penal, pero también problemas derivados de evaluaciones realizadas en el ámbito del derecho civil y cuestiones relacionadas con el desarrollo y la aplicación de la legislación sobre salud mental.

### **Diferencia de evaluación psicológica y evaluación psiquiátrica**

Hablar de una divergencia entre la psicología forense y la psiquiatría forense, desde un principio es hablar de la divergencia entre un modelo biológico y organicista y un modelo psicológico, ambiental y social.

Según Sarason y Sarason (2006), desde el enfoque orgánico, se sostiene que los trastornos mentales son provocados por influencia directa o indirecta de las alteraciones en el funcionamiento cerebral incluyendo fallas estructurales, funcionales o químicas (Pág. 322).

De acuerdo con Sarason y Sarason (2006), continuando con el punto de vista biológico, se supone que toda la conducta desadaptada se debe a una estructura o función corporal trastornada. El trastorno por ejemplo, se puede explicar con base en un defecto heredado que puede provocar un daño permanente, un defecto adquirido debido a un daño o a una infección antes o después del nacimiento, o un mal funcionamiento fisiológico temporal provocado por una condición que se presenta en un momento en particular como una fiebre o una infección. Dicho modelo biológico, se sustenta en los factores genéticos, la influencia de la herencia, la neurotransmisión, las neuronas, la estructura o anatomía cerebral, las glándulas endocrinas y sus hormonas (Pág. 325).

Para diagnosticar la química del cerebro, se utiliza la neuro-farmacología; la neuroinmunología que estudia el sistema endocrino, nervioso e inmune y explica las anomalías emocionales y conductuales desde allí. Pero no todas las causas de las enfermedades mentales están determinadas por factores biológicos, hay otros factores múltiples que las originan los cuales son tomados en cuenta en explicaciones psicológicas y ambientales.

Asimismo, Sarason (2006), plantea que el enfoque psicológico hacia la conducta perturbada se explica desde el papel de las emociones, las motivaciones y los conflictos internos de la conducta del hombre. Como afirman los autores, hay determinantes psicológicos tales como los mecanismos de defensa, el condicionamiento, reforzadores, aprendizaje, modelamiento, sentido de vida, condiciones sociales, creencias, representaciones, relaciones interpersonales entre otros que influyen a la hora de actuar, incluyendo razones para trastorno mental transitorio sin base patológica, estados de ansiedad, depresión, estados de disociación entre otros. Estos signos y síntomas, son determinados por medio de la evaluación psicológica forense, la entrevista forense y soportada a través de pruebas psicotécnicas que dejan ver diferentes características psicosociales, signos y síntomas derivados de fallas en los distintos procesos psíquicos, motivaciones, razones, pensamientos y emociones que pueden dirigir al sujeto a la comisión de un delito (Pág. 327).

En cuanto a la diferencia entre Psiquiatría y Psicología Forense, de base existe una diferencia de acuerdo al modelo biológico y psicológico; pero actualmente existe un modelo no determinista, integracionista donde se establece que no todo depende del contexto psicosocial, pero tampoco todo depende del contexto biológico; de hecho, hay que recordar que la Organización O.M.S., sustenta un modelo psicosocial de Salud, como un sistema conformado por subsistemas psicológicos, biológicos y sociales que interactúan entre sí; es decir, la enfermedad reúne múltiples causas; en las razones que se sustenten, en cómo se pruebe y se demuestre, radicará la diferencia.

En el caso de la evaluación y el diagnóstico, psiquiatría y psicología Forense presentan la misma orientación, se fundamentan en el DSM -IV-TR ó V- (Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la asociación psiquiátrica americana APA) y en el CIE 10 (Cuestionario internacional de enfermedades de la O.M.S.). Ambos Realizan los mismos diagnósticos, en abuso sexual, aunque aquí no se puede hablar mucho de razones biológicas, pero los psiquiatras están capacitados para su evaluación, de la misma forma que un psicólogo evalúa trastornos mentales orgánicos como por ejemplo Esquizofrenia y Trastorno Afectivo Bipolar (T.A.B.), que tienen fuertes contenido biológicos, por tanto corresponden a la línea de trabajo psiquiátrico, pero que los psicólogos están capacitados para evaluarlos (Romualdo Ayala Ponce, 2012-diapositivas).

<b>PSICOLOGÍA FORENSE</b>	<b>PSIQUIATRÍA FORENSE</b>
<p>Es una rama de la psicología, que se basa en los aspectos clínicos y estudios científicos de una persona, Para determinar el grado de capacidad psíquica o conductual en estudio.</p> <p>Se trata de establecer si ha cometido el delito con plena conciencia o es una alteración del comportamiento.</p> <p>Se dedica junto al Derecho a generar pericias profesionales que permitan probar que existe o que no existe el daño psicológico, según sea la circunstancia.</p>	<p>Es una rama de la medicina que se encarga del estudio y tratamiento de los trastornos mentales, define la condición mental de la persona inmersa en lo civil o penal para determinar si está afectada por enfermedad psíquica.</p> <p>Orienta el grado de capacidad civil o penal de la persona inculpada.</p>
<b>Exámenes que realiza:</b>	<b>Exámenes que realiza:</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Daño psicológico es el deterioro de la salud mental.</li> <li>- Exámenes Psicológicos</li> <li>- Examen Psicológico</li> <li>- Violencia Familiar - Psicológico</li> <li>- Determinación del Coeficiente Intelectual</li> <li>- Examen para beneficio penitenciario</li> <li>- Ampliación de reconocimiento</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Exámenes Psiquiátricos</li> <li>- Examen Psiquiátrico</li> <li>- Estado de salud mental</li> <li>- Farmacodependencia</li> <li>- Examen para beneficio penitenciario</li> <li>- Examen Psicossomático</li> <li>- Perfil Psicosexual</li> <li>- Examen sobre desviaciones sexuales</li> </ul>

Asimismo, el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público señala que entre los servicios que brinda dicha entidad, se encuentran las evaluaciones psicológicas forenses y psiquiátricas forenses, definiéndolos de la siguiente manera:

	<b>PSICOLOGÍA FORENSE</b>	<b>PSIQUIATRÍA FORENSE</b>
<b>CONCEPTO</b>	Realiza la valoración del estado emocional y psicológico de las víctimas y agresores implicados en la administración de justicia	Señala que trata fundamentalmente de las enfermedades mentales su etiología, su diagnóstico, sus signos, síndromes, clasificación que se engloban en las soluciones de ciertos problemas judiciales, practicándose los siguientes exámenes periciales:
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Violencia Familiar.</li> <li>- Delitos contra la Libertad Sexual (DCLS).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Examen psiquiátrico.</li> <li>- Estado de salud mental para testar.</li> </ul>



<p><b>EXÁMENES</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Determinación del Coeficiente Intelectual.</li> <li>- SAP (Síndrome por Alienación Parental).</li> <li>- Entrevista en Salas Privadas (Cámara Gesell o Salas de Entrevistas Únicas) delito contra la Libertad Sexual, Actos contra el Pudor, Trata de Personas, Explotación Sexual.</li> <li>- Desplazamiento para pericia clínica fuera de la Institución.</li> <li>- Perfil psicosexual.</li> <li>- Ampliación de reconocimiento psicológico.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Farmacodependencia.</li> <li>- Examen para beneficio penitenciario</li> <li>- Evaluación Médico Legal en caso de tortura.</li> <li>- Evaluaciones psiquiátricas por Violencia Sexual.</li> <li>- Determinación de potencia sexual.</li> </ul>
------------------------	---	--

### **Etapa de juzgamiento**

Según el maestro Alonso Peña (2010), la etapa de juzgamiento es “la etapa crucial, definitiva de la causa, en donde habrá de resolverse la situación jurídica del ahora acusado, sea condenándolo cuando las pruebas de cargo demuestren su culpabilidad, así como la punibilidad de la conducta o absolviéndolo cuando los medios probatorios introducidos por el Fiscal no han sido los suficientemente idóneos para enervar el principio de presunción de inocencia o ante una evidente demostración de que falta algún elemento condicionante de pena” (Pág. 184).

Habiendo recorrido el proceso penal, en las etapas precedentes, esto es, la Investigación Preparatoria y la Etapa Intermedia, podemos decir con propiedad que estamos ante la etapa crucial, definitiva de la causa, en donde habrá de resolverse la situación jurídica del ahora acusado, sea condenándolo, cuando las pruebas de cargo demuestre su culpabilidad, así como la punibilidad de la conducta o absolviéndolo cuando los medios probatorios introducidos por el fiscal no han sido lo suficientemente idóneos para enervar el principio de presunción de inocencia o ante una evidente demostración de que falta algún elemento condicionante de pena. En palabra de Miranda Estrampes, los sistemas procesales penales de corte acusatorio o adversarial se construye sobre la idea de centralidad del juicio oral, esto es, colocan al juicio oral como eje central del proceso penal y lo configuran como el habitat natural de la actividad probatoria.

El Juzgamiento, entonces, es el corolario del Proceso Penal, en cuanto a la puesta en escena de las diversas posiciones, argumentos que han de exponer las partes, mediando los principios de inmediación, publicidad, contradicción, bilateralidad y pleno debate, ajustando con ello la vigencia irrestricta de la «Oralidad», como núcleo rector de un modelo procesal, propio del Sistema Acusatorio. En este escenario del juicio oral donde se garantizan a plenitud los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Principios elevados a la categoría de garantías integrantes del principio de proceso debido o proceso justo 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

De modo, que el Juzgamiento es la pieza clave del sistema, donde habrán de desfilar los actores en una misma escena, cada uno se presentara con sus estrategias más adecuadas, con las armas más afiladas que les permita salir airosos.

El juicio oral, entonces, como la fase determinante y principal del proceso penal, donde habrá de decidirse la suerte del imputado sea en vía de una absolución o en vía de una condena penal, debe estar revestido de una serie de garantías que se adscriben en la idea configuradora del Debido Proceso, donde toman lugar los principios fundamentales que inspiran a toda sociedad democrática y humanista, que pretende garantizar un máximo de racionalidad y certeza en las decisiones jurisdiccionales, dejando de lado esa oscura faz, sobre la cual se tenían las actuaciones jurisdiccionales realizadas bajo el corse del secreto, del ocultamiento de identidad del juzgador, la ausencia de contradicción de las actuaciones investigativas de la policía, la posición inquisitiva del tribunal que buscaba la admisión de cargos, como una forma ciega de alcanzar la verdad material; formas todas ellas, que deben ser expulsadas de forma definitiva, en un Juzgamiento a la luz de los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia. Por ello, precisamente, sirven los principios del juzgamiento, como un mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública, por otro lado, para limitar el uso racional y objetivo del derecho punitivo del estado (Peña Cabrera Freyre, 2010, Pág. 255).

## VIII. CONCLUSIONES

1. El delito de violación de persona en incapacidad de resistencia tiene como bien jurídico protegido la indemnidad sexual de la persona, toda vez que no se toma en cuenta el consentimiento que pudiera prestar ya que su condición no le permite discernir o tomar conciencia de sus actos, por presentar discapacidad, es decir, anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia, retardo mental e imposibilidad de resistir.

2. El retardo mental es el coeficiente intelectual por debajo del promedio normal, acompañado de limitaciones adaptivas psicomotrices, como comunicación, auto cuidado, salud y seguridad.
3. El psicólogo forense mediante test y entrevista determina el coeficiente intelectual de una persona, no significando con ello, que haya establecido el estado de salud mental de una persona, por la ausencia de una valoración orgánica, por cuanto, con respecto a determinar si presenta una persona retardo mental, sólo nos brinda uno de sus indicadores como es el coeficiente intelectual.
4. El psiquiatra forense, es el profesional que cuenta con mayor capacidad de determinar el estado de salud mental y con ello establecer que una persona padece de retardo mental, toda vez que no sólo realiza un examen médico, sino que interactúa con otras disciplinas (criminología, sociología y psicología) en su diagnóstico, determinando con propiedad la enfermedad, las causas, capacidad intelectual y el estadio.
5. El derecho a la prueba es uno de los elementos del derecho constitucional del debido proceso, por cuanto, su correcta aplicación en el proceso penal es tan necesario a fin de que no se vea vulnerado derechos de primacía constitucional
6. La prueba pericial que vienen ofreciendo los fiscales para determinar el supuesto de retardo mental en los delitos de violación de persona en incapacidad de resistencia es la pericia psicológica; asimismo, la prueba pericial que viene generando certeza a los jueces que una persona presenta retardo mental es a través de la pericia psicológica, no garantizando con ello el derecho a la prueba al no valorarse la prueba adecuada, emitiéndose fallo judiciales que contravienen derechos constitucionales.

## IX. BIBLIOGRAFIA

- ANGULO MORALES, Marco Antonio; El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, Gaceta Penal & Proceso Penal, Primera Edición Junio de 2012- Lima.
- ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph; Tratado de la prueba en materia criminal, Traducción al Castellano por Primitivo Gónzales del Alba. Palabras previas de Eugenio R. Zaffaroni. Ed. Hammurabi Jose Luis Depalma Editor, 1era Edición 2006.
- BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis y GARCIA CANTIZANO, María Del Carmen; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 4ta Edición; San Marcos, Lima- Perú, 1988

- CABALLERO ROMERO, Alejandro E. Metodología de la Investigación Científica. Diseño con hipótesis explicativas. Editorial UDEGRAF S:A. Lima. 1999.
- CANCIO MELIA Manuel, GARCÍA PÉREZ Octavio, PARMA Carlos, HORNLE Tatjama, REYNA ALFARO Luis, LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE INDEMNIDAD SEXUAL Enfoque Dogmático y Jurisprudencial, Primera Edición, Editorial Juristas Editores – 2005- Perú.
- CARO CORIA, Dino y SAN MARTIN CASTRO, Cesar; Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexuales; Aspectos penales y procesales; Ed GRIJLEY, 1era Edición, Lima, septiembre del 200
- CARO JOHN, José Antonio; Diccionario de Jurisprudencia Penal, Definiciones y Conceptos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Extraídos en la Jurisprudencia. Editorial Jurídico Grijley. Lima, 2007.
- CASTILLO ALVA, José Luís; Jurisprudencia Penal 3, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.
- COLOMA CORREA, Rodrigo. “Panorama general de la prueba en el juicio chileno”, en La prueba en el nuevo Proceso Penal Oral. Lexis Nexis, Santiago de Chile. 2003.
- Cfr. DUCE Julio, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian. **Proceso Penal**. Editorial Jurídica de Chile, Imprenta Salesiano, Santiago de Chile, 2007,
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, 5ta Edición, Temis, Bogotá 2002
- GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, DELGADO TOVAR, Walther Javier, “Derecho Penal” Parte Especial Tomo II, Editorial Jurista Editores, Primera Edición, Septiembre 2011- Lima.
- GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal, Octava Edición, Carrera, Lima, 1984.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, UDUAL- Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.
- LINO ENRIQUE, Palacio. La prueba en el proceso penal, p. 12, en AGUILAR ARAÑELA, Cristian. La prueba en el proceso penal oral. Metropolitana, Santiago de Chile, 2003.

- LLEICH, Xavier Abel y GONZALES Manuel Richard (Directories); Estudios sobre Prueba Penal- Volumen I, Actos de Investigación y Medios de Prueba en el Proceso Penal: Competencia, Objetivo y Límites. Grefol S.L. Primera Edición Junio 2010- España.
- LUJANTUPEZ, Manuel; Diccionario Penal y Procesal Penal, Edición Gaceta Jurídica, 1era Edición, Lima, Febrero de 2003.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl “Derecho Penal Parte” Parte Especial, Tomo I, Editorial IDEMSA, Lima- Perú, reimpresión 2010, Pág. 792.
- SALINAS SICCHA, Ramiro “Derecho Penal – Parte Especial” 3º Edición, Editorial Grijley Lima-Perú, 2008, pág. 1237.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial IDEMSA. Lima, 2004, pag 637.
- SPROVIERO, Juan “Delito de Violación” Editorial Astrea- Buenos Aires 1996, Pág. 243.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo; “Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal” Comentarios, concordancias, legislación complementaria, índice analítico. Editorial Grijley EIRL, Lima- 2004.
- TAPIA WITTING, Enrique. La prueba en el nuevo proceso penal. Monografía, p. 3, en AGUILAR ARAÑELA, Cristian. La Prueba en el Proceso Penal Oral, Metropolitana, Santiago de Chile, 2003.
- TOME GARCÍA, José Antonio, en VV, AA, Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995,
- TOME GARCÍA, José Antonio, Derecho Procesal Penal, “Fase Decisoria (II) la Prueba”, Estudios Ramón Areces, Madrid.

## 1. Fuentes hemerográficas

- American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM IV). Fourth ed. Washington, D.C: American Psychiatric Association; 1994.
- Folino Jorge Oscar Una Subespecialización Psiquiátrica: La Psiquiatría Forense-Interfase psiquiátrico judicial Buenos Aires: Lema Editorial, SRL; 1994.
- Manual de bolsillo de psiquiatría clínica, de Benjamin J. Sadock y Virginia J. Sadock. Editorial Wolters Kluwer. 2007. Philadelphia

- Nuñez de Arco J. El Informe pericial en Psiquiatría Forense. Ed. Maestría de Medicina Forense. UMSA La Paz 2001.
- Dr. Romualdo Ayala Ponce, en diapositivas del Curso de Medicina Legal- Maestría en Derecho Penal de la Universidad Privada San Martín, 2012.

## **2. Fuentes documentales**

- Valoración Judicial de la Prueba en los Delitos de Violación Sexual en Agravio de los Menores de Edad.
- Tesis realizado por Gianina Rosa Tapia Vivas, publicado en el año 2005- Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Autor:
- Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011. Fundamento: Artículo 116 del TUO LOPJ, Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la Libertad Sexual.-Jalisco- México