

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE
VIOLACIÓN

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:

GERMAN ARMANDO BARAHONA CRIOLLO
EDUARDO ANTONIO CEVALLOS GONZÁLEZ
CARLOS ARMANDO VILLACORTA CASTILLO

DOCENTE ASESOR:

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2021

TRIBUNAL CALIFICADOR

LICDA.GEORLENE MARISOL RIVERA LOPEZ
PRESIDENTA

LIC.MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ
SECRETARIO

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA
VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Ing. Francisco Alarcón
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Pacheco
VICEDECANO**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIO**

**Msc. Hugo Dagoberto Pineda
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Licda. Diana del Carmen Merino de Sorto
DIRECTOR PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Lic. Enmanuel Cristóbal Román Funes
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICA**

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación ha sido posible gracias a la colaboración de muchas personas que directa o indirectamente me han ayudado y apoyado, por lo que me gustaría dedicarles unas líneas de agradecimiento.

En primer lugar, es grato de mi parte expresar mi más profundo agradecimiento a DIOS porque me permitido llegar hasta este momento tan importante en mi vida y gracias a su misericordia y amor estoy culminando una meta que puse en sus manos.

También me gustaría agradecer a toda mi familia BARAHONA CRIOLLO y BARAHONA RAMIREZ, quienes han puesto un granito de ayuda, fe y motivación ante cada una de las dificultades que se presentaron durante todo este largo proceso; a mis amigos quienes dieron todo en un momento determinado para que pudiera seguir avanzando día a día.

A todo el profesorado de cada uno de los departamentos de la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, porque su colaboración en mi desarrollo académico y profesional a pesar de la ardua tarea que conllevan cada uno de ellos se ha hecho posible lograr el objetivo propuesto.

Finalmente me gustaría agradecer a todas y todos mis compañeros con los que compartimos emotivos momentos durante todo el proceso académico, por su paciencia, su comprensión, sus ánimos y su apoyo incondicional sin el cual no hubiera podido realizar esta investigación y el objetivo logrado.

German Armando Barahona Criollo

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por guiarme a lo largo de mi carrera y permitirme culminar mis estudios.

Agradezco a mi padre Ricardo Efraín Antonio Cevallos Flores por darme su apoyo en cada paso de mi carrera y motivarme a ser mejor cada día.

Agradezco a mi madre Ana Marilúz González Paredes que siempre me apoyo en mi carrera cuando lo necesite, brindando su amor y cariño para seguir adelante.

Agradezco a mi hermano Ricardo James Cevallos González, por enseñarme que no existen imposibles y que todo se puede lograr con esfuerzo y sacrificio.

Eduardo Antonio Cevallos González

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso por hacerme sentir su hijo amado bendiciéndome para que termine mi carrera universitaria.

De manera muy especial a mi amada madre Yolanda Castillo porque por su esfuerzo humilde y limitado tuvo siempre como meta que estudiara y a la memoria de mi padre Roque Armando Villacorta (Q.D.D.G.)

A Anabel Villacorta de Aguirre y Rogelio Antonio Aguirre, mi extraordinaria hermana y mi especial y distinguido cuñado por el apoyo incondicional, por creer en mí, por motivarme y por sobre todo por su apoyo tan vital e invaluable.

A mis hijos Elena Yamileth, Danilo Martin, Alejandro Antonio y Karla Nohemy, por creer en mí, por apoyarme y por celebrar mis triunfos a mi nieta Mariana Alejandra y Luis Fernando por motivarme.

A mis sobrinos por el apoyo en el conocimiento tecnológico, sin ellos no hubiera avanzado.

Con mucho aprecio a Arely Argentina López y Ammi Raquel Martínez por su asesoría tan valiosa para que continuara mi esfuerzo.

A nuestro ilustre asesor Licenciado Luis Antonio Villeda Figueroa, por la calidad de asesoría académica y profesional.

Carlos Armando Villacorta Castillo

INDICE

	Pág.
RESUMEN.....	i
LISTA DE ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPITULO I.....	1
1 Antecedentes Históricos	1
1.1 Antecedentes históricos del delito de violación.....	1
1.2 Antecedentes históricos de la prueba testimonial	5
1.3 Conceptos y definiciones del delito de violación	11
1.4 Bien jurídico tutelado en el delito de violación	14
1.5 Sujetos intervinientes en el delito de violación.....	19
CAPITULO II.....	22
NOCIONES DE LA PRUEBA.....	22
2. Noción de prueba.....	22
2.1. Elementos de la prueba.....	23
2.1.1 Objetividad	23
2.1.2 Legalidad.....	24
2.1.3 Pertinencia	28
2.2 Órgano de prueba.....	30
2.3 Medios de prueba	31
2.4 Libertad probatoria.....	31

2.5 El objeto de la prueba.....	33
2.6 Sistema de valoración de la prueba.....	34
2.6.1 Valoración	34
2.6.2 Sana crítica	35
CAPITULO III.....	40
TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y DE LA PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA Y DERECHO COMPARADO SOBRE LA VÍCTIMA QUE TESTIFICA CONTRA SU AGRESOR Y LAS CONVENCIONES Y DECLARACIONES INTERNACIONALES QUE AMPARAN LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	40
3. Tipificación del delito de violación.....	40
3.1 Artículos que permiten que la víctima declare como testigo contra su agresor.....	46
3.2 Legislación nacional sobre violación.....	55
3.3 Legislación nacional sobre la prueba.....	60
3.4 Artículos sobre la prueba testimonial	66
3.5 Artículos de declaraciones y convenciones internacionales que avalan el derecho de la víctima a declarar en contra de su agresor.....	70
3.5.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	70
3.5.2 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.....	70
3.5.3 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem Do Para”	71
3.5.4 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	71

3.5.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos	72
3.5.6 Convención del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica	72
3.6 Legislación internacional de España-Costa Rica y Colombia sobre el delito de violación y de la prueba	73
3.6.1 Legislación del Reino de España sobre el delito de violación	73
3.6.2 Legislación de la República de Costa Rica sobre el delito de violación	74
3.6.3 Legislación de la República de Colombia sobre el delito de violación	75
3.6.4 Legislación del Reino de España sobre la prueba	77
3.6.5 Legislación de la República de Costa Rica sobre la prueba.....	81
3.6.6 Legislación de la República de Colombia sobre la prueba	82
3.7 Derecho comparado del delito de violación y de la prueba	84
3.7.1 Diferencias y semejanzas de la legislación penal de El Salvador y España.....	84
3.7.2 Diferencias y semejanzas de la legislación penal de El Salvador y Costa Rica	86
3.7.3 Diferencias y semejanzas de la legislación penal de El Salvador y Colombia	89

CAPITULO IV.....	91
VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA CONTRA SU AGRESOR SEGÚN JUZGADORES DEL SISTEMA JUDICIAL DE NUESTRO PAÍS	91
4.1 Magistrado Segundo Vocal de la Sala de lo Penal Leonardo Ramírez Murcia de la Corte Suprema de Justicia	91
4.2 Juez Segundo del Juzgado Segundo de Sentencia Licenciado José Antonio Flores del Centro Integrado de Justicia de Santa Tecla	92
CONCLUSIONES	94
RECOMENDACIONES.....	96
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	98
ANEXO	103

RESUMEN

El presente tema de investigación lo hemos elaborado incorporando tres elementos importantes a nuestro ver, a fin de poder llegar con claridad a valorar la importancia y trascendencia cuando el juzgador se encuentra en la presencia de un testigo único en el delito de violación y para tal fin comenzamos con datos históricos del delito de violación, conceptos y definiciones para conocer de forma clara el delito de violación según su evolución tomando en cuenta el bien jurídico tutelado que para algunos autores es diferente al de nuestra legislación, así como los sujetos intervinientes en el delito, para luego abordar la prueba que es el medio idóneo para comprobar la existencia o no del delito de violación mención de las pruebas idóneas así como el objeto de la prueba y los elementos que debe contener una prueba para efecto de ser valorada y que determina nuestra legislación. Y en virtud de situaciones especiales que generan complejidad incluiremos en la valoración de la prueba el planteamiento de la sana crítica que permite al juzgador realizar el análisis correspondiente a la prueba presentada, en los casos especiales como el planteado cuando solamente se cuenta con la presencia y aportación de prueba del testigo único, ya que literalmente en nuestro ordenamiento legal definido el testigo único o testigo-víctima no lo encontraremos y finalmente una ponderación del testigo único del delito de violación cuando la denuncia se interpone con mucha diferencia posterior a la fecha en que aconteció el hecho delictivo así como las motivaciones de la víctima, las justificaciones para demeritar el testimonio de la víctima y las condiciones valorativas que establece la jurisprudencia.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cn.	Constitución de la Republica
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
Pn.	Código Penal
Pr.Pn.	Código Procesal Penal
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial

INTRODUCCIÓN

El presente proyecto suscitado como uno de los requisitos que establece la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas nos ha animado a incorporarnos en el estudio del delito de violación como uno de los fenómenos delictuales con múltiples aspectos de incidencia para su cometimiento y realización así como también uno de los delitos por medio del cual se generan una cantidad no determinada aun de denuncias falsas por motivos ajenos a la realidad del cometimiento del delito de violación o de procesos finalizados pero a la base de la inexistencia del cometimiento del delito de violación, configurándose como un delito contra la libertad sexual retomado por nuestra legislación penal sustantiva a efecto de impartir justicia en aquellos casos que se logren judicializar porque precisamente uno de los aspectos que lo caracterizan es la falta de denuncia pública y legalmente presentada precisamente por su génesis delictual por ser un delito realizado con violencia y la violencia tiene múltiples manifestaciones así como una variada gama de efectos en el ser humano.

Desde varias formas de aplicación sobre la víctima comenzando por acceder de forma violenta sobre el sujeto pasivo del delito si este se resiste la violencia se hace presente de forma física y emocional, la violencia física deja rastros, huellas indicios sobre la víctima y algunas veces en el victimario la segunda clase de violencia que hablamos es más compleja y se presenta en una variedad muy extensa o muchas clases de violencia emocional, psicológica desde amenazas contra la integridad física de la persona agredida así como amenazas sobre la seguridad e integridad física de familiares, descendientes o ascendientes o terceras personal del entorno

social en que se desarrollan en el que tiene acceso a la víctima, situación que tiene como primer problema la falta de rastros, o huellas visibles en la víctima difícilmente se encuentra de primera mano una manera de lograr percibir las en una víctima que en la vida diaria en el común compartir social, se desarrolla en actividades de recreo, laborales, estudiantiles, incluyendo interacciones religiosas desde los estratos más humildes a los profesionales, la violencia sexual se enquistada en muchos aristas de la sociedad, no respeta posición social, económica o cultural, podemos compartir actividades o concurrir a lugares con otras personas que están siendo objeto de algún tipo de violencia emocional para lograr violencia sexual, además de ser un delito que se caracteriza por tener como blanco de ataque los miembros más vulnerables de nuestra sociedad como lo son las mujeres y niños incluyendo menores incapaces, abusando de condiciones especiales que implican en ocasiones brindar protección y seguridad para los miembros del conglomerado en que se desarrollan, en ocasiones hasta de la misma familia, de las congregaciones religiosas o de instituciones encargadas de velar por la seguridad de quienes tienen en su entorno, o simplemente siendo el producto de grupos delincuenciales con características violentas, volviéndose un delito reprochable en todas las perspectivas en que se quiera evaluar o abordar, dañando el tejido social de nuestro país, produciendo daños de carácter irreversible muchas ocasiones a encausado a las víctimas a situaciones degradantes, sin sentido hasta inducirlos al suicidio mismo, expandiendo de forma negativa los efectos irracionales inicialmente ocasionados y por lo tanto su repercusión siempre en con una connotación siniestra, abominable ya que dañar la integridad, la psiquis de una persona que puede perder sus principios, caer o involucrarse en la decadencia humana llámesele drogas, conductas nocivas en su entorno, pedofilia, u otros, y en esencia multiplicando el dolor que degrada y degenera a una sociedad.

Se expone durante el desarrollo de este trabajo de grado una exposición del concepto de prueba y sus clases, la doctrina que la define desde varios autores de relevancia académica a efecto de ilustrar con la figura de la prueba para luego exponer su valiosa y determinante aplicación en el juzgamiento del delito de violación a efecto de poder llegar a ser lo más objetivo posible de forma tal que la sociedad obtenga o perciba de una seguridad jurídica característica de un estado de derecho, en el cual el autor comprobado de un delito reciba la aplicación de la justicia en sentido sancionatorio para reparar el daño causado y la víctima tenga la certeza que el autor y responsable penal del cometimiento del delito que fue objeto ha sido sancionado conforme a derecho, y para garantizarle su tranquilidad el estado se hace responsable y organizará los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formales hábitos de trabajo, procurando su readaptación y prevención de los delitos según reza en la Carta Magna de esta forma se pretende sancionar y rehabilitar para tranquilidad de la sociedad y lograr demostrar que se han protegido sus garantías constitucionales que le amparan o se puede tener la percepción de tranquilidad de parte de la sociedad de que un inocente no ha sido encarcelado de forma arbitraria e ilegal dañando su entorno familiar y social, pues la sociedad podría sentirse amenazada de una arbitrariedad judicial porque las pruebas aportadas comprobaron su inocencia.

Y finalmente se plantea en una situación de trascendental importancia por la propia naturaleza del delito, tan propia como la complejidad de su esencia hablando del delito de violación, cuando la justicia se encuentra solamente ante un testigo único que es precisamente la víctima, teniendo como característica especial que el evento delictual se realizó en un tiempo muy distante a la fecha en que se denuncia y en algunos ocasiones se habla de casos de mujeres con una vida sexual activa pero que sometida a la

violencia emocional y física de que fue objeto en el cometimiento del delito de violación acto vejatorio e irracional por un aberrante sujeto que doblegó su voluntad para lograr su objetivo doloso que era violentar la libertad sexual de su víctima quien no habiendo tenido la oportunidad de poder decidir si otorgaba su consentimiento en sentido positivo y voluntario para ser accedida carnalmente fue objeto de un hecho que marca su vida personal y familiar, y ya que precisamente estos delitos son denominados como delitos de alcoba porque el victimario genera o se aprovecha de las situaciones de privacidad y soledad del entorno en que se desenvuelve la víctima para la realización de su abominable acto, situación que deja una doble afectación a su víctima pues aparte del acto vejatorio e degradante de que es objeto no tiene ninguna posibilidad de poder recibir el auxilio de un buen samaritano o de la autoridad misma ni de recibir auxilio de ningún tipo o al menos contar con testigos oculares del acontecimiento dañino que es objeto, para ser respaldada en un proceso penal ante el juzgador y así poder ser objeto de protección por parte del estado por medio de las garantías constitucionales que otorgan protección, las cuales son el sustento de un estado de derecho en el cual los ciudadanos experimentan sentirse seguros y protegidos y así desarrollarnos armónicamente como sociedad y como miembros participantes de un colectivo humanos en respeto y crecimiento personal.

Una dificultad que encontrada fue el acceso a legislación internacional específica y una limitante fue el evento de la pandemia que no permitió acudir a de determinados lugares en busca de información.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION Y DE LA PRUEBA

El objeto del primer capítulo es lograr visualizar la evolución del delito de violación así como la evolución de la prueba, exponiendo conceptos de autores penalistas como han concebido el delito de violación identificar cual es el bien jurídico tutelado y definir los sujetos intervinientes en este delito explicando por qué motivo el sujeto activo solamente puede ser el hombre.

1 Antecedentes Históricos

1.1 Antecedentes históricos del delito de violación

Edad Antigua

El primer registro de condena del delito de violación se encuentra en el código de HAMMURABI, de los babilonios y caldeos, el cual data del año 1760 A.C.¹ en este código se sancionaba fuertemente la violación, además que no reconocía la independencia de las mujeres, diferenciando únicamente entre una mujer casada y una mujer virgen pero prometida, según esta clasificación si un hombre violaba a una mujer virgen, su castigo era la muerte, en cambio sí la violación era cometida en contra de una mujer casada, la víctima debía compartir la pena con su agresor sin que se tomara

¹ Edgardo Antonio López Ortiz, Shatnam Amparo Peña, Marcela Argentina Perla López, Importancia de la prueba científica en el delito de Violación y su regulación en la legislación procesal salvadoreña". (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2012),16. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/2851/1/Importancia%20de%20la%20Prueba%20Cient%C3%ADfica%20en%20el%20Delito%20de%20Violaci%C3%B3n%20y%20su%20regulaci%C3%B3n%20en%20la%20Legislaci%C3%B3n%20Procesal%20Penal%20Salvadore%C3%B1a..pdf>

en cuenta las circunstancias con que se cometía el hecho atroz, siendo la pena de muerte mediante el ahogamiento.²

En el antiguo Egipto la pena que se le imponía a quien hubiese agredido sexualmente a otra persona era la castración.

En la Roma imperial se consideraba que el individuo forzado o víctima obtenía placer de ello, además si era una mujer o un esclavo era lo natural.

Durante la monarquía en Roma la violación fue considerada delito bajo la Lex Iulia. Tipificándose bajo la Ley de las XII tablas. El bien jurídico tutelado en esta etapa era la castidad de la mujer, el honor de su padre si era virgen y el honor de su esposo si era casada, por ende no se puede hablar durante este periodo de una lesión de la libertad sexual, porque las mujeres no podían decidir con quién mantener relaciones sexuales.³

El termino violación era utilizada cuando se enteraban de relaciones sexuales extramaritales con una mujer o un joven que en el momento del acto no otorgaran su consentimiento que hubiesen sido obligados a sostener relaciones se agravaba el caso si la víctima era impúber o virgen era cuando aplicaban un procedimiento llamado “Per vin stuprum” de acuerdo con la ley “Lex Iulia de vi Pública” el victimario perdía la mitad de sus bienes.⁴

² Mario Moisés Reyes López, “La valoración ponderada de la declaración de la víctima en el hecho delictuoso de violación, y la afectación a los derechos humanos del imputado” (Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 5. https://ru.dgb.unam.mx/handle/DGB_UNAM/TES01000739991

³ *Ibíd.* 7

⁴ Eugenia Maldonado de Lizalde, “Lex iulia de adulteriis coercendis del emperador Cesar Augusto (y otros delitos sexuales asociados)” *Revista Anuario Mexicano de historia del Derecho* (1999) <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/dr/dr12.htm#N164>

Se iniciaba un procedimiento penal en el caso de violación, “per vim stuprum”, de hombres o de jóvenes, de acuerdo con la Lex Iulia de vi publica, introducida probablemente por Julio César. La parte ofensora perdía la mitad de sus bienes.

En Grecia el castigo era impuesto al violador con la finalidad de que este contrajera matrimonio con su víctima o la pena de muerte en el caso que la víctima rechazara el matrimonio, siendo obligado en el caso de ser aceptado el matrimonio, a que el violador le entregara la mitad de sus bienes y posesiones.

Edad Media

En esta época este acto de salvajismo como lo es la violación no era denunciado por miedo a no lograr crear credibilidad a su denuncia, porque si se hacía público la pérdida de la inocencia, la autoestima y el recato (actitud para no parecer indecorosa o provocativa) quedaban en entre dicho, por la importancia que tenía la castidad femenina por la potencialidad de ser esposas y madres de familia, la palabra del hombre gozaba de total credibilidad y de forma mal intencionada el hombre simplemente argumentaba que para tal acto del cual había sido denunciado contaba con el consentimiento de la mujer y esto modificaba la acusación y si la mujer era casada constituía un adulterio y si era célibe lo calificaban de “struprum” (estupro) y eso hablando de clase social privilegiada pero las demás mujeres que no pertenecían a esos niveles experimentaban la inexistencia jurídica y porque no decirlo hasta humana, pues las prostitutas no eran tomadas como víctimas de tal delito, las empleadas de fondas, empleadas domésticas, en tal caso hasta podía salir airoso sin ninguna culpabilidad el acusado de violación.

Para la iglesia católica en la edad media no era importante si la víctima había otorgado el consentimiento, sino el hecho del estado en que se encontraba la víctima al momento de ser violentada sexualmente, el estado debía ser de virginidad o de mujer casada, si era así se calificaba como “stuprum violentum”, las víctimas que no estaban en esa categoría no eran tomadas en cuenta como víctimas del delito de violación

Edad Moderna

En la época del siglo XVIII se prepondero la familia nuclear, sosteniendo la forma de trabajo de la empleada doméstica, para varios oficios, fue un siglo denominado como “la violencia del amo a puertas adentro” las violaciones de que fueron objeto las empleadas domésticas, nunca fueron condenadas, pues el silencio y hermetismo por denunciar al patrón era sinónimo de desempleo y calumniar a personas honorables de familias de tradición, en ese mismo tiempo las mujeres acudían al matrimonio que sus familias habían acordado de acuerdo al beneficio de escalar de la clase social a la que pertenecían hacia otra más elevada, es a partir de la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que se pone fin al antiguo régimen y comienza la época contemporánea, es hasta entonces que el delito de violación cobra relevancia así como su pena es aumentada.

Surge el objeto jurídico protegido de la libertad de las personas incluyendo su determinación sexual, en el sentido positivo que es cuando la persona determina sin coacción alguna el uso de su cuerpo y de su sexualidad, también cobra relevancia el aspecto negativo que hace referencia a la expresa negación de ejecutar actos sexuales ni de tolerarlos.

1.2 Antecedentes históricos de la prueba testimonial

La prueba se ha desarrollado conforme los avances que las sociedades van experimentando siempre supeditada a las bajas y altas de los sistemas políticos en cada etapa de la historia, resaltando en épocas bien establecidas como en estados salvajes la prueba no era esencial sino bastaba que el imputado fuera acusado y estaba obligado a justificarse, luego la prueba estaba a cargo de la divinidad, la culpabilidad se establecía por la voluntad del altísimo esa manifestación según ellos se constituía en prueba contra del acusado y generalmente estaba a cargo de personas denominadas como enviados o representantes de la divinidad, entre estos ejemplos están las Ordalías o la célebre frase este es juicio de Dios; apareció la prueba ya procesalmente hablando cuando se les impuso a los jueces el deber de formarse por sí mismos el convencimiento sobre la culpabilidad del imputado por medio de su capacidad intelectual pero no se debe perder de vista el hecho que inicialmente los jueces eran nombrados únicamente por calificaciones que la gente del pueblo les otorgaba como eran por ser el profesor del pueblo, él es de moralidad notoria, es de buena familia, aunque esas calificaciones no incluyeran que supiera de leyes, otro ejemplo de culpabilidad lo constituía el hecho de colocar el cadáver frente al reo y si el cadáver sangraba la culpabilidad era irrefutable, ya que se encontraban en un sistema penal inquisitivo donde la valorización de la prueba era relativa.

La prueba testimonial igualmente ha evolucionado con los avances de la civilización y junto al sistema penal imperante en determinados momentos, cuando la prueba testimonial de la víctima del delito de violación estuvo vinculada al pudor y se establecía como extremo de la figura del delito de violación la honestidad de la víctima llegándose a calificar jurídicamente en algunas legislaciones como delitos contra la honestidad, resultando que si la

víctima no poseía honestidad su testimonio no era válido contra un imputado por el delito de violación.

La importancia de la prueba trasciende a todas las áreas del saber, así como de las artes porque sin prueba no se logra establecer un avance o la verdad histórica de un hecho ocurrido en un pasado inmediato o lejano, que se discute en el presente para poder saber quién tiene la razón y así también realizar regulaciones a futuro con mayor nivel de acierto.

Llegando al sistema de garantías que actualmente se ejercita mediante el cual se establece en las garantías constitucionales que nadie es culpable hasta que no se pruebe lo contrario, conocido como el principio de inocencia recogido en el artículo doce de la Constitución de la Republica, figura que establece que todo indiciado de un delito es inocente hasta que no se aporten todas las pruebas objetivas, imparciales, con credibilidad suficiente y obtenidas e incorporadas en legal forma al proceso penal, elementos que serán desarrollados en el siguiente capítulo de este trabajo de grado, en lo relacionado con la prueba.

En vista de lo anterior se entiende que la prueba testimonial es un medio probatorio muy importante en el proceso penal, el cual ha resistido criticas durante muchos años y teniendo vigencia en la actualidad dentro de los procedimientos acusatorios.

No obstante, se debe entender que “testimonio”, Para Cafferata Nores “es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por la percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción

conceptual de éstos”.⁵ Por ende la prueba testimonial ha tenido una evolución histórica a través de muchos años, y además no surgió al mismo tiempo con el debido proceso penal pero se requirió cierto desarrollo de éste para diferenciarse un tanto del proceso civil, de tal manera que estas partes no fueran factores predominantes de prueba, y que el formalismo en ese momento cediera terreno como criterio dominante, es decir, como método prevaleciente; por lo cual se hizo necesario la existencia de cierto sentimiento de confianza en la persona, y que superadas las primeras fases del proceso penal, se introdujere la prueba de declaración de testigos la cual llegase a convertirse en un elemento integrante del proceso.

Siguiendo con la investigación para el autor Yesid Reyes Alvarado en su trabajo sobre la prueba testimonial, se puede decir que la evolución histórica de esta última se estudia con base en la construcción de tres grandes etapas:

- 1). - La etapa de la presunción de veracidad.
- 2). - La etapa de desconfianza.
- 3). - Etapa científica.

La primera etapa “la presunción de veracidad”, hace referencia a que la prueba testimonial puede encontrarse en el Código de Manú (12 siglos AC),

⁵ José I. Cafferata Nores, La prueba en el proceso penal, (Ediciones De Palma, 4ª edición, Buenos Aires, 2001), 94.

que establece reglas que posteriormente fueron tomadas por los romanos. Pues en esta primera fase del desarrollo histórico se caracteriza por la confianza plena en la prueba testimonial, pues en aquella época se partía de la presunción de que el hombre siempre decía la verdad. Pero se establecían algunas limitaciones en cuanto a quienes podían ser admitidos como testigos y se excluían los esclavos, impúberes e incluso a las mujeres, limitación que contenía un trasfondo social y político, pues las declaraciones de los nobles eran preferidas sobre los que no fueran considerados “moralmente aptos”, la cual era una apreciación que dependía de la clase social, trabajo y títulos de cada persona.

La antigua Roma utilizó una fórmula mucho más sencilla para limitar la recepción de testimonios de quienes no se estimaban dignos de credibilidad, la cual se les prohibía a declarar a los que no tenían estatus de ciudadanos romanos. Consecutivamente, en la Edad Media, por la influencia de los derechos Romanos y canónicos fueron catalogados como “sospechosos” los testigos respecto de quienes existían razones para desconfiar.

La segunda, “la etapa de desconfianza”, superada la fase mística, surgen los primeros escritos dirigidos al análisis de las circunstancias que rodean la recepción y valoración del testimonio, las cuales mostraron las enormes imprecisiones que suele contener una declaración judicial y los autores se preocuparon o se dedicaron más por señalar los inconvenientes que por señalar formas de evitarlos y disminuirlos, causa por la cual se generó la edición de catálogos de “defectos” que contribuyeron a mermar la credibilidad del testimonio; es por eso que se abandonó la presunción de veracidad por una de “mendacidad”, por medio de esta forma de centrarse directamente en el análisis de pruebas –técnicas- que al no ser personales

ofrecían mayor posibilidad de confiabilidad para la reconstrucción del hecho en el debido proceso.

La tercera y última etapa llamada como “la etapa científica”, que surgió con el desarrollo del derecho procesal la cual facilitó una revisión más detenida de los medios probatorios en el proceso, dando como inicio en las dificultades propias de la prueba testimonial; por lo que se dio la obligación de acudir a otras disciplinas científicas, siendo intervinientes la psicología y la lógica judicial que proveyeron el planteamiento de verdaderas reglas destinadas para la recepción y valoración de la prueba testimonial, de manera que su estudio dejó de depender de consideraciones puramente empíricas, pasando su valor a depender del análisis lógico y psicológico que hagan de las diferentes circunstancias que rodean cada declaración individualmente considerada y no de una arbitraria presunción⁶.

Puede decirse que la prueba testimonial como tal, a pesar de haber tenido altas y bajas en cuanto a su valor o aplicación en ciertos periodos de la historia, cuenta con un origen prácticamente igual al de la existencia de los ordenamientos jurídicos positivos, es decir que nació a la vida del derecho, junto con el derecho mismo. Esto puede afirmarse ya que la existencia y desarrollo de otro tipo de pruebas como periciales o documentales, etc., se vuelven necesarias en cierta parte el desarrollo de los pueblos, lo cual, en los orígenes del ser humano en sociedad, estos avances eran casi nulos, la única prueba que podía ser aplicada era la testimonial, y si bien en ciertos periodos de la historia esta no tenía aplicación como en la actualidad, o simplemente se basaban en otro tipo de pruebas como algunas de la edad

⁶ Yesid Reyes Alvarado, La prueba testimonial, (Bogotá, 1988), 4.

antigua sin fundamento científico ya mencionadas, se puede decir que la prueba testimonial nació junto con el derecho.

Al hablar de la prueba testimonial en la historia, cabe mencionar la figura de tachas de testigos, este se refiere al "*motivo legal para rechazar la declaración de un testigo, por la presunta parcialidad, favorable u hostil, que originan las relaciones o circunstancias entre el declarante y una de las partes*".⁷ "tachar" a un testigo era sinónimo de eliminarlo de la lista de testigos por razones de credibilidad.

Su origen se remonta a tiempos del emperador Justiniano hace aproximadamente mil quinientos años, pues este se ocupó de establecer una detallada regulación de la prueba testifical, en atención a que en su gobierno se había llegado a un punto máximo de desconfianza hacia los testigos en el Derecho Romano, se distinguía entre aquellos sujetos considerados inhábiles para declarar en cualquier proceso, incapaces por razones físicas o psíquicas y los que sólo eran testigos en el proceso específico a que fueron llamados; calificados como inhábiles legales, como delincuentes, infames, pobres o esclavos; los testigos que eran inhábiles en este periodo de tiempo debían ser excluidos de oficio por el juez, pero las personas que eran perjudicados con un testimonio necesitaban la manera de excluir a estos testigos que eran sospechosos de parcialidad por lo cual fue creada la tacha de testigos, con el fin de defender propios intereses procesales. Con la crisis del Imperio Romano se articularon nuevas medidas en la esfera procesal para alcanzar una mayor veracidad en las declaraciones de los testigos durante el período de prueba.

⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Diccionario Jurídico Elemental, (19ª: Edición Buenos Aires, 2008), 359.

En la normativa visigoda no se atribuía fuerza probatoria alguna a los esclavos, siguiendo lo establecido en el Derecho Romano. En general podrían ser admitidos como testigos los libres mayores de catorce años y con plena capacidad física y psíquica para ver, escuchar, memorizar y expresarse, excluyendo expresamente a los declarados infames, a partir del siglo XIII el derecho territorial castellano regulaba la figura procesal de la tacha, “*recogiendo numerosos requisitos que debían reunir los sujetos propuestos para deponer en juicio ajeno, hasta el punto de que en la práctica era imposible hallar a alguien que cumpliera los mismos*”.⁸

La prueba testimonial fue evolucionando en el pasar del tiempo, retomando cada vez una posición en la historia, llegando a ser un punto de debate y de distintas posiciones en cuanto a la ponderación que debe de tomársele a la prueba testimonial, y en la actualidad en especial cuando se trata de delitos llamados de alcoba ya que en estos impera por su naturaleza que el único testigo del delito es la misma víctima, es de ahí que parten las distintas consideraciones acerca de si existe una excesiva ponderación de la declaración de la víctima o por otra parte retomarla como muy necesaria por la naturaleza del delito.

1.3 Conceptos y definiciones del delito de violación

Los autores que trataron los "delitos contra la honestidad" han proporcionado, con pequeñas variantes, la definición de "violación".

⁸Pino Abad, Miguel *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha* (Dykinson, Madrid, 2014), 273 págs. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552015000100032

Así, Ricardo Núñez la define como "el acceso carnal de un varón con otra...persona, abusando de la inmadurez o estado mental de ésta, o de su indefensión o mediante la violencia, y sin derecho a exigirlo"⁹

Sebastián Soler, por su parte, afirma que la violación "consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta".¹⁰

Para Carmona Salgado el delito de violación consiste en "tener acceso carnal con otra persona, por vía vaginal, anal o bucal".¹¹

Se puede decir entonces que la violación es "el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse".¹²

El acceso carnal es de suma importancia en lo que respecta al delito de violación ya que al cumplirse este mediante violencia configura el delito, pero debe entenderse a su vez que existen distintas concepciones en el acceso carnal en dicho delito, como es el caso de la concepción racionalista que comprendía "el solo contacto o la reducción de la libertad del sujeto pasivo para oponerse al contacto o aproximación de los órganos sexuales" y la concepción materialista que es la de mayor aceptación doctrinaria actualmente que "es la que supera el mero contacto de los órganos sexuales o aproximación de los mismos, exigiendo que se produzca la penetración de

⁹ Ricardo Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª.Ed,actualizada por Víctor Félix Reinaldi 1999), tomo III, 247.

¹⁰ Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino* tomo III, (Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires,1973) 291.

¹¹ Carmona Salgado, "*Manual de Derecho Penal*" Revista de Derecho Privado, Madrid, tomo I, 242.

¹² Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial*, (Buenos Aires) tomo I, 378.

ellos”,¹³ ante esta situación existen también dos concepciones respecto a la penetración, una biológica y otra jurídica, en la cual la primera es acorde a la penetración por conductos naturales ya sea normales o anormales, siendo las normales por vía vaginal y anormal por vía anal o rectal pero que tienen en común ser zonas erógenas o circunvecinas a estas, mientras la concepción jurídica amplía las posibilidades de acceso en el cuerpo del sujeto pasivo ya que no interesa que ese orificio este dotado o no de zonas circunvecinas erógenas por el que accede, sino únicamente que dote para el sujeto activo una satisfacción erótica, al introducir el órgano sexual masculino en el sujeto pasivo.

En la legislación salvadoreña se determina que el delito de violación el “acceso carnal” ya sea por vía vaginal o anal que puede relacionarse a la concepción biológica del acceso carnal que se enfoca desde una visión fisiológica en la que se estima el acoplamiento del órgano sexual masculino en la víctima por vías naturales ya sean normales o anormales, siendo de estas vías naturales normales, cuando es por conducto vaginal, siendo así que quien accede es el hombre y la accedida es la mujer; y siendo por vías naturales anormales el conducto rectal o anal por existir la posibilidad de reacciones eróticas similares por dotación glandular y sensibilidades propias que son catalogadas como zonas erógenas, es por ello que el código penal adopta para configurarse el delito de violación el acceso carnal por cualquiera de estas dos vías, siendo así a su vez que al estipular el acceso carnal por vía anal, da lugar al entendimiento que puede existir violación cuando accede el órgano sexual masculino en persona del mismo sexo.

¹³Jorge R. Moras Mom, *Los delitos de violación y corrupción*, (Buenos Aires, 1971). 16.

Se descarta doctrinariamente la posibilidad de la violación inversa, o sea, el caso en que la mujer sea autora material del delito porque sólo el hombre por su condición física es quién puede realizar una penetración sexual.¹⁴

Otro elemento esencial para configurarse el delito de violación es la violencia ya que el código penal estipula en su art.158 “el que mediante violencia tuviere acceso carnal.”¹⁵

La violencia “consiste en la aplicación de actividad encausada a vencer la ejecución de la decisión de oponerse al acceso carnal o, en su caso, destruir la decisión misma”.¹⁶ Y puede distinguirse en a) violencia física, la que, por concretarse contra la materialidad de los actos oponentes, se la identifica como fuerza, y b) violencia moral, que tiene como núcleo operativo propio en el área de la decisión misma, circunstancia por la que se la traduce en intimidación.¹⁷

1.4 Bien jurídico tutelado en el delito de violación

Retomado de la historia y cada uno de los registros de múltiples actos brutales, hicieron que las sensibilidades naturales de la humanidad los reconocieran como actos abominables y pese a ese pensamiento surgieron formas para evitar la posibilidad de revivir dichos actos de barbarie; pese a eso, la sociedad vio el surgimiento y reconocimiento de los Derechos

¹⁴ Mario Eduardo Corigliano, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Agosto-Diciembre (2006) 4, [https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/ num18 /Art.18_PDF/18-8Abuso%20sexual%20gravemente%20ultrajante%20%20Violaci%C3%B3n n% 20%20Trabajo.pdf](https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/18-8Abuso%20sexual%20gravemente%20ultrajante%20%20Violaci%C3%B3n%20%20Trabajo.pdf)

¹⁵ Código Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 1998), artículo 158.

¹⁶ Jorge R. Moras Mom, *Los delitos de violación y corrupción*, (Buenos Aires, 1971).26.

¹⁷ *Ibíd.* 27

Humanos y con esto estableciendo así el derecho a decidir libremente acerca de su sexualidad.

Así pues, surge uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de proteger; el bien jurídico llamado libertad sexual. Si bien es cierto, con el paso del tiempo ya existían figuras penales y estas se encontraban destinadas a proteger la “honestidad” de la mujer; y con la evolución de las ciencias el bien protegido penal pasa de ser, de la honestidad a la denominada “libertad sexual” para hombres y mujeres, independientemente de su condición y con ello se adecuan tipos penales ya existentes y además surgen otros, hasta lo que hoy se conoce como delitos sexuales o delitos contra la libertad sexual.

La jurisprudencia salvadoreña manifiesta que “La libertad sexual ha de entenderse como un derecho individual que asiste a toda persona para poder elegir el momento y el sujeto con el cual se tendrá un acceso carnal”; de ello es asequible colegir que tal concepción implica que “una persona tiene la facultad de disponer de su propio cuerpo en este aspecto”¹⁸. Pero, la anterior definición que brinda la jurisprudencia es pobre, debido a que ella misma se limita al derecho de decidir cuándo y con quien se tendrá un acceso carnal, pareciera que el único delito realizable en contra de la libertad sexual es la violación sexual; pero el derecho a la libertad sexual es más amplio porque protege a toda persona de cualquier acto indeseable en su contra de contenido sexual, no solo la consumación del coito o acceso carnal, es de esta manera que en las legislaciones modernas se encuentran normalizadas y sancionadas las conductas que no llegan a ser una violación, entre estas conductas indeseables se encuentran los delitos contra la libertad sexual,

¹⁸ Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana, Sentencia Definitiva, con referencia No. 0201-29-2005, (El Salvador, de fecha dieciséis de mayo de dos mil cinco). considerando VI. p. 7.

según el código penal en su título IV, de la violación y otras agresiones sexuales; capítulo I.

Al observarse la legislación, el número de delitos es mucho más amplio, el cual su fin es proteger uno de los derechos más íntimos y frágiles del ser humano como la libertad sexual o la indemnidad sexual como lo es el caso de menores de quince años tal como lo establece el código penal, en el artículo 159 el cual lo resalta como violación en menor incapaz y lo define de la siguiente manera “Art. 159.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años. Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo”¹⁹. Tal como establece el código, se configura que el bien protegido en este caso es la indemnidad sexual, porque los menores de quince años carecen de libertad sexual, debido a sus características propias, como su desarrollo físico y psíquico, el cual no les permite comprender claramente el significado de los actos sexuales, motivo por el cual carecen de la necesaria autonomía para determinar libremente su comportamiento sexual.

La indemnidad sexual, como bien jurídico protegido sobre abuso sexual de menores de quince años es caracterizado por considerar como tutela para el goce de una libertad sexual futura de dichos menores, debido a que el ejercicio sobre la sexualidad en ellos es prohibido porque afecta su desarrollo

¹⁹ Código Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 1998), artículo 158.

de personalidad y así causar desequilibrio psíquico o alteraciones en su vida para el futuro.

Montovani señala que, respecto al menor, "El desvalor reside, a veces, en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de emociones que el adolescente no administra ni controla y porque es capaz –como enseña la respectiva competencia científica- de perjudicar el normal desarrollo y la gradual maduración de la personalidad bajo el perfil afectivo y psicosexual: el desarrollo a un crecimiento equilibrado también de la sexualidad"²⁰

Proyectado un poco acerca de las conductas que agreden el bien jurídico tutelado, Se habla acerca de la conducta más reprochable de todas, la violación sexual; la cual para el ordenamiento jurídico se define como: "el que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años"²¹; estipulando así la pena por el cometimiento de dicho delito.

Para el distinguido autor Argentino Sebastián Soler, dentro del delito de violación el bien jurídico lesionado es la "libertad sexual" y dice que "...se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee o impedir, negar ser penetrado"²²; mientras que para Núñez, en su tratado de derecho penal entiende a la violación "como un modo de ofender la honestidad mirada como derecho a la "reserva sexual" mediante

20

Marta Cecilia Escalante Jiménez, María Magdalena Orellana Orellana, Fátima Guadalupe Miranda López, EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR E INCAPAZ EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO, Tesis, Universidad de El Salvador, 163.

²¹Código Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 1998), artículo 158

²² Edgardo Alberto Donna, *Ibid*, 383.

actos de violencia o de abuso, lesivos de la libertad de la persona de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer consciente”²³.

Como punto de partida para el cometimiento del delito de violación se puede ver claramente el uso de la violencia física o psicológica y del no consentimiento de la víctima, es por eso que se concluye que el bien jurídico protegido es la “libertad sexual”, dentro del delito de violación y en menores de edad víctimas de la violación la indemnidad sexual. Como se ha expresado anteriormente la “libertad sexual” es referida únicamente a la libre disposición que tiene toda persona de decidir por sí sobre su sexualidad, en un doble sentido, pues es libre de decidir con quién mantener relaciones sexuales y el momento en que se llevara a cabo o decidir no proceder a realizar dichos actos sexuales.

La intimidación debe ser grave, porque es el medio con la cual se somete a la víctima con el fin directo de acceder a esta; y si este faltara ya no se podría hablar de violación sexual puesto que es evidente que el actor no tuvo necesidad de someter por medio de la fuerza a la otra parte y se entiende que esta otra dio o accedió a su consentimiento para la realización del acto sexual.²⁴

Es de mucha importancia mencionar que esa violencia no necesariamente será producida directamente por quien realiza el acceso carnal; es decir el autor directo, pero si es importante que a causa de la violencia ejercida fuera

²³ Ibid.

²⁴ Sara Pacheco, Leonora Elisa Parada, José Matías Pérez Ventura, “Aportes de la prueba serológica forense y ADN en el delito de violación sexual en el municipio de San Salvador año 2004-2006”, (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2007) <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4684/1/APORTES%20DE%20LA%20PRUEBA%20CIENT%3%8DFICA%20SEROLOGIA%20FORENSE%20Y%20ADN%20EN%20EL%20DELITO%20DE%20VIOLACION%20SEXUAL%20EN%20EL%20MUNICIPIO%20DE%20SAN%20SALVADOR%20A%C3%91O%202004-2006.pdf>

posible lograr el objetivo principal el cual es el acceso carnal. Para la configuración del delito de violación sexual, no es necesaria la penetración total del miembro masculino, ni la ruptura de himen o así mismo tampoco se exige la eyaculación.

Como grupo se visualiza el delito de violación como “el acceso carnal por vía vaginal o anal ejerciendo violencia física o emocional con otra persona” y la indemnidad sexual como “la calidad que poseen los menores de edad y los incapaces por no haber completado o realizado el proceso de formación social en el entorno donde se desarrollan y por lo que no tienen la solidez y los elementos intelectivos que les proporcione experiencia para valorizar los actos sexuales, lo único que puede aflorar en ellos es el instinto que carece de aspectos valorativos sobre la trascendencia del acto sexual y la falta de capacidad para otorgar un consentimiento válido.

1.5 Sujetos intervinientes en el delito de violación

Sujeto activo

El sujeto activo en este delito, es únicamente el hombre; esto es deducido del significado de la expresión acceso carnal, la cual significa la penetración del miembro viril, sea este vaginal, anal o bucal, para algunos autores, por lo tanto, únicamente los hombres pueden lograr la penetración, Sebastián Soler al respecto manifiesta: “esta solución esta impuesta, por el sentido de la expresión” tener acceso carnal, ya que acceso quiere decir entrada o penetración y no compenetración, quien tiene acceso es el que penetra²⁵,

²⁵ Sebastián Soler, Ibid, 24.

ante lo sostenido por el renombrado autor se concluye que únicamente el hombre será sujeto activo dentro del delito de violación.

Pero existe contrariedad acerca de quién puede ser autor material, ya que como anteriormente por el autor Sebastián Soler se afirma que únicamente lo puede ser el hombre, porque se trata de un delito de propia mano o como se conoce como delito de alcoba, pero con la idea de que el sujeto activo sólo puede ser el hombre, debido a que este como es naturaleza propia es el único que posee miembro viril, que sirve para la penetración.

En el caso de la mujer existe claramente por naturaleza la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, ósea, la incapacidad de penetración al sujeto pasivo del delito.²⁶

Sujeto pasivo

En el sujeto pasivo claramente se debe acreditar que no existe indiferencia de sexo, debido a que puede ser el hombre como la mujer víctimas de este delito; puesto que el acceso carnal puede ser por vía vaginal o anal, y es de términos concretos que en el hombre sea por vía rectal.

En el caso de un menor de quince años, se estima que el sujeto pasivo es un menor incapaz y por lo tanto se establece la figura del delito de violación en menor incapaz como lo regula la legislación penal en el artículo 159 donde establece "...El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir..."²⁷ visto lo anterior se configura que el sujeto activo para la

²⁶ Edgardo Alberto Donna, Ibid, 390.

²⁷ Código Penal (El Salvador, Asamblea legislativa de El Salvador, 1998), artículo 158.

realización del delito debe haber cometido al menos una de las condiciones establecidas por el nombrado artículo dañando así la indemnidad sexual del menor víctima del delito.

“La persona privada de razón, debe ser coincidente con su falta total de aptitud para comprender las consecuencias del acto que le tiene por sujeto pasivo, no puede hablarse de voluntad; pues su falta de experiencia impide consecuentemente su exteriorización. Aun en el supuesto de una aparente conformidad consumativa, se invalida su consentimiento por carencia misma de la voluntad, circunstancia que invalida cualquier pretendida conformidad que quiera ligarse”²⁸

Para Soler el sujeto pasivo solo puede ser “persona de uno u otro sexo”, mientras que para Núñez el sujeto pasivo “sólo puede serlo una persona con vida. Debe descartarse, en consecuencia, el acceso carnal sobre un cadáver (necrofilia) o un animal (bestialidad), por no revestir las mismas tal carácter de “persona” definido por el Derecho”²⁹.

En vista de lo anterior se establece que el cometimiento de un delito, de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, se requiere la estricta participación de un sujeto activo, y un sujeto pasivo, entendido el primero como aquel quien realiza la acción típica en perjuicio del segundo y entendido el segundo como el que recibe para sí una acción o los efectos de una omisión, también llamado víctima.

²⁸ Marta Cecilia Escalante Jiménez, María Magdalena Orellana Orellana, Fátima Guadalupe Miranda López, EL DELITO DE VIOLACION EN MENOR E INCAPAZ EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009), 133. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/3832/1/EL%20DELITO%20DE%20VIOLACION%20EN%20MENOR%20E%20INCAPAZ%20EN%20EL%20C%3%93DIGO%20PENAL%20SALVADORE%3%91O.pdf>

²⁹ Edgardo Alberto Donna, Ibid, 392.

CAPITULO II

NOCIONES DE LA PRUEBA

Con la idea fundamental de exponer desde su concepto y formas de definir la prueba así como establecer el fundamento legal y fines que persigue en el proceso penal, se menciona también la valoración de que es objeto la prueba en la legislación nacional, enunciando las pruebas para verificar o desistir de la existencia del delito de violación, definiendo el objeto de la prueba y los elementos que debe comprender la prueba y así lograr comprender su importancia, utilidad y pertinencia en el proceso penal.

2. Noción de prueba

Habiendo expuesto en el capítulo I los antecedentes históricos de la prueba se puede expresar que prueba es lo que ayuda a confirmar o negar una proposición o una aseveración previa.

En materia penal aunque es una noción muy mínima abona opinar que todo lo que puede ayudar a la revelación de la verdad histórica con relación a los hechos controvertidos en el proceso penal por el delito de violación y que son analizados a efecto de poder aplicar la ley sustantiva.

Se puede conceptualizar que prueba es el conjunto de hechos mediante los cuales se logra otorgar solidez a las proposiciones o aseveraciones que se estipular en contra de una persona sobre un hecho pasado a efecto de hacerlo penalmente responsable de la comisión de un delito tipificado como

violación, debiendo ser incorporados de forma legal además de ser objetivos, relevantes y pertinentes al litigio en sede judicial.

“Es todo dato que respalda una hipótesis preliminar de forma legal, objetiva, relevante y pertinente”

2.1. Elementos de la prueba

Los datos o aportes de prueba pueden estar constituidos por las huellas o rastros que el hecho tipificado como delito haya dejado en el entorno de donde se asegura fue realizado el hecho violento de carácter sexual, como pueden ser cabellos, bellos, líquidos, o específicamente pueden haber algunos rastros en el cuerpo de la víctima como rasguños, equimosis (vasos sanguíneos rotos bajo la piel), laceraciones contusiones o en la psiquis de la víctima que es real pero de difícil comprobación pero no imposible de ser evidenciado o encontrados, se todo lo anteriormente dicho se pueden definir las siguientes características:

2.1.1 Objetividad

El dato o hecho que se aporte al proceso debe provenir de la escena de los hechos que se han denunciado o de las personas implicadas en el referido acto ya sean del sujeto pasivo (víctima) o del sujeto activo (victimario) hacia el proceso mismo y que no sean del conocimiento particular del juzgador pues carecería de objetividad,³⁰ la finalidad de la prueba y su significado son dos características que están unidas y dependen del sentido y alcance que se les otorgue para poder evidenciar su trascendencia en el procedimiento penal, tomando en cuenta que “prueba” son todos los datos que ayudan a

³⁰ José I. Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal, (3ª.Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, Talcahuano 494, 1998) 16.

confirmar o negar una proposición o aseveración previa sobre un hecho acaecido en tiempo anterior y calificado como delito para poder aplicar la ley sustantiva. La trascendencia de la prueba se puede potenciar en tres características fundamentales: 1) que su utilización pueda justificar todas las situaciones en relación a la infracción penal a efecto de determinar quién es autor y quien es víctima del injusto penal; 2) Que a través de la prueba quede establecidas todas la particularidades del hecho historio en debate; 3) Que la prueba este revestida de un carácter externo del juez por tal motivo se pondera en su objetividad y no en base a la subjetividad de las partes o del juzgador.

Su finalidad es producir conocimiento para las partes y por supuesto para el juzgador en relación a todos los hechos y circunstancias que son el objeto del proceso judicial y de la investigación, haciéndose hincapié o enfatizando en lo esencial del objeto del juicio que es lo relativo a la imputación penal. Así también es una finalidad del proceso poder demostrar la veracidad o falencia de los otros elementos de prueba. El convencimiento del juzgador está determinado por los elementos objetivos de prueba y eso redundo en la independencia del conocimiento personal que tenga el juzgador y las partes sobre la imputación; en virtud de lo anterior los hechos y circunstancias se evidencian y exponen en el proceso penal. La prueba paralelamente también determina la responsabilidad civil que debe ser debidamente sustentada siempre que se justifique su necesidad.

2.1.2 Legalidad

La prueba debe ser incorporada de modo tal que pueda ser utilizada por las partes intervinientes en el proceso, la ilegalidad puede resultar de dos hechos posibles, uno haberla obtenido de manera ilícita no de la forma

estipulada en el Código Procesal Penal que será la forma legal de incorporar la prueba.

La obtención ilegal puede suscitarse cuando se violentan las garantías constitucionales de una persona imputada de un delito, que ya están establecidas, cualquier prueba que así se obtenga se calificara de ilegal y carecerá de valor para fundamentar la convicción del juzgador.

La legalidad de la prueba será requisito fundamental para su efectivo uso y lograr nutrir de un convencimiento judicial aceptable ante el juzgador.³¹

La legalidad se debe respetar íntegramente pues desde la ley primaria se estipula el principio de Inocencia establecido en el artículo doce de la Constitución de la Republica que literalmente dice “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”³²

Y el tercer inciso especifica “Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal”

De lo anterior se puede comentar lo siguiente: según el primer inciso del artículo doce de la Constitución de la República se consagra el principio de Inocencia, en el cual se establece que toda persona se considera inocente aun cuando le imputen un delito mientras no se pruebe su culpabilidad, primero principio de inocencia, segundo mientras no se pruebe, acá se

³¹ Ibíd, 16

introduce constitucionalmente la prueba, pero no bastando esos dos pilares fundamentales continua otorgando más protección al que sea imputado con la idea de utilizar todos los filtros posibles para llegar a la mera culpabilidad en caso de su existencia y es que luego brinda el siguiente pilar cuando establece que se pruebe “conforme” a la ley y en juicio público, para entender conforme a la ley existe la ley secundaria específica como es el Código Procesal Penal, todos estos cuerpos de ley otorgan aun imputado las garantías constitucionales y procedimentales necesarias para que su culpabilidad sea clara e innegable en caso de existir o sea ratificada su inocencia que por estipulación constitucional poseen todas las personas de la Republica de El Salvador.

Dicho lo anterior la Constitución de la República en su artículo doce inciso tercero estipula que las declaraciones obtenidas sin la voluntad de las personas carecen de valor, lo cual sirve como estipulación específica y a la vez general para interpretar que ninguna prueba que sea obtenida de forma ilegal irrespetando o violentando las garantías constitucionales será tomada como válida.

Para robustecer la legalidad y lograr romper el principio de inocencia el Código Procesal Penal establece que a *“toda persona que se impute un delito o falta será procesada conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un juez o tribunal competente.”*³³

Como se puede observar el principio de legalidad del Código Procesal Penal agrega otra figura que viene a robustecer la legalidad del proceso y es que sean leyes preexistentes al hecho, que ya pertenezcan al cuerpo de leyes vigente y efectivo y luego aún agrega otro elemento que se abordará más

³³ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 2009) Art.2 Inc.1°

adelante, sus beneficios y motivación y es el hecho de que todo sea ante un juez o tribunal competente lo que viene a reforzar el principio de legalidad en el sentido de que la competencia del juzgador debe comprender el delito denunciado para que el juzgamiento no se realice ante cualquier juzgador que a mí me parezca o no tenga conocimiento de la materia que trata el litigio.

Respetando el principio de inocencia el Código Procesal Penal establece que *“la carga de la prueba corresponde a los acusadores”*.³⁴

Viene a fortalecer este artículo la legalidad de la prueba en dos sentidos, el primero que el acusador debe y está obligado a probar sus aseveraciones y por el simple motivo de que al hacer uso del sistema judicial esta con la capacidad de probar la responsabilidad penal del imputado y en segundo lugar porque para respaldar la imputación no será el imputado quien aporte prueba en su contra, lo único que puede aportar es prueba de descargo en los casos que lo amerite cuando necesite respaldar una aseveración que lo excluya de la comisión del delito que se le imputa.

Por todo lo explicado con anterioridad se comprende que la prueba legalmente establecida es el respaldo jurídico mediante el cual el estado de inocencia puede ser disuelto o derribado, cuando exista una imputación sobre una persona acusada de la comisión de un delito y la ley le brinda las garantías necesarias para que no se cometa una ilegalidad en él, y a la vez imparte la tranquilidad a la sociedad de haberse sancionado en el caso de determinar culpabilidad al responsable penalmente al que ha dañado un bien jurídico protegido por la ley.

³⁴ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador 2009) Art.6

Es precisamente esa la finalidad de la prueba “*llevar al conocimiento del juez o tribunal los hechos o circunstancias objeto del juicio*” según lo establece el Código Procesal Penal.³⁵

2.1.3 Pertinencia

Es el hecho probatorio que se conectará con los extremos objetivos (que es un hecho real) y el subjetivo (la misma participación del imputado) de la imputación del delito cometido o con otro hecho o circunstancia legalmente relevante en el litigio (por ejemplo agravantes, atenuantes o excluyentes de responsabilidad penal) evidenciara la existencia del daño causado o extensión del mismo.³⁶

Esa conexión entre hecho o circunstancia que se quiere incoar (iniciar un proceso, pleito, expediente u otra actuación oficial parecida) y el elemento de prueba (elemento de prueba o prueba, el dato o hecho que se incorpora al proceso) que se desea utilizar para ello se conocen como “pertinencia de la prueba”

En el manejo de medios de prueba (es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso) lícitamente visualizados por el legislador, las formas seleccionadas, determinan la altura de respeto de los derecho y garantías fundamentales; es diferente en los medios de prueba originalmente no previstos por su propia génesis, no pueden establecerse límites definidos de protección de garantías constitucionales, la prueba es pertinente cuando hace una relación

³⁵ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador 2009) Art. 174

³⁶ José I. Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal*, (3ª Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, Talcahuano 494, 1998) 22.

al hecho comprendido como objeto del proceso penal, inicialmente se relacionan al acto delictivo o a las personas mencionadas que forman parte del acto calificado como delito y pueden relacionarse o intentar evidenciar la existencia de ese hecho, su inexistencia, su realización de forma diferente o relacionar la participación del individuo a quien se le atribuye la realización del delito definido en la denuncia en su ingreso al sistema judicial. Se puede considerar como pertinente la que se enfoca en hacer probable la existencia de un hecho o establecer menos controversia en la aseveración que se hace sobre el cometimiento del mencionado delito si no se tuviera la prueba establecida o la credibilidad del testigo que declara, mediante la cual se evidencia la existencia de un hecho que tiene consecuencias para determinar la acción más probable o menos probable de lo que sería sin la pertinente prueba. Esto se utiliza para impugnar o sostener la credibilidad del que declara, es pertinente la prueba que se ocupa de las hipótesis y hechos que son objeto de prueba y la prueba impertinente es aquella que no discurre sobre las hipótesis y hechos que son objeto de argumentación.

La pertinencia directa es la que se relaciona específicamente a la imputación judicial tales como la existencia o cuerpo del delito y de la participación delictiva, también acrecita actos procesales que son relevantes dentro del proceso penal como por ejemplo el uso de prueba para demostrar que un procedimiento se ha llevado a cabo como está estipulado según la ley, la forma en que se realizó una inspección corporal, un allanamiento o una requisita, una detención, desde esos mismos hechos deberá generarse la pertinencia de la prueba y en relación a la utilidad de la prueba como aparece en el respectivo cuerpo legal en el art. 177 Cpp. Dispone que será admisible la prueba que resulte útil, esa utilidad está condicionada por la

relevancia que tenga la prueba que se incorpora al proceso penal a efecto de probar la imputación que se ha iniciado en contra de una persona, determina la importancia y eficiencia que contiene la prueba para evidenciar la manera más adecuada de la realización de un hecho.

Esta disposición también contiene el principio de verdad de la prueba, lo que es elemental ya que la esencia del proceso y de la prueba tienen como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos controvertidos pero tomando en cuenta un ambiente de legalidad por respeto fundamental al Estado de Derechos y por supuesto el respeto de los derechos y garantías constitucionales.

Para el caso de los actos urgentes de comprobación quedara bajo la responsabilidad bajo la responsabilidad del juzgador a efecto de resolverlo dentro de las veinticuatro horas de presentada la solicitud, la verdad que se busca, es la verdad real, histórica o verdaderamente sucedida, es una finalidad difícil en el proceso penal, en virtud de los deferentes sucesos de que está compuesta la comisión de un delito y los procedimientos legales que se deben cumplir para lograr su realización de forma legal a efecto de concederle importancia al estado de derecho.

2.2 Órgano de prueba

Es todo individuo que lleva un elemento de prueba (una prueba) y lo comunica al litigio en el proceso penal.

Su servicio consiste en ser el emisario entre la prueba y el juez por tal motivo es considerado como un órgano de prueba que realiza una acción determinada para el logro de un fin que pertenece al juzgador.

El hecho generador de convicción puede haberlo conocido accidentalmente o en propia persona como es el caso del testigo víctima o por determinación específica del juzgador sobre el perito especializado en una determinada materia y el proceder del individuo lo regula la ley procesal penal desde operaciones técnicas, testimonios y establece la posibilidad de que intervengan personas que no tienen interés en el proceso como puede ser el caso de un perito, así como los mismos interesados en el resultado del litigio si el caso lo amerita o lo exige, siempre tomando en cuenta que se debe valorar con singular cuidado los aportes de los ofendidos con calidad de testigos.

2.3 Medios de prueba

Es el procedimiento establecido por la ley con la finalidad de lograr el ingreso del elemento de prueba en el litigio judicial comenzando por la aplicación del elemento de prueba generador de todo el proceso de judicialización, como es la legalidad que genera certidumbre que fue originado y existe fuera del proceso judicial y que ingrese en dicho proceso para ser conocido por el juzgador y las partes para garantizar el derecho de defensa en cuanto al dato aportado.³⁷

2.4 Libertad probatoria

El Código Procesal Penal es muy específico en cuanto a definir la libertad probatoria porque no es una libertad en sentido literalmente total pues comprendería cosas que no son importantes para el proceso y por tal razón definen que solamente sean *“hechos y circunstancias relacionados con el*

³⁷ Ibíd,23.

delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba establecidos en este Código".³⁸

Lo que implica que la inicialmente establecida libertad probatoria contiene limitantes que en definitiva vienen a favorecer a ambas partes así como al juzgador por economía procesal pues su valoración de las pruebas aportadas se centrará con datos relacionados con el delito denunciado respetando la legalidad del proceso porque la parte procedimental debe ser aplicada a efecto de obtener validez.³⁹

Y así lograr el convencimiento del juzgador permitiendo tal condición el respeto a la dignidad humana como el respeto y aplicación de la ley al que la infringe.

Y cuando el Código Procesal Penal establece "de la manera que este prevista la incorporación de pruebas similares, siempre que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la constitución" el legislador de una forma visionaria y en base a la experiencia en lo que se refiere a la actualización de las leyes para enfrentar los delitos potencializa la libertad probatoria en el sentido de avanzar aunque no con la misma dinámica que los tiempos evolucionan, de forma tal que la reglamentación legal se ve limitada a efecto de poder acreditar hechos con nuevos mecanismos probatorios y de esta manera no caer en un actividad constante y frecuente de reformas, establece que cuando se trate de acreditar hechos aun por medio no previstos originalmente, en el marco de los medios de prueba, se podrán incorporar si son parecidos a los medios de prueba ya

³⁸ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 2009) Art. 176

³⁹ José I. Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal, (3ª.Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, Talcahuano 494,1998) 27.

establecidos, utilizando medio de prueba que más se parezcan pero teniendo en dos limitantes para que esa libertad probatorio no incurra en ilegalidad, la primera es que esos medios probatorios no violenten garantías y derechos constitucionales del imputado, y la segunda condición que sean obtenidas de forma lícita, por tanto se podrá incorporar un medio de prueba que no aparezca en la parte procedimental pero que sea parecido a los ya establecidos y además que su obtención sea lícita y no violente garantías constitucionales del imputado.

2.5 El objeto de la prueba

El objeto de la prueba está determinado en base a lo que se quiere probar y los hechos del caso, lo que anteriormente se denominó pertinencia.⁴⁰

Una excepción será cuando se trate de hechos o circunstancias que no tengan relación con la imputación que origino el proceso.

En relación con los medios de prueba no es exigible utilizar un medio predeterminado para probar el objeto específico pero se debe recurrir al que conceda mayor garantía de eficiencia, no es obligatorio utilizarlo pero eso no es óbice para descubrir la verdad por otros medios.

Es una posibilidad generar prueba con los medios expresamente regulados sino también con otros no especificados de forma literal cuando estos sean adecuados para revelar la verdad.

⁴⁰ José I. Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal, (3ª.Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, Talcahuano 494, 1998) 24.

No se aceptan medios de prueba que violenten garantías constitucionales de la persona imputada de un delito, actuando en contra de la legalidad de la prueba y del procedimiento de incorporación al proceso.

La actividad probatoria es el esfuerzo de todos los entes procesales con la intención de producir, recibir y valorar los elementos de prueba.

La carga de la prueba ya expuesto con anterioridad estará bajo la responsabilidad de los acusadores el aportarla, pues el acusado goza de la presunción de inocencia.

2.6 Sistema de valoración de la prueba

2.6.1 Valoración

Es la intervención intelectual dirigida a determinar la eficacia de la certeza que generan los elementos de prueba recibidos en sede judicial, definiendo la utilidad a efecto de reconstruir el hecho histórico con el cual se originó el proceso de judicialización, en esencia el grado de verdad que se produce sobre el litigio.⁴¹

Es una tarea del juzgador que le abona a fundamentar la resolución dictada al finalizar el proceso.

Las partes podrán evidenciar los méritos de los elementos de prueba que se reúnan y concedan soporte o respaldo a la resolución del juzgador o si es el

⁴¹ Ibíd. 43.

caso contrario justificar porque no ameritan, por lo que procede dictar el sobreseimiento sobre el imputado.

2.6.2 Sana crítica

Este sistema de valoración concede plena libertad de convencimiento de los juzgadores pero no deja de exigir que las conclusiones a las que llegasen sean el resultado razonado de las pruebas en que se fundamentaron, no es limitado el juzgador como en los sistemas de valoración de la prueba anteriores, los expuestos en el primer capítulo, que limitaban la potencialidad de convencimiento que produjeran las pruebas su único límite es el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano, suele llamársele sentido común que comprenderá las normas de la lógica:

Leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, principio lógico de identidad, principio de no contradicción, principio de tercero excluido, principio de razón suficiente, valoración bajo principios psicológicos de actitudes o de frases expresadas, la experiencia común, que tiene a la base raíces científicas.⁴²

Además caracteriza a este sistema que el juzgador debe necesariamente motivar su resolución exponiendo las razones por las cuales están convencidos, exponiendo la relación racional entre afirmaciones y negaciones a que se llegó y que elementos de prueba utilizaron para llegar a ese convencimiento.

Requiriendo dicha actividad que concurren dos actividades estudiantas, la primera la descripción de la prueba y su valoración crítica sobre la misma

⁴² *Ibíd*, 45.

evidenciando de esta forma su idoneidad para fundamentar la conclusión a que llevo y dicto un fallo.

Exponiendo por qué sentencio y decidí de esa forma y no de otra explicación que será entendible por cualquier otra persona que utilice la razón.

La modalidad de valorar la prueba lleva implícito en su desarrollo la libre convicción a pesar de que la legislación determina literalmente que los jueces valoraran la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.⁴³

Resultando que no se determinan parámetros de valoración sobre las pruebas como es el caso de la prueba tasada o prueba legal como suele ser llamada; determinando el modelo de la sana crítica que el juzgador debe expresar las razones de su decisión, será el juzgador quien fije libremente su convencimiento sobre los hechos vertidos en el proceso.

El esfuerzo de valoración de la prueba tiene como objetivo definir la veracidad de las teorías fácticas y de los actos que se pretenden acreditar al imputado del ilícito penal.

La sana crítica conlleva a la plenitud de la libertad de convencimiento exigiendo razonamiento de las pruebas en que se fundamenta de tal forma que la sana crítica está complementada o compuesta por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; en un inicio la sana crítica denota libertad para valorar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia, por lo que el juzgador obtiene la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento en un ciclo razonado y normal de correspondencia entre estas y los hechos sujetos al

⁴³ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea legislativa de El Salvador, 2009) Art. 179

análisis y relacionados con el tema probable. La sana crítica como una forma de libre valoración de la prueba contiene libertad para valorar el conjunto de pruebas que se encuentran en el proceso, inicialmente una visión clásica de la sana crítica que la determinaba a la observancia de la lógica, la experiencia y la psicología, posteriormente una perspectiva innovada de la sana crítica como manera de la libre valoración racional de la prueba, va incluyendo términos como lógica y racionalidad para fundamentar la valoración de las pruebas, estos términos deben fusionarse en el ámbito jurídico es necesario un fundamento lógico de la decisión fundamentada en la coherencia y la derivación pero en función al tema penal y especialmente a la probanza que debe confirmar los actos tenidos como ciertos, modernamente el juez ya no tiene la obligación de obedecer reglas abstractas, tiene la potestad de estipular el valor probatorio de cada prueba específica a través de una valoración libre y discrecional.

El hecho de valorar prueba por prueba y valorarlas unilateralmente inicialmente, llevará al juzgador a descubrir la verdad en la observación de los hechos objetivos del proceso.

La sana crítica en sentido formal se conforma así: 1) principio de identidad, que alcanza el ámbito de la deducción; 2) principio de contradicción: una cosa o sujeto es o no es pero no puede ser dos cosas a la vez; 3) principio del tercero excluido entre dos proposiciones en las cuales una afirma y otra niega, sólo una de ellas puede ser verdadera, la verdad debe surgir de los extremos planteados.

De la ley de derivación se obtiene el principio lógico de razón suficiente, que establece que todo juicio para ser realmente verdadero necesita de una razón suficiente que justifique lo que el juicio afirma o niega.

Con respecto a las reglas de experiencia se pueden definir como “sentido común” ya que se aprecian como verdades establecidas que llegan a ponderarse como indiscutibles ya que se fundamentan sobre la aplicación de hechos prácticos y cotidianos que deber contener vivencia personal para su debida aplicación por haber sido adquiridas en el diario vivir, con lo que el hecho histórico se valora en relación a una regla de experiencia también fáctica y evaluar si el hecho podrá ocurrir conforme a la experiencia general o sentido común.

La derivación significa que hay una relación significativa entre las afirmaciones y las conclusiones por tanto toda afirmación que cada hecho afirmado como fundamento de una prueba que lo respalde.

La coherencia implica que los hechos deben originarse de las pruebas y no ser contradictorios, las máximas de experiencia son independientes de los casos particulares en el proceso y que además pretenden tener valor para nuevos casos.

Las reglas de la psicología están basadas en manifestaciones exteriores del ser humano que ante la realidad en su entorno y su interior, externa procesos sensoriales, afectivos racionales y de las cuales el juzgador hace determinadas valoraciones que no deben provenir de un saber especializado sino de un análisis general e integrado, parecido a lo anteriormente expuesto es las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos debiendo recurrir el juzgador a conocimientos que se forman por fuera del derecho y que son aceptados por el hecho de que resultan las investigaciones y búsquedas de carácter científico que ya son de amplia confirmación. La idea fundamental de que el juez razone los motivos de la decisión es para definir si serían los mismos en un proceso de verificación donde también se valoren como

razonables justificando la decisión tomada, exponiendo razones de su convencimiento y así demostrar el nexo racional entre las afirmaciones y negaciones a que llego y los elementos de prueba utilizados.

Lo expuesto requiere que concurren dos intervenciones intelectivas, primero que el juzgador describa el elemento probatorio, detallando el contenido de la prueba, diciendo, describiendo o reproduciendo fielmente el dato probatorio lo que es la fundamentación descriptiva, para poder comprobar si la conclusión es racionalmente derivada de las probanzas invocadas en su razonamiento y la segunda intervención intelectual es la valoración crítica o analítica para evidenciar su idoneidad para fundamentar su conclusión, debiendo motivar la decisión que toma con relación a la credibilidad o no credibilidad en relación a la prueba que desfiló en el proceso penal, otra característica es que la prueba debe ser valorada integralmente, que después de ser valorada la prueba para cada hecho sea valorada en conjunto en función de confirmar o corroborar para establecer ciertos hechos probados, según la sana crítica debe señalarse la valoración circunstancial de indicios de la prueba suscitándose la valoración de la prueba indirecta, puede aportar otras valoraciones que relacionados acrediten ciertos hechos que permitan inferir hechos no probados de forma directa.

CAPITULO III

TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y DE LA PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA Y DERECHO COMPARADO SOBRE LA VÍCTIMA QUE TESTIFICA CONTRA SU AGRESOR Y LAS CONVENCIONES Y DECLARACIONES INTERNACIONALES QUE AMPARAN LA PRUEBA TESTIMONIAL

Con el ánimo de tener una tipificación amparada en fundamentos legales se incluye lo concerniente al delito de violación, además se incorporó la regulación legal que ampara que la víctima testigo pueda declarar contra el victimario, por otra parte se contempló la legislación nacional sobre el delito de violación así mismo también sobre la prueba con énfasis en la prueba testimonial, un recorrido por la legislación de países como España, Costa Rica y Colombia a efecto también de hacer un ejercicio de derecho comparado en relación a la tipificación del delito de violación así como el manejo de la prueba testimonial y finalmente las Convenciones y Declaraciones internacionales que sustentan a la víctima para que pueda declarar contra su agresor.

3. Tipificación del delito de violación

En el ordenamiento jurídico penal se encuentra estructurado de la siguiente manera, ubicado en el Libro Segundo del Código Penal que se titula “Parte especial de los delitos y sus penas” luego en el Título IV llamado “Delitos contra la libertad sexual”, incorpora el Capítulo I “De la violación y otras agresiones sexuales” y puntualmente en el art. 158 Pn. define la violación

así: “El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona será sancionado con prisión de seis a diez años”.

Esta definición simplista pero específica puede agravarse según las circunstancias especiales de cada caso, mediante esta tipificación se define de forma generalizada la figura de violación, especialmente en su corta definición pero muy clara en cuanto al tipo penal a que se refiere, establece que para que se constituya el delito de violación es menester que se comience puntualizando que parte del hecho específico resalta el inicio de la comisión del delito, y el primer elemento es la utilización de la violencia para lograr obtener el acceso carnal, son dos elementos que definen la comisión del delito, el primero es el hecho de que se utilice violencia para la comisión del acceso carnal y el segundo elemento fundamental que debe contener la conducta ilícita para configurar el delito de violación, es acceso carnal y puede surgir una ampliación del tipo penal como es la tentativa del delito de violación debiéndose entender que una tentativa se puede realizar cuando se actúa con mucha fuerza física, cuando el sujeto activo externa su fuerza física sobre la humanidad del sujeto pasivo o puede ser violencia emocional con la finalidad de llegar a la realización del acceso carnal como objetivo primario, pero que por razones ajenas al sujeto activo no llega al objetivo propuesto, porque si el acceso carnal no es la finalidad de los actos violentos se está en presencia de otra figura penal pero no ante el delito de violación, podría ser el caso que el sujeto activo solamente tiene como propósito o finalidad realizar otras agresiones sexuales, situación que será debatible en el proceso, según el tipo de pruebas que se aporten.⁴⁴

⁴⁴ Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la integridad sexual,(Ed.Rubinzal-Culzoni, Talcahuano-Buenos Aires, Argentina) 59.

La legislación es específica y puntual en el artículo 158 Pn. Al detallar que el acceso carnal debe ser vía vaginal o anal únicamente para ser considerado violación, cualquier otro tipo de acceso carnal configurará otro delito, no es igual en otros países, como por ejemplo Costa Rica que su legislación determina el acceso carnal por vía oral, anal o vaginal según la reforma del artículo 1 de la Ley No. 8590/ del 18 de julio de 2007 del Código Penal.

La legislación nacional en este tipo penal define “el acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona” este término goza de precisión y no incluye ninguna interpretación extensiva que puedan constituir una limitante para el juzgador pues define “con otra persona” lo que ayuda porque no limita la interpretación sólo se refiere a otra persona, debiéndose tener claro que el sujeto activo en la legislación solamente puede ser el hombre porque define quien tuviere acceso carnal y por naturaleza misma solamente el hombre puede producir o realizar el acceso carnal por el hecho de poseer su miembro viril y solo mediante el miembro viril se puede realizar el acceso carnal en una vagina o un ano sumándose la violencia física o moral sobre el sujeto pasivo que es cuando se configura el tipo penal violación.

El bien jurídico a protegerse con esta disposición es la libertad sexual, libertad que puede ser ejercida en forma positiva, que es cuando el sujeto determina libremente sin coacción alguna establecer una relación sexual con otra persona de su libre elección, también que la libertad sexual puede ser ejercida en forma negativa que es el caso cuando el sujeto determina libremente sin presión de nadie, ni condicionamiento alguno no establecer una relación sexual con determinada persona.

Los sujetos que intervienen generalmente en este delito es el sujeto activo o victimario que como se estableció anteriormente solo puede ser el hombre

por su propia naturaleza, en cambio el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer, concluyéndose también que argumentar delito de violación en las relaciones homosexuales femeninas es inexistente dada su naturaleza ante la falta de miembro viril.

La conducta típica es la realización del acto sexual mediante la violencia si el acceso carnal y la violencia no están presente en forma proporcionada para llegar a la realización del acto sexual la conducta típica puede ser inexistente.

El concepto de violencia debe entenderse que también comprende la intimidación desde que el sujeto activo la expresa y la puede llegar a realizar de diversas formas por ejemplo sin demostrar fuerza física sino solo emocional con la amenaza de atentar contra la vida de la víctima o sujeto pasivo o la realización de dañar a terceras personas como descendientes o ascendientes, u otro tipo de personas en las que la víctima tenga algún tipo de afecto o relación.

Las acciones amenazantes pueden provenir no necesariamente solo del sujeto activo, también pueden intervenir coautores cuando el sujeto pasivo es amenazado por un tercero para que realice el acto sexual con el sujeto activo o victimario o también cuando la violación es grupal y mientras un sujeto realiza el acceso carnal y otro u otros la sujetan a la víctima.⁴⁵

La coacción emocional o amenaza debe ser una intimidación grave y suficiente, de manera tal que la víctima tiene por cierto que se concreten las amenazas recibidas ante la negativa de la realización del acceso carnal.

⁴⁵ Ibíd,68.

El tipo subjetivo solamente se realiza en la conducta con dolo directo.

Etapas de ejecución del delito, este delito se considera de mera actividad y es consumado desde el momento en que el órgano sexual masculino se introduce en la vagina o en el ano de la víctima, lo que implica haber realizado un recorrido de forma violenta, que los labios laterales de la vagina reciban la introducción del pene de forma violenta causando daño, para algunos es posible que se configure la tentativa del delito de violación la cual será cuando hayan sido iniciadas todas las acciones de ejecución del delito y no se logre su concretización por situaciones ajenas al sujeto activo, como puede ser la no erección del miembro viril ya sea por impotencia suscitada por razones desconocidas para el mismo agente agresor, también por la desproporción de órganos sexuales de cualquiera de los dos sujetos intervinientes.

Es posible que dependiendo de las ocasiones en que el acceso carnal vaginal o anal sea realizado en el mismo sujeto pasivo se llegue a configurar la calificación del delito continuado regulado en el artículo 42 Pn. Por haberse realizado con dos o más acciones u omisiones que denoten el mismo objetivo criminal y aprovechándose el sujeto activo de condiciones similares de tiempo, lugar y forma de ejecución, se cometerán distintas infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, y puede surgir la posibilidad que dependiendo del tipo de lesiones y la intensidad de la violencia física ejercida sobre el sujeto pasivo se incurra en un concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometan dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí.

La conducta prohibida consiste en el acceso carnal ya que violaciones existen de diversos tipos como pueden ser violación de comunicaciones privadas, violación de derechos de autor y derechos conexos, violación de distintivos comerciales, etc. A esta temática solo le incumbe la violación de tipo sexual mediante el acceso carnal en concurrencia con la violencia física o emocional sobre el sujeto pasivo.

En el artículo 162 Pn. Se enumeran las situaciones en que se realiza la violación o la agresión sexual, que el legislador ha tomado a bien detallarlas, dadas las situaciones que se suscitan en la sociedad, agravan la pena circunstancias tales que el delito sea realizado por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente, de tal forma que aunque el Estado se arroga la tutela y protección de la familia el legislador ha tomado a bien estipular en el art. 263 Pr.Pn. La potestad de denunciar, pero en el segundo inciso determina que la denuncia será obligatoria cuando se trate de delito cometido contra personas que el denunciante legalmente represente o cuyo parentesco con él sea igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado, este artículo va en función de proteger la familia, porque en el primer inciso lo plantea de forma potestativa la denuncia aun cuando se trate de daño de un descendientes contra su ascendiente o éste contra aquél, el marido contra la mujer o viceversa, que es como generalmente se sucede en una sociedad educada con el machismo latino, tomando en cuenta hasta los hermanos contra hermanos, adoptante contra adoptado o viceversa y el compañero de vida contra su conviviente este último elemento es importante detallarlo ya que la cultura del hombre con derecho a tomar lo que quiere impera en las sociedades y esa tipificación del delito podría colaborar a que el silencio ya no sea el escudo de la impunidad por la comisión de esa clase de delitos, el segundo numeral del Art. 162 Pn. Detalla que se agravará la

pena cuando el delito sea cometido por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima, el tercero es escueto y lo define parcamente cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad, el numeral cuatro establece cuando el delito sea realizado por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima; el numeral quinto establece los casos en que el delito sea cometido por varias personas a la vez, el número seis comprende el uso de medios, modos o instrumentos de carácter brutal, degradantes o vejatorios, como podría ser el caso aprovechar cuando una persona ha sido golpeada, o se encuentra esposada de sus manos no pudiendo ofrecer resistencia y el número siete hace justicia para aquellos casos en que el machismo de algunas individuos coaccionan a las empleadas domésticas por estar sabedores de las necesidades que estas atraviesan y que dependen exclusivamente de esa fuente de ingresos o por personas que ostentan cargos de mando en una empresa y condicionan a empleadas para que acepten las pretensiones sexuales a cambio de lograr estabilidad laboral.

3.1 Artículos que permiten que la víctima declare como testigo contra su agresor.

En Derecho, testigo es una figura procesal que declara ante un tribunal sobre los hechos que conoce y que pueden llegar a ser considerados relevantes para alguna de las partes que intervienen en el proceso penal, dicha declaración es encaminada a la resolución del asunto en controversia; la declaración del testigo recibe el nombre de testimonio, siendo de esta manera que lo expresado por esa persona es considerado en la legislación

salvadoreña, justamente en el Código Procesal Penal en su cuerpo normativo como Prueba Testimonial.⁴⁶

La prueba testimonial o bien la declaración del testigo o desde el punto de vista donde la víctima inevitablemente tiene también el rol de testigo como lo es en el delito de violación, delito que es denominado como delito de alcoba por la naturaleza misma del modo de ejecución con que actúa el agresor sobre el agente pasivo y generalmente cuando la víctima se encuentra totalmente desprotegida o dicho de otra forma en un ambiente donde sólo concurren el agresor y la víctima, dicho delito es regulado y tipificado en el artículo 158 Pn. El cual establece que “El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años”.

El código procesal penal contiene una serie de garantías dirigidas a velar por la seguridad de las personas; estableciendo en su cuerpo normativo regulaciones que son el andamiaje procesal para fortalecer y dar credibilidad al testimonio de la víctima, de las cuales se pueden mencionar las siguientes:

Artículo 11 Pr.Pn. Acceso a la justicia “El Estado garantizará el acceso de la víctima del delito a la administración de justicia, quien tendrá derecho a intervenir en el procedimiento en los términos establecidos en este Código”.

Toda sociedad es afectada por niveles de delincuencia de diferentes formas y modos de ejecución por lo que las personas deben de estar debidamente respaldadas jurídicamente y es así como el Estado provee los instrumentos

⁴⁶ Saúl Ernesto, Morales, El ofrecimiento y valoración de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, (Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2016)

necesarios para que las víctimas sean informadas de su condición de víctimas de una manera entendible y efectivas se les expliquen las formas en que pueden hacer efectivos sus derechos, las vías que tienen para formular denuncia y las consecuencias que pueden tener el abstenerse de realizarla, el conjunto de leyes de que pueden disponer para hacer valer sus derechos en función de la naturaleza del delito del que ha sido víctima, el estado velara porque la información y el conocimiento sean efectivos, para lo cual impulsara además de las leyes la elaboración de protocolos de intervención tanto para la víctima como para el sujeto activo del delito de violación, como parte de una red de asistencia a víctimas de delitos sexuales, para que a la mayor brevedad pongan en conocimiento a las autoridades la noticia del hecho presuntamente delictivo un ejemplo se encuentra en la creación de la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, que en su artículo uno establece “la presente ley tiene por objeto establecer, reconocer y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, por medio de Políticas Públicas orientadas a la detección, prevención, atención, protección, reparación y sanción de la violencia contra las mujeres, a fin de proteger su derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la no discriminación, la dignidad, la tutela efectiva, la seguridad personal, la igualdad real y la equidad” la presente ley lo estipula de forma genérica cuando dice “ y sanción de la violencia” lo cual ampara la aplicación de justicia en un proceso debidamente legal, ante el juzgador por parte de quien ha infringido la norma violentando sexualmente una persona, estableciendo dicha ley que se debe preservar en todo momento la intimidad de la víctima y su privacidad que lo establece en el Art. 57 lit. “A” de dicha ley, por lo que no podrá ser expuesta su vida sexual para querer justificar el daño causado, debiendo ser atendida la víctima por personal especializado de su mismo sexo que hayan sido capacitadas en derechos de las víctimas y derechos humanos de las mujeres, debiendo ser informadas y notificadas

en forma oportuna y veraz de las actuaciones que se realicen durante el proceso, a prestar testimonio en condiciones especiales de protección y seguridad, así como a utilizar la figura del anticipo de prueba para lo cual en el país es utilizado el recurso de la cámara Gessel y que sea tomado en cuenta el estado emocional de la víctima para declarar en el juicio, y que este sea realizado de manera individual, lo cual relaciona inmediatamente también a la Política de persecución penal en materia de violencia contra las mujeres de la Fiscalía General de la República para lo cual elaboraron la “Guía de Actuación (Manual de Procedimientos) Fiscal para la Investigación de los delitos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y delitos contra la Libertad Sexual relacionados”, instrumentos valederos y eficaces para la aplicación de justicia a los sujetos activos del delito de violación, para lo cual se incorpora la definición del delito de violación según el Código Penal, se describen los sujetos intervinientes en dicho delito se expone sobre la conducta típica en el concepto de violación, la tipicidad subjetiva donde establece que la conducta prohibida solo es posible realizarla por medio del dolo directo reconociéndose una conducta evidentemente con ánimo sexual, describe la autoría y participación del delito de violación como un delito de propia mano, detalla también los aspectos que debe contener la investigación en los que incluye la declaración de la víctima, reconocimiento en rueda de personas o por fotografía, esta guía de actuación tiene como propósito fundamental erradicar o luchar contra la impunidad para disminuir el efecto de un estado de indefensión para las víctimas porque ante hechos de esta naturaleza el Estado ha actuado de manera pasiva contra los agresores sexuales en otras ocasiones por lo que hay casos que nunca se denunciaron o siendo denunciados la justicia no actuó de forma objetiva para impartir justicia.

Derechos de la víctima Art. 106 No. 1 Pr.Pn. “La víctima tendrá derecho:

1) A intervenir y tener conocimiento de todas las actuaciones ante la policía, la fiscalía, cualquier juez o tribunal y conocer el resultado de las mismas”, con esta disposición legal lo que se pretende es que todas las autoridades y funcionarios del sistema judicial deben actuar para que la víctima desde su entorno que le corresponde, pueda saber y ejercer lo más plenamente posible los derechos que se le reconocen y de los cuales debe conocer y hacer el uso que mejor beneficio le aporte en su calidad de víctima.

Luego en el Art, 107Pr.Pn. Titularidad, que corresponde al querellante, “En los delitos de acción pública, la víctima por medio de su representante, podrá intervenir en el proceso, con todos los derechos y facultades previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes”

El querellante, debe entenderse, es la persona víctima u ofendida por la comisión de un delito según el Art. 105 No. 1 Pr.Pn. El que presenta una solicitud formal, llamada querella, por medio de un abogado autorizado para ser tenido por parte procesal y actuar como el representante de la víctima ante la Fiscalía General de la República durante el proceso ya que es un derecho fundamental de la víctima presentar la querella, es un legítimo ejercicio del derecho a la protección de la seguridad jurídica, según lo establecido por la Constitución de la República en los artículos 1 y 2 en los cuales se establece la protección jurídica que tendrá toda víctima de un delito, con ese pronunciamiento constitucional el Estado se encuentra en la obligación de generar los canales adecuados para preservar el derecho de acción para la protección jurisdiccional de los derechos de las personas que hayan sido violentados y de los intereses legítimos que a cada ciudadano pertenecen. Ya que las investigaciones se inician de oficio, por denuncia, querella o aviso, según lo establece el Art. 260 Pr.Pn. En el caso específico de la querella esta puede ser presentada ante la Policía Nacional Civil, según

el Art. 267 Pr.Pn. Si es presentada ante la Fiscalía General de la República, según el Art. 268 Pr.Pn. O ante el Juez de Paz, según lo establecido por el Art. 269 Pr.Pn. Estos son los canales más idóneos que el Estado provee para efecto de hacer valer los derechos de los ciudadanos y por medio de los cuales puede el querellante colaborar con la investigación presentando escritos y la identificación de evidencia o la corroboración de la identidad del sospechoso. Reconoce específicamente como derecho a las mujeres a una vida libre de violencia detallando que comprende este derecho a gozar, ejercer y ser protegidas en sus derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución y en los Instrumentos Nacionales e Internacionales, incluido a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral, la libertad y la seguridad personal, todos estos conceptos se encuentran en el Art. 2 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, y aunque esta ley habla específicamente solo de las mujeres se puede comprender que un porcentaje muy alto de las violaciones que es el tema que estudiado, es realizado en mujeres de ahí la importancia de la comentada ley además comprende dos tipos de definiciones importantes para hacerlas parte de la identificación de la víctima en este caso por el delito de violación y son las definiciones que contiene en el Art. 8 lit. k) y l) los cuales se expresan así: literal k) Violencia contra las mujeres: es cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado y el literal l) víctima directa: se refiere a toda mujer a quien se le vulnere el derecho a vivir libre de violencia, independientemente de que se denuncie, individualice, aprehenda, enjuicie o condene a la persona agresora, estas dos definiciones describen muy bien a una víctima para efecto de otorgarle dicha calidad a quien experimente cualquiera de esa vulneraciones independientemente de que el caso se judicializado y el art. 9 define los tipos de violencia y su literal f) dice: Violencia sexual, es toda

conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual, comprendida en ésta no sólo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, con independencia de que la persona agresora guarde o no relación conyugal, de pareja, social, laboral, afectiva o de parentesco con la mujer víctima, y este artículo contiene de forma explícita la frase “toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual” esa decisión es la libertad sexual que es precisamente el bien jurídico protegido que el legislador prevé en las disposiciones legales antes mencionadas y cuando sean vulneradas la ley sustantiva puede ser aplicada con la intención sancionatoria que conceda justicia a la víctima.

Artículo 112 Pr.Pn. Obligación de atestiguar “La intervención como querellante no eximirá de la obligación de declarar como testigo”.⁴⁷

La doble condición que adquiere por la naturaleza muy especial del hecho la víctima del delito de violación es además de víctima, la de querellante lo cual no es ningún impedimento para que sea ella misma la testigo del delito que se cometió en su humanidad pues fue la única testigo que conoce los detalles de la agresión sufrida, esto es respaldado por la disposición legal que establece que toda persona es apta para ser testigo, salvo disposiciones legal en contrario, según el Art. 202 Pr.Pn. Ya que dicho testimonio puede ser la prueba fundamental para eliminar la presunción de inocencia del imputado y dirigir el proceso hacia la culpabilidad del procesado de dañar la libertad sexual de una persona.

⁴⁷ Saúl Ernesto Morales, El ofrecimiento y valoración de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, (Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2016) 216.

El Art. 202 Pr.Pn. Establece la capacidad de testigo de la siguiente forma: “Toda persona es apta para ser testigo, salvo disposición legal en contrario”, Toda persona es apta para brindar información en el proceso, tomándose la aptitud como la capacidad y buena disposición para ejercer o desempeñar una determinada tarea, por lo que sí existe un testigo que va a decir lo que presencio y sabe, brinda su testimonio al decir lo que sabe, y bajo los requisitos establecidos como la legalidad de la prueba este testimonio se convierte en medio de prueba, lo que en realidad hace el testigo es “dar fe de un hecho” por medio de una declaración, la versión de la víctima después se vierte como testimonio en la sala de audiencia para efectos de aplicación del principio de inmediación y así el imputado puede contradecir la versión de la víctima por supuesto con pruebas legalmente incorporadas que logren desvirtuar la versión antes dicha por la víctima, esta disposición legal brinda a la víctima la capacidad de ser considerada como testigo, es en este caso que la víctima además de ser testigo es también sujeto procesal y la parte final del Art. 202 Pr.Pn. Dice salvo disposición legal en contrario, un supuesto es el caso cuando no comprenda la diferencia entre la verdad y la mentira, pues si se carece de ella, no sería posible comprender el alcance de la juramentación y podría incurrir en falso testimonio, otro supuesto puede ser cuando la víctima no pueda darse a entender por si sola o por medio de un intérprete o traductor, para que la información sea claramente entendible, y así la utilidad del testimonio refuerce la reconstrucción del hecho histórico con repercusiones jurídicas.⁴⁸

Obligación de testificar Art. 203 Pr.Pn. “Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley”. La persona que obtiene la calidad de testigo debe

⁴⁸ Ibíd, 202.

concurrir al llamamiento y declarar la verdad y contestar sobre lo que se le pregunte del hecho que se delibera.

Art. 204 Pr.Pn. Facultad de abstención dice: “No están obligados a testificar en contra del imputado, su cónyuge, compañera de vida o conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos, adoptado y adoptante. No obstante, podrán hacerlo cuando así lo consideren conveniente”.

También podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, a menos que el testigo sea denunciante, querellante o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo.

Antes de comenzar la declaración, el juez instruirá al testigo sobre la facultad de abstenerse, bajo pena de nulidad del acto”.

En este Art. 204 Pr.Pn. Contiene dos hipótesis, la primera que no hay restricción alguna para abstenerse de declarar, lo cual se puede tomar como un derecho que se puede ejercer para efectos de no testificar en contra de un familiar y no quebrantar la unión familiar dejando la opción que pueden llegar a considerarlo, pero contiene una segunda hipótesis que libera esa abstención y condiciona que si puede ejercer el derecho de testificar con la condiciones establecidas para un testigo de esta naturaleza y menciona que el testigo sea denunciante, querellante o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo, esta segunda hipótesis tiene como visión la protección de la víctima ante los delitos que se cometan en contra de ella y que su calidad de denunciante, querellante no le sea obstáculo para convertirse en su mismo testigo en contra de quien ha violentado su derecho, por otra parte el testigo

tendrá que tener presente las cualidades de un testigo útil y legal para lo cual debe realizar las siguientes acciones: primero tiene el deber de comparecer y siendo que este caso habla de la víctima testigo su presencia es elemental por ser la única persona que estuvo en la escena del delito además de ser el sujeto pasivo de dicho evento violatorio de la libertad sexual, por lo que en segundo lugar para fortalecer su testimonio debe prestar juramento de decir la verdad y solo la verdad, por tanto se debe informar a la víctima-testigo que si incumple la acción de decir la verdad y solo la verdad de los hechos sucedidos puede incurrir en falso testimonio y puede llegar a recibir una penalidad de dos a cinco años de prisión por incurrir en el delito de falso testimonio, regulado en el Art. 305 Pn.

3.2 Legislación nacional sobre violación

En la Constitución de la República se encuentra el artículo dos que estipula “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

En este artículo citado anteriormente se encuentran, las garantías de las cuales una persona es objeto por parte del Estado y los derechos a la integridad física y moral, por lo tanto nadie puede irrespetar ese derecho pues el delito de violación lo quebranta al dañar la integridad física y moral de una persona, pues la parte moral de la víctima sufre quedando dañada

emocionalmente por el ultraje recibido, luego se encuentra otro derecho fundamental cuando establece que toda persona tiene derecho a la libertad, derecho fundamental en doble sentido que además de ser parte inherente de una persona, constitucionalmente se ampara, se protege la libertad no solo ambulatoria en su significado más común y sino también en cuanto a su significado como libertad sexual de una persona que se opone a la realización de actos sexuales con otra persona, aun cuando lo que está haciendo es ejercer su derecho de libre voluntad de elegir con quien no tener sexo o con quien si tenerlo sin ninguna coacción hacia la persona con la cual desea y acepta tener una relación sexual consentida. En el segundo inciso se garantiza el derecho al honor y aunque el delito de violación en la legislación actual ya no se tipifica como delitos en contra del honor como antiguamente si se tipificaba, pero si se atenta contra el honor de una persona en el sentido de irrespeto a su dignidad que disfruta como persona que es, será penalizado también el delito de violación porque en este mismo segundo inciso del Art. 2 Cn. También se establece que se garantiza el derecho a la intimidad personal y el delito contra la libertad sexual irrumpe en la intimidad de una persona y al verse quebrantado ese derecho, el juzgador ha estipulado una penalización por dicho quebrantamiento.⁴⁹

Luego en el Art. 4 Cn. “Toda persona es libre en la República... Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe su dignidad, primero cuando el artículo establece que toda persona es libre en la Republica ya se establece una protección de parte de la Constitución de la República, pudiendo ir y venir a cualquier parte de la república como ciudadanos, pero a una víctima del delito de violación se le ha irrespetado tal derecho porque durante el tiempo que se comete o ejecuta el acto de

⁴⁹ Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la integridad sexual, (Ed.Rubinzal-Culzoni, Talcahuano, Buenos Aires, Argentina) 82.

violación sexual la persona ha sido obligada a estar en un lugar donde no desea estar y a que se cometa un ilícito en su persona que además la víctima no está consintiendo. El Art. 8 Cn. Que especifica que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, y en este caso en particular la ley no prohíbe que una víctima de violación pueda ser un testigo testimonial; El Art.10 Cn. Establece “La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad, y es en este sentido, que aunque no esté regulado legalmente la prostitución como actividad laboral, ni el cliente que ya ha pagado un servicio sexual puede obligar a una prostituta a concluir el trato que se supone esta ya determinado solamente por el hecho de ser una prostituta y el cliente un usuario más, la libertad sexual de una prostituta le es inherente y si a último momento se niega a consentir un acto sexual con determinada persona está ejerciendo su libertad sexual y esta no puede ser obligada a realizarlo solamente por el hecho de ser una sexo-servidora.⁵⁰

En cuanto al Código Penal en Libro segundo denominado Parte Especial de los Delitos y sus Penas, Título IV Delitos contra la libertad sexual, capítulo I de la violación y otras agresiones sexuales, el legislador ha considerado a bien reunir los delitos con una misma naturaleza en un solo capítulo a efecto de que todas las circunstancias que lo determinan fundamentalmente como son la violencia, quebrantamiento de la voluntad y el consentimiento, para no respetar la libertad sexual de la víctima con el único objetivo de tener un acceso carnal, sean tipificados y explicados por lo que la legislación comienza con el Art.158 Pn. Violación detallando de forma sencilla pero especifica en que consiste la violación define la sanción que se aplicará, al que realice el injusto penal descrito siendo así que la pena consiste en

⁵⁰ Ibíd, 72.

sancionar con prisión de seis a diez años al sujeto activo de este injusto penal, y el Art. 162 Pn. agrava el delito de violación en función de relaciones especiales del victimario hacia la víctima todos los delitos serán sancionados con la pena máxima que les corresponda y se aumentará con una tercera parte, cuando fueren ejecutados por una persona que ostente algunas de las calidades descritas en uno de los siete numerales del Art. 162 Pn.

La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres que es una ley especializada en cuanto a la protección de las mujeres exclusivamente tiene aplicación en el presente sub tema por ser la mujer un porcentaje muy alto de las víctimas de violación, en su considerando romanos II retoma que habiendo ratificado El Salvador la Convención Belem Do Para en la que se estableció que los Estados parte “incluirán en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas; así como, las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” así como el romano III que establece que la ley debe contar con una legislación que regule de manera adecuada la política de detección, prevención, atención, protección, reparación y sanción, para la erradicación de todas las formas de violencia contra las mujeres y el respeto de sus derechos humanos como una obligación del Estado, lo cual incluye erradicación de la las violaciones a la libertad sexual de las mujeres y en el Art. 2 titulado derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el numeral 1 establece que las mujeres tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral, términos que se refieren a los delitos de violación entre otros, el numeral 3 establece derecho a la libertad y a la seguridad personal, lo que implica para el Estado brindar esa seguridad a toda mujer del Estado salvadoreño, y el numeral 4 establece que la mujer tiene derecho a no ser sometida a tortura o tratos humillantes; siendo el delito de violación un hecho humillante para la mujer por su naturaleza

violenta y sometimiento a actos que no son de su voluntad; el Art. 7 en su literal “b” establece hasta el tipo de modalidad de violencia en las relaciones de confianza como son: las que se basan en los supuestos de lealtad, credibilidad, honestidad y seguridad que se establecen entre dos o más personas, esto es para definir los abusos que muchas veces las mujeres en trabajos domésticos son abusadas con el condicionamiento de mantener su trabajo, ya que suelen ser la única fuente de ingresos en su hogar, y tal condicionamiento representa un verdadero problema a superar porque se quedaran sin sustento o ingresos en su familia. Por otra parte el Art. 8 de la misma ley contiene definiciones y la del literal “e” persona agresora la contempla así: Quien ejerce cualquiera de los tipos de violencia contra las mujeres, en una relación desigual de poder y en cualquiera de sus modalidades, y una relación violenta encaminada al acceso carnal es una relación desigual de poder, porque se está aprovechando de una situación que pone en desventaja a la mujer, y la primera suele ser la soledad, el literal “k” define la violencia contra las mujeres: es cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado, expresa literalmente que cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer y todos estos daños son los efecto de una violación sexual y el literal “L” define a la víctima directa: se refiere a toda mujer a quien se le vulnere el derecho a vivir libre de violencia, independientemente de que se denuncie, individualice, aprehenda, enjuicie o condene a la persona agresora, este literal concede la calidad de víctima al sujeto pasivo de una violación aún bajo las circunstancias negativas de que tal hecho no haya sido denunciado, lo cual es lógico que pueda suceder dado la magnitud de la violencia física ejercida por parte del sujeto activo de la comisión del delito de violación y el art. 9 establece los tipo de violencia y en su literal “c” determina lo que considera violencia física de esta forma: es toda conducta que directa o indirectamente,

está dirigida a ocasionar daño o sufrimiento físico contra la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien este o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Asimismo, tendrán la consideración de actos de violencia física contra la mujer, los ejercidos por la persona agresora en su entorno familiar, social o laboral. Esta definición contempla cualquier acto violento contra la mujer dado la cultura machista de que gozan los países como El Salvador y en el literal “f” define consignan una definición de violencia sexual: Es toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual, comprendida en ésta no sólo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, con independencia de que la persona agresora guarde o no relación conyugal, de pareja, social, laboral, afectiva o de parentesco con la mujer víctima, este artículo enfoca de forma especial la violación a la libertad sexual que es el bien jurídico protegido por el legislador además de comprender toda forma de contacto sexual y finalmente el art. 57 literal “m” establece una garantía extendida por el Estado y es que la mujer preste testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; así como a utilizar la figura del anticipo de prueba, esto con la finalidad exclusiva que la mujer se sienta segura y protegida por el Estado que es el garante de los derechos fundamentales de cada ciudadano.

3.3 Legislación nacional sobre la prueba

La Constitución de la Republica determina su interés y determinación por la prueba porque establece en su Art. 1 que el Estado está organizado para la consecución de la seguridad jurídica y por tanto inevitablemente para ser aplicada la seguridad jurídica se deberá utilizar prueba como medio que establezca la verdad de un hecho y luego en el Art. 12 Cn. Que determina la

presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público.

El Código de Familia en el Art. 146 establece que cuando se trate de un reconocimiento de paternidad provocado el juez podrá ordenar las pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre, esto con la finalidad única de que la paternidad quede legalmente establecida y con prueba científica irrefutable.

Ley Procesal de Familia en el Art. 119 se establece la utilización de prueba para mejor proveer que faculta al juzgador para que pueda ordenar en la audiencia de sentencia la recepción de las pruebas que considere necesarias.

Ley Contra la Violencia Intrafamiliar Art. 29 Señalamiento de audiencia dice cuando se dé el caso de un proceso por violencia intrafamiliar y él o la denunciada no se allanaren a los hechos que requieren prueba el juzgador señalará audiencia para recibirla; el Art. 30 Audiencia Pública, establece que se recibirán las declaraciones de los testigos como prueba del proceso y el Art. 31 titulado Sentencia, producidas las pruebas ofrecidas en la misma y en la misma audiencia dictará su fallo el juzgador.

El Código Civil en el Título XXI de la Prueba de las Obligaciones en el Art. 1569 establece que se deben probar las obligaciones o su extinción al que las alegue incluyendo la prueba testimonial.

Código de Procesal Civil y Mercantil Arts. 20 Esta disposición establece la supletoriedad para las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil para que se puedan aplicar la normativa en materia de procesos de

este Código Procesal Civil y Mercantil en procesos que no tengan determinado un procedimiento específico; el Art. 216 CPCM queda determinado que todas las resoluciones serán debidamente motivadas bajo la apreciación y valoración de las pruebas, razonamiento fácticos y jurídicos; el Art. 217 entre varios requisitos la sentencia deberá referirse también a las pruebas propuestas y practicadas a efecto de emitir un fallo; del Código Procesal Civil y Mercantil Capítulo Cuarto Medios Probatorios, Sección Tercera Interrogatorio de Testigos Art. 355 Capacidad del testigo, determina que cualquier persona podrá ser testigo y a la vez explica las excepciones que se pueden aplicar los que estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de la prueba.⁵¹ El Art. 416 dice que la Sentencia será dictada a los quince días siguientes a la finalización de la audiencia de prueba.

Código Procesal Penal

El Art. 4 Pr.Pn. Titulado Imparcialidad e independencia judicial, establece que los juzgadores para su fallo se fundamentarán en las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado, valorando las pruebas de cargo y de descargo; Art. 5 Pr.Pn. Será la Fiscalía General de la República la que dirigirá la investigación del delito y promover la acción penal y de manera exclusiva en los casos de los delitos de acción penal pública; Art. 11 Pr.Pn. Establece el acceso de la víctima del delito a la administración de justicia, por tanto avala el testimonio de la víctima en el proceso; el Art. 12 Pr.Pn. Es un avance de la legislación en el país pues establece la igualdad entre las partes lo que da importancia y toma en cuenta a la víctima en el proceso penal; el Art. 93 Inc. 2° Pr.Pn. La prueba obtenida con engaño no será legal

⁵¹ Saúl Ernesto Morales, El Ofrecimiento y valoración de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, (Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2016) 202.

en el proceso; el Art. 106 No.8 Pr.Pn. Oportunidad procesal mediante la cual puede ofrecer prueba personalmente y por tanto una víctima testigo es idóneo su ofrecimiento; el Art. 108 No. 3 Pr.Pn. Permite al querellante proporcionar indicaciones de las diligencias útiles para la averiguación de los hechos o la identificación de las pruebas que pueda ofrecer; el Art. 144 Pr.Pn. Establece que la fundamentación de las sentencias por parte del juzgador incluirán expresar las razones de la admisión o no de las pruebas; el Art. 174 Pr.Pn. Determina la finalidad de la prueba, porque mediante las pruebas se llegara al conocimiento del juzgador los hechos y circunstancias objeto del juicio; el Art. 175 Pr.Pn. Determina literalmente que la prueba solo tendrán valor si han sido obtenidas por un medio lícito e incorporadas al procedimiento conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal; el Art.176 Pr.Pn. Define la libertad probatoria y también incorpora una oportunidad de extender esa libertad que tiene que ser reglada, no es una libertad en su sentido total, sino reglamentada por el mismo cuerpo legal; El Art. 177 Pr.Pn. Titulado "Pertinencia y utilidad de la prueba" la cual establece que la prueba sea útil al referirse al hecho controvertido y pueda generar una convicción en el juzgador de inocencia o de culpabilidad y la pertinencia que se refiera de forma directa o indirecta a los hechos y circunstancias objeto del juicio; El último artículo de este capítulo I es la valoración de la prueba Art. 179 Pr.Pn. Estipulando que la prueba será valorada en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica; Posteriormente el Capítulo II actos urgentes de comprobación, sección primera, inspección en el lugar del hecho, Inspección Art. 180 Pr.Pn. Faculta a la Policía Nacional Civil para que inspeccione y busque señales o pruebas materiales de la comisión del delito denunciado; el Art. 181 Pr.Pn. Que establece las facultades coercitivas para asegurar la eficacia de la investigación de las inspecciones y reconstrucción se podrán ordenar operaciones técnicas y científicas, detalladas en el Art.186 Pr.Pn Que dependiendo de la denuncia interpuesta

en este tipo de delitos se puede ordenar la realización de exámenes de ADN que involucren al imputado a la base del Art. 187 Pr.Pn. O los que estimen pertinentes los investigadores; el Art. 200 Pr.Pn. Titulado Intervenciones corporales tiene como finalidad obtener pruebas científicas que fundamenten la acusación; el Art. Art. 202 Pr.Pn. Establece que toda persona es apta para ser testigo, salvo disposiciones en contrario;⁵² el Art. 203 Pr.Pn. Establece la obligación que tiene todo testigo que es llamado judicialmente para declarar en el proceso con la obligación de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado; el Art. 204 Pr.Pn. Concede un privilegio de origen constitucional de no declarar en contra de quien está unido por un vínculo familiar, que busca únicamente proteger las relaciones familiares, pero también en el segundo inciso le faculta para que pueda renunciar a ese privilegio de forma expresa cuando el testigo sea el denunciante, querellante por ser víctima o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo; el Art. 209 Pr.Pn. Titulado forma de declaración es la instrucción que el juzgador hace a los testigos antes de dar su testimonio, para advertirles sobre lo que significa el falso testimonio y sus consecuencias legales; el Art. 305 Pr.Pn. Anticipo de prueba testimonial, faculta para que en cualquier momento del proceso las partes podrá pedir al juzgador un anticipo de prueba para lo cual establece cinco numerales con causas definidas al efecto de aplicar el anticipo; el Art. 311 Pr.Pn. Esta disposición legal está relacionada con la legalidad de la prueba en el Art. 175 Pr.Pn. Porque estipula que sólo los medios de prueba reconocidos en este cuerpo legal tendrán valor para probar los hechos en el juicio; el Art. 356 Pr.Pn. Establece los requisitos de la acusación y determina que se tiene que ofrecer prueba no solamente denunciar si no ofrecer prueba e incorporar en la acusación fiscal el monto de la reparación civil de los daños los cuales estarán sujetos a

⁵² *Ibíd*,202.

las exigencias de las pruebas; el Art. 358 No.12 Pr.Pn. Facultades y deberes de las partes son ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar; el Art. 359 Pr.Pn. Ofrecimiento de prueba disposición que especifica que toda clase de prueba será ofrecida con indicación de los hecho o circunstancias que se pretenden probar, por supuesto sujeto al examen de admisión del juzgador; el Art. 362 No. 10 Pr.Pn. Posterior al ofrecimiento de prueba el juzgador resolverá si admite o rechaza la prueba ofrecida para la vista pública y le concede el privilegio de poder ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible esto viene a fortalecer la aplicación de justicia; el Art. 371 Pr.Pn. Define que la audiencia de Vista Pública será oral para el imputado y las demás personas que participan en ella comprendiendo por supuesto a la víctima testigo en el proceso; el Art. 372 No. 2 Pr.Pn. Solo en el caso de testimonios que se hallan recibido en calidad de prueba anticipada según lo delicado y las circunstancias establecidas en el caso, serán incorporadas mediante lectura; El Art. 377 Pr.Pn. Esta disposición faculta al juzgador para que se pueda realizar de forma excepcional la toma de declaración de una de las partes que no puede concurrir a la audiencia por uno de los jueces del tribunal o por la forma de comisionar a otro juzgador para que la realice pero garantizando la participación de todas las partes en el proceso; el Art. 378 Pr.Pn. El juzgador será el que presida y dirija la audiencia recibirá los juramentos y declaraciones lo cual permite aplicar el principio de inmediación del juzgador en el testimonio vertido en la audiencia; el Art. 390 Pr.Pn. Prueba para mejor proveer, faculta al juzgador para que de oficio ordene la recepción de cualquier prueba en el desarrollo de la Audiencia de Vista Pública si se suscitaren nuevos hechos que se necesitan aclarar; el Art. 393 Pr.Pn. Esta disposición está relacionada con el artículo anterior pues establece que si mientras deliberan los juzgadores estiman absolutamente necesario recibir otras pruebas respecto de hechos nuevos, lo que generará una

reaperturarán de la audiencia; el Art. 394 Pr.Pn. Esta disposición define la forma en que los juzgadores emiten sus fallos y es en base a la apreciación de la prueba de un modo integral y aplicando las reglas de la sana crítica⁵³ en todo lo relativo a la existencia del delito y la culpabilidad, este artículo se relaciona con el Art. 177 Pr.Pn. Define la pertinencia y utilidad de la prueba; el Art. 399 Inc. 3° Pr.Pn. En la sentencia cuando la acción civil ha sido ejercida se contemplará en la sentencia condenatoria conforme a la prueba producida y cuando los montos no puedan ser certeramente definidos la responsabilidad civil se declarará en abstracto para que pueda ser ejercida en juzgados de competencia civil; el Art. 475 Pr.Pn. Establece que cuando la sentencia sea sometida al recurso de Apelación el tribunal de alzada examinará la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de la prueba como de la aplicación del derecho, la prueba será uno de los puntos a ser valorado nuevamente.

3.4 Artículos sobre la prueba testimonial

El Art. 202 Pr.Pn. Capacidad del Testigo, estipula que toda persona es apta para ser testigo siempre que tenga la capacidad de recordar los hechos y poderlos traer al momento de la audiencia y capacidad de poder transmitir dichos conocimientos de forma comprensible y entendible dicha capacidad puede estar limitada con la segunda parte de este artículo al definir salvo disposición legal en contrario, porque la aptitud de una persona debe ser probada cuando se alega lo contrario, dicha incapacidad la especifica el Art. 355 CPCM de forma explícita al nombrar los que estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de la prueba; el Art. 203 Pr.Pn. Estipula la obligación de testificar, ordena dos obligaciones para todo testigo, la primera es que

⁵³ Ibíd,315.

debe asistir al llamamiento judicial y segundo declarar la verdad de lo que sabe sobre los hechos investigados, excepto los que establece la ley; el Art. 204 Pr.Pn. Contiene la facultad de abstención de testificar a efecto de mantener la unidad familiar esta disposición legal concede este derecho a las personas mencionadas en dicho artículo para darle correlación al privilegio constitucional del Art. 32 inciso primero Cn. Que la familia es la base fundamental de la sociedad, aunque en el inciso segundo del Art. 204 Pr.Pn. Por tratarse de una facultad la persona puede renunciar a ella de forma expresa cuando el bienestar de un familiar tenga prioridad sobre las relaciones familiares; el Art. 205 Pr.Pn. Deber de abstención, determina este artículo que no podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, por la calidad de personas que son ya que les depositaron su confianza pensando en la confidencialidad del cargo que ejercen pudiendo declarar solo si la persona que origino la información lo autoriza de forma expresa libre consciente y voluntaria;⁵⁴ el Art. 206 Pr.Pn. Derecho de abstención de declarar, en él se ampara al periodista aunque no lo sea de profesión sino que solo lo ejerza aunque si el periodista lo desea puede declarar la información sin autorización pero no la fuente por motivos de ética profesional; el Art. 207 Pr.Pn. Establece que cuando el que va a testificar sea residentes fuera de la ciudad de la cual el tribunal tiene su sede no será limitante tomar la declaración del testigo pues el juzgador recurrirá a encomendar la declaración a la autoridad judicial de la residencia del testigo a excepción que el juez valore la gravedad del hecho y la importancia del testimonio y lo haga comparecer para lo cual autorizará los gastos y viáticos pudiendo hasta anticiparlos; el Art. 208 Pr.Pn. Establece que el apersonamiento anticipado se ejercerá si es el caso que se tenga temor fundamentado de que el testigo se oculte o ausente se ordenara que sea presentado en la sede judicial por

⁵⁴ *Ibíd*,235.

medio de la fuerza pública y realice su testimonio, esta restricción no puede durar más de veinticuatro horas; el Art. 209 Pr.Pn. Estipula que el juzgador instruirá al testigo en cuanto a la pena que se puede imponer cuando se vierta un falso testimonio para lo cual les serán leídos los artículos relativos del Código Penal y prestaran juramento o promesa de decir verdad, si no se les instruye se podrá alegar nulidad del testimonio, el juzgador solicitara las generales del testigo e indicara la forma en que intervendrán las partes en la audiencia; el Art. 210 Pr.Pn. Establece que son las objeciones como facultad que tienen las partes de interponer objeciones a las preguntas formuladas por la parte contraria durante el interrogatorio de testigos, quien no las hiciere en su momento se tendrá por entendido que ha renunciado a ese derecho, en el interrogatorio directo y en el contrainterrogatorio las objeciones pueden ser continuas, se podrá objetar el comportamiento conducta o lenguaje no verbalizado; el Art. 211 Pr.Pn. Determina que la resolución ante una objeción será inmediata para lo cual el juzgador indicara al interrogador que se reformule la pregunta; el Art. 212 Pr.Pn. Establece las facultades de las partes en el interrogatorio, el juzgador autorizara al testigo que pueda consultar documentos, notas escritas o publicaciones cuando la naturaleza de la pregunta lo amerite, aunque eso no signifique que tales documentos puedan incorporarse como prueba, si el testigo consulta un documento la parte contraria podrá examinarlo y explicar la totalidad del texto consultado para efecto de evaluar el contexto de la información aportada; el Art. 214 Pr.Pn. Establece un trato especial a los presidentes de los tres órganos del Estado serán interrogados en sus oficinas si por razones de fuerza mayor por las funciones que desempeñan no pueden presentarse a declarar, no están obligados a comparecer y pueden declarar por medio de informe escrito, bajo juramento, los representantes diplomáticos o consulares acreditados en el país; el Art. 215 Pr.Pn. Declaración de agentes, funcionarios y empleados encubiertos, se pueden amparar al régimen de protección con autorización

del fiscal; el Art. 216 Pr.Pn. Interrogatorio de personas físicamente impedidas, se les podrá interrogar en su residencia o lugar donde se encuentren; el Art. 217 Pr.Pn. Incomparecencia del testigo citado oportunamente será conducido por medio de la seguridad pública, pero si se tiene información fidedigna de autoridades competentes que resulta imposible localizarlo, el juzgador prescindirá de dicha prueba y continuará con la audiencia; el Art. 218 Pr.Pn. Establece si el testigo que ha comparecido por apremio se niega a declarar el juzgador procederá después de agotar los medios técnicos para la obtención de sus conocimientos que contienen los arts. 209 y 212 Pr. Pn. Procederá el juzgador abiertamente a la advertencia de la responsabilidad penal en la que estaría incurriendo que está contenida en el Art. 305 C.Pn. sobre el falso testimonio; el Art. 219 Pr.Pn. Falso Testimonio, este artículo tiene como finalidad proteger el bien jurídico constituido por el buen funcionamiento de la administración de justicia; el Art. 220 Pr.Pn. Declaraciones de testigos de referencia, es un testimonio excepcional que tiene como finalidad robustecer las pruebas que se vertieron en el proceso, para corroborar la versión del testimonio principal en lo que sea conveniente; el Art. 221 Pr.Pn. Admisión excepcional del testimonio de referencia para lo que contiene cuatro numerales de casos específicos están reglados para poder admitirse el testimonio de referencia; El Art. 222 Pr.Pn. Testigo disponible, aun cuando el testigo principal de los hechos esté disponible de forma excepcional se puede recibir prueba de referencia con las reglas establecidas en el presente artículo; el Art. 223 Pr.Pn. Requisitos del testigo de referencia, si no es realizado de acuerdo a los presupuestos indicados en los artículos anteriores se efectuará bajo pena de inadmisibilidad; el Art. 224 Pr.Pn. Prueba de carácter o conducta, es en esencia una regla de exclusión de pruebas que es recibida de forma excepcional cuando tenga como finalidad impugnar la credibilidad de una persona; El Art. 225 Pr.Pn. Prueba de hábito o costumbre también es una

prueba de exclusión de prueba teniendo como finalidad probar una conducta específica de una persona por lo que actuó conforme al hábito o a la costumbre, el hábito de la persona es mucho más confiable que la prueba de carácter pues su constancia o regularidad son más factibles de ser probadas en juicio por ser patrones uniformes y reiterados de una persona.

3.5 Artículos de declaraciones y convenciones internacionales que avalan el derecho de la víctima a declarar en contra de su agresor

3.5.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

El Art. 1 de dicha declaración establece que todos nacen iguales en derechos y por tanto, la víctima del delito de violación tiene derecho a verter su testimonio así como el derecho que tendrá el imputado de rendir su versión; la igualdad se reafirma en el Art. 7 del mismo cuerpo legal al determinar que todas las personas son iguales ante la ley y se tiene sin distinción derecho a igual protección de la ley; en el Art. 8 se establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales y Art. 10 determina que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial.

3.5.2 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

En el Art. 2 de este cuerpo legal se define lo que es una víctima independientemente de que el victimario sea procesado, se considera víctima con arreglo a la presente Declaración aun no importando la relación familiar entre el sujeto activo y la víctima; en el Art. 4 de la misma Declaración se establece que las víctimas tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia lo que implica utilizar el mecanismo de prueba testimonial que recoge la legislación nacional; el Art. 6 define que se tendrá

que facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y en el caso del testimonio de la víctima contra su agresor los juzgadores en busca del bienestar superior de la víctima toman el testimonio procurando el aislamiento visual entre el victimario y la víctima, en el literal “c” del presente artículo se estipula que se prestara asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial, esto implica la seguridad que proporciona el juzgador a efecto de mantenerla segura y aislada de la otra parte en el proceso asimismo se le da cumplimiento al literal “d” que se debe proteger la intimidad de la víctima.

3.5.3 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem Do Para”

El Art. 4 de esta Convención establece que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos entre estos derechos se determina en el literal “f” el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; el Art. 7 en su literal “c” especifica que se incluirá en la legislación interna de los Estados Partes normas penales para entre otras cosas sancionar la violencia contra la mujer y el literal “f” y establecer procedimientos legales con medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

3.5.4 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

El Art. 2 de esta Convención en el literal “c” establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar la protección efectiva de la mujer ante los tribunales nacionales; El Art. 15 establece que los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley, igualdad que se refleja en los procesos

judiciales cuando la mujer puede deponer su testimonio como víctima del imputado.

3.5.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

En el Art. 1 esta Convención establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías para determinar sus derechos.

3.5.6 Convención del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

En el preámbulo de esta Convención se establece que por derecho y por hechos se debe reconocer la igualdad entre mujeres y hombres porque es un elemento esencial para la prevención de la violencia contra las mujeres; el Art. 56 numeral 1 establece que se tomarán medidas para proteger los derechos e intereses de las víctimas, cuando actúen en calidad de testigos, en todas las fases de la investigación y procedimientos judiciales; en el literal “b” de este mismo artículo se determina que se velará por que las víctimas sean informadas cuando pudiera estar en peligro por la evasión o salga en libertad el victimario; en el literal “d” establece que se dará a las víctimas la posibilidad de ser oídas, de presentar elementos de prueba directamente o a través de un intermediario para que puedan ser examinados; en el literal “f” se establece que se protegerá la vida privada y la imagen de la víctima; el literal “g” establece que se evitará siempre que sea posible el contacto entre las víctimas y el agresor o agresores en las sedes judiciales; el literal “h” establece que se proporcionarán intérpretes cuando las víctimas sean parte en el proceso o cuando aporten elementos de prueba; el literal “i” permitirán a las víctimas declarar ante el tribunal, lo que les hará efectiva la igualdad

procesal ante el agresor; y el Art. 57 establece que los Estados Partes velarán porque las víctimas tengan derecho a asistencia jurídica y ayuda legal gratuita.

3.6 Legislación internacional de España-Costa Rica y Colombia sobre el delito de violación y de la prueba

3.6.1 Legislación del Reino de España sobre el delito de violación

En la legislación Española el Código Penal tiene el Título VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Capítulo I De las agresiones sexuales y en el Art. 179 define la violación como un delito, aparece que en el Título VIII contempla de forma más amplia los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, por lo que en este capítulo se legislara sobre la libertad sexual de la que gozan los adultos como también protegerá la futura libertad sexual que temporalmente no poseen algunas personas.⁵⁵ En el Art. 178 expone la forma en que se tomara en cuenta la conducta antisocial para que configure un delito al establecer el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, lo define desde el atentado hacia la libertad sexual, estipulando el requisito que una persona utilice violencia o intimidación esto puede llegar a configurar agresión sexual y luego en el Art. 179 define que cuando la agresión sexual consistiere en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable tendrá un castigo como reo de violación, y en el Art. 180 establece las agravantes de que es objeto la comisión de los delitos de agresiones sexuales y de violación, como cuando los hechos sean cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas; cuando la víctima sea sumamente vulnerable por razón de su edad, enfermedad,

⁵⁵ Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la integridad sexual, (Ed.Rubinzal-Culzoni, Talcahuano, Buenos Aires, Argentina) 58.

discapacidad o situación; cuando para ejecutar el acto el sujeto activo se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción, o afines con la víctima; Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de la lesiones previstas en los artículos 140 y 150 del Código Penal del Reino España, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas y si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias.

3.6.2 Legislación de la República de Costa Rica sobre el delito de violación

En el caso del Código Penal de Costa Rica, se encuentra contenido lo relativo al delito de violación en el Título III Delitos sexuales, Sección I Violación, Estupro y abuso Deshonesto, Artículo 156 Violación tipificada así: el que se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, esta tipificación es amplia y contempla factores como la figura de quien se haga acceder y a la vez determina que esto sea realizado con una persona de uno u otro sexo, haciendo una protección sobre la libertad sexual de la persona en muchos variantes que pueden sucederse en un hecho de esta naturaleza y que no los está reglando exactamente cuáles deben de ser y posteriormente incorporaron una reforma el 18 de julio de 2017 en el sentido de incluir otras figuras delictivas como son introducción a la victima de uno o varios dedos, objetos o animales, por vía vaginal o anal o en obligarla a que se los introduzca ella misma, entre las agravantes que el legislador de la República de Costa Rica incorpora que el autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia, nuevamente no especifica ni plasma calidades ni estados civiles sino que solamente determina que sea una

relación análoga de convivencia, esto permite al juzgador valorar qué tipo de relación tiene la pareja para comprenderla en la legislación estipulada al respecto; que el autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, esta agravante es importante dado la naturaleza del delito en mención pues suelen suceder en un alto porcentaje por personas conocidas o familiares de la víctima generalmente; que el autor sea tío, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, estas calidades de lazos familiares pretenden cubrir los parentescos necesarios que suelen concurrir en la familia tradicional; cuando el autor sea tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima, para el caso de la proximidad se aproveche y abuse de la libertad sexual de la víctima; se produzca un grave daño en la salud de la víctima, como pueden ser las secuelas del evento violento y denigrante a que ha sido sometida durante el cometimiento del delito de violación; se produzca embarazo, situación que puede llegar a suceder dada la naturaleza del delito cometido y en el cual es sumamente difícil que la víctima se proteja para evitar un embarazo; la conducta se cometa con el concurso de una o más personas, esto para aquellos delitos que han sido cometidos de manera grupal y finalmente cuando el autor realice la conducta prevaleciéndose de una relación de poder resultante del ejercicio de su cargo y esta sea realizada por ministros religiosos, guías espirituales, miembros de la fuerza pública o miembros de los Supremos Poderes.

3.6.3 Legislación de la República de Colombia sobre el delito de violación

Y finalmente en la legislación de la República de Colombia se tipifica así: están comprendidos en el Título IV Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, capítulo I de la Violación, Artículo 205 acceso carnal

violento “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia”, definición muy escueta pero amplia en relación al contenido de lo que significa acceso carnal, mencionando al sujeto pasivo solamente como persona dando importancia que debe ser realizado mediante violencia, y como agravante estipula en el Art. 207 del mismo cuerpo legal que: El acceso carnal con persona a la cual se ha puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento,⁵⁶ será sancionado con una pena prisión de doce a veinte años, esto está contemplado en el Art. 207 del Código Penal de la República de Colombia no está contemplado como una agravante si no que es un artículo específico para dicha figura en correlación con el delito de violación; en el Art. 210 del Código Penal de Colombia se titula acceso carnal o acto sexual abusivo, el cual tipifica la conducta delictiva cuando el acceso carnal se ejecute en persona en estado de inconciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en pena de prisión de doce a veinte años; En el Art. 211 del Código Penal de Colombia se enumeran las circunstancias que agravan el delito de violación especificando que la penalidad se aumentará de una tercera parte a la mitad de la pena estipulada anteriormente; en el Art. 212 del mismo cuerpo legal se contempla una definición de acceso carnal y en el Art. 212 - A se define violencia para efectos de valorar la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

⁵⁶ Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la integridad sexual, (Ed.Rubinzal-Culzoni, Talcahuano, Buenos Aires Argentina) 74.

3.6.4 Legislación del Reino de España sobre la prueba

En cuanto a la prueba en la legislación española el Art. 120 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España establece que la incomparecencia de la persona designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el defensor presente; el Art. 147 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España establece las obligaciones de los ponentes y entre estas se encuentra la que dice que examinarán todo lo referente a las pruebas que se propongan e informarán al Tribunal acerca de su procedencia o improcedencia, para efectos de tener conocimiento ambas partes de la prueba propuesta, además de recibir las declaraciones de los testigos y practicar cualquier diligencia de prueba, y cuando según la ley no deban o puedan practicarse ante el Tribunal que las ordena, o se hagan fuera del pueblo en que éste se halle constituido y no se dé comisión a los Jueces de Instrucción o Municipales para que las practiquen; y según el Art. 231 del mismo cuerpo de ley, se podrá presentar antes del día de la vista pública, los documentos que tuvieren por conveniente en justificación de sus pretensiones, no será admisible otro medio de prueba; para efectos de averiguar los delitos públicos que se cometan en cada territorio y realizar las diligencias necesarias y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere en peligro poniéndolas a disposición de la autoridad judicial, está constituida la Policía Judicial según el Art. 282 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España; de todo lo actuado la Policía Judicial extenderán ya sea en papel sellado, o bien en papel común un documento oficial (atestado) de las diligencias que practicaron, especificando con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, incluyendo las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser

prueba o indicio del delito según lo establece el Art. 292 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España; en el Art. 326 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España, se determina que cuando el delito haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y guarden para el juicio oral si fuere posible y realizarán la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho; y para los testigos también deberán ser instruidos acerca del falso testimonio en causa criminal antes de su declaración según el Art. 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España, el juramento que prestarán será en nombre de Dios con arreglo a su religión en base al Art. 434 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España.

El Art. 714 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones del testigo que no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrán las partes pedir su lectura, y después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe así se garantiza el derecho de la defensa a someterla a contradicción; según el Art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España también podrán leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral y si es el caso que el testigo no hubiere comparecido por imposibilidad y el Tribunal considere de importancia su declaración para el éxito del juicio dándole aplicación al principio de inmediación, que exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba; según el Art. Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España, el juzgador designará quien se constituya en la residencia del testigo para que pueda hacerle las preguntas

oportunas y en el Art. 719 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España establece que le es imposible concurrir a la sesión por no residir en el lugar donde se celebra, el Secretario Judicial libraré exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente del lugar donde se encontrará;⁵⁷ todo lo anterior garantiza el ejercicio del principio de contradicción en el desarrollo de la audiencia, la jurisprudencia española asegura que únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, teniendo sus excepciones por supuesto pero de forma reglada, y como excepción al principio de inmediación se hace aceptación del derecho comparado y toman en cuenta las nuevas técnicas audiovisuales como medio para poder aportar pruebas válidas al proceso penal, en especial cuando la calidad del testigo lo amerita como puede ser también para evitar que se estigmatice a la víctima, al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, ante tal intensidad de efectos negativos producidos se podría prevenir en los delitos contra la libertad sexual según algunos juzgadores; y el Art. 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España establece la forma en que el juzgador apreciará las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo expresado por los procesados, según la conciencia del Tribunal, en España se conoce como libre arbitrio del juzgador basado en el sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual es el principio de libre valoración de la prueba el juzgador debe apreciar las percepciones durante el juicio según las reglas del criterio racional es decir según las reglas de la lógica y el principio de no contradicción y los principios generales de la experiencia, la doctrina

⁵⁷ Saúl Ernesto Morales, El ofrecimiento y valoración de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, (Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, San Salvador, El Salvador, 2016) 238.

española se pronuncia porque en el procedimiento probatorio se ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, dependiendo la correcta valoración del juzgador primero de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones de testigos, de los peritos y acusado, según este Art. 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal del Reino de España establece que sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba en conciencia, su credibilidad, en base a las leyes de la lógica, de la experiencia y a los conocimientos científicos; también la legislación española en la Ley del Estatuto de la víctima del delito establece en el Art. 6 que como derecho de la víctima como denunciante recibirá una copia de su denuncia y tendrá asistencia lingüística gratuita, en un países multicultural es de vital importancia dicha asistencia en un proceso judicial; el Art. 7 Ley del Estatuto de la víctima del delito establece que la víctima tiene derecho a recibir información sobre la causa penal, como los acuerdos clasificatorios de nivel, cuando sea puesto en libertad el agresor y posible fuga del mismo, el Art. 11 Ley del Estatuto de la víctima del delito determina la participación activa en el proceso penal por parte de la víctima para ejercer la acción penal y la acción civil, además de aportar fuentes de prueba e información relevante para el esclarecimiento del caso; el Art. 20 Ley del Estatuto de la víctima del delito establece el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor y así las dependencias judiciales están dispuestas para evitar el contacto directo con el agresor y el juzgador pueda dar aplicación al principio de inmediación y observar a la víctima mientras realiza su testimonio además de permitir que el acusado pueda tener la oportunidad de contrainterrogar la versión que se está declarando en su contra en la audiencia o aclarar puntos que no estén lo suficientemente esclarecidos.

3.6.5 Legislación de la República de Costa Rica sobre la prueba

En cuanto a la prueba en el Código Procesal Penal de Costa Rica, se estipula en el Art. 180 que solamente corresponde al Ministerio Público el deber de procurar por sí mismo la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos para efecto de lograr la objetividad de la prueba en el proceso; el Art. 181 Código Procesal Penal de Costa Rica establece el principio de legalidad determinando que solo tendrán valor si han sido obtenidos por medio lícito e incorporados de la misma forma al proceso, de forma lícita y como dato relevante estipula que si la información obtenida mediante medios ilícitos favorece al imputado esta puede ser utilizada en el proceso; En el Art. 182 Código Procesal Penal de Costa Rica, se consigna la libertad probatoria pero de forma reglada con apego al Código del que emana para que sea legalmente obtenida e incorporada;⁵⁸ el Art. 183 Código Procesal Penal de Costa Rica define la admisibilidad de la prueba siempre que se refiera directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad; en el Art. 184 Código Procesal Penal de Costa Rica se define el sistema de valoración de la prueba, el cual es la sana crítica, basándose el juzgador en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial incorporada en el proceso; También en el Art. 204 Código Procesal Penal de Costa Rica establece que toda persona que sea requerida por un llamamiento judicial tiene la obligación de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, testimonio que será valorado con la reglas de la sana crítica; sólo en el caso que se tenga que hacer prevalecer el interés superior del testigo, su testimonio puede ser realizado bajo circunstancias especiales que sean necesarias para evitar el contacto con el victimario, esta excepción está reglamentada y debe ser aplicada con víctimas de abuso sexual, trata de personas o de violencia intrafamiliar según

⁵⁸ *Ibíd*, 55.

lo determinado por el Art. 212 Código Procesal Penal de Costa Rica; el Art. 233 Código Procesal Penal de Costa Rica establece que sólo en casos especiales se podrá ordenar por el Tribunal el careo en situaciones que las declaraciones hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; El Art. 234 Código Procesal Penal de Costa Rica se establece que podrán ser utilizados otros medios de prueba además de los establecidos en el Código Procesal Penal siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional y que su incorporación al proceso sea de la forma más análogas ya establecidas; El Art. 293 Código Procesal Penal de Costa Rica define en qué casos únicamente podrá operar el anticipo de prueba y luego el juzgador valorará si lo considera admisible; el Art. 304 Código Procesal Penal de Costa Rica el ofrecimiento de prueba se realizara brindando toda la identificación necesaria del mismo y con indicación de los hechos o circunstancias que sean probar; el Art. 326 Código Procesal Penal de Costa Rica define que siendo el juicio la etapa o fase decisoria del proceso se fundamentará sobre la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua; el Art. 328 Código Procesal Penal de Costa Rica establece que bajo el principio de inmediación se realizara el juicio con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes; el Art. 355 Código Procesal Penal de Costa Rica estipula que si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, de oficio o a petición de parte el Tribunal podrá ordenar prueba para mejor proveer, esto es de forma excepcional.

3.6.6 Legislación de la República de Colombia sobre la prueba

En cuanto a la prueba en el Código Procesal Penal de Colombia, se establece en el Art. 372 del Código Procesal Penal de Colombia, que las pruebas tienen por finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de la

duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado si tiene duda dictara sentencia absolutoria pero si tiene certeza la duda ya no es razonable; además en el Art. 373 del Código Procesal Penal Colombiano se estipula la libertad probatoria por cualquier medio establecido en ese mismo código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos, dicha libertad probatoria está debidamente reglada y sujeta al respeto de las garantías constitucionales sobre los derechos humanos; las pruebas deberán ser solicitadas o presentadas en la audiencia preparatoria, salvo excepciones en base al Art. 374 del mismo cuerpo legal; la práctica de dichas pruebas se realizará en el juicio oral y público; deben cumplir las pruebas con los requisitos de pertinencia y admisibilidad, publicidad en el proceso según los arts. 375, 376 y 377 del mismo cuerpo de ley, por lo que también debe practicarse los principios de contradicción e inmediación en el juicio oral y público según los arts. 378 y 379 del Código Procesal Penal de Colombia, así mismo se establece en el Art. 380 del Código Procesal Penal de Colombia que toda la prueba deberá apreciarse en conjunto pruebas y evidencia física; y para condenar se requiere que el juzgador tenga conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado según el Art. 381 del Código Procesal Penal de Colombia; toda persona está obligada a rendir, bajo juramento el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público salvo excepciones contempladas en este Código; según el Art. 404 del Código Procesal Penal de Colombia el juzgador apreciara el testimonio, tendrá en cuenta los principios técnicos científicos sobre la percepción y la memoria y especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus

respuestas y su personalidad, todo lo cual implica reglas de lógica y apreciación bajo la experiencia del juzgador.⁵⁹

3.7 Derecho comparado del delito de violación y de la prueba

3.7.1 Diferencias y semejanzas de la legislación penal de El Salvador y España

En El Salvador se contempla en el Art. 158 titulado violación el que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, esa acción de ejercer violencia para lograr el acceso carnal constituye y se define como una violación a diferencia de España que cuando el acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías haciendo referencia según el Art. 179 del Código Penal del Reino de España a las vías vaginal o anal será castigado como reo de violación el acceso carnal puede ser considerado como agresión sexual cuando es realizado por vía vaginal, anal o bucal y la agresión sexual realizada mediante violencia o intimidación.

Otra diferencia es la penalidad en El Salvador la sanción de prisión por violación es de seis a diez años y en el Reino de España es de seis a doce años y si concurre alguna de las circunstancias estipuladas en el Art. 179 del Código Penal del Reino de España que son siete circunstancias la penalidad será de doce a quince años y si concurren dos o más circunstancias de las anteriormente descritas se impondrá en su mitad superior lo que significa que un delito de violación puede llegar a contemplar una pena de veintidós años y medio como máximo.

⁵⁹ *Ibíd*,191.

En El Salvador agrava la pena que la víctima sea menor de dieciocho años, según el numeral 3) del Art. 162 Pn. En cambio en el Código Penal español solo contempla que se agravara cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, no define edad.

El Código Penal de El Salvador estipula en el numeral 6) del Art. 162 “se hiciere uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios y el Art. 180 del Código Penal del Reino de España Numeral 1) establece solamente cuando la violencia e intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y agrega en su numeral 5) la utilización de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en ese cuerpo legal.

El Art. 162 numeral 7 Pn. Detalla con el abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de trabajo, lo cual limita al juzgador para efectos de tipificar el abuso de la relación entre el sujeto activo y la víctima, en cambio el numeral 4) del Art. 180 del Código Penal español estipula cuando la ejecución del delito, el responsable se haya revalido de una relación de superioridad, lo cual permite al legislador evaluar el tipo de relación mediante la cual el sujeto activo abuso con ventaja sobre la víctima. El Código Penal en el Art. 162 numeral 4) establece como agravante cuando la violación sea cometida por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima, podría ser un tutor, la figura religiosa de un padrino o un cuidador medico en casa, en cambio en el Reino de España solamente habla el numeral 4 del Art. 180 del Código Penal del Reino de España como cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad.

Semejanzas; en ambas legislaciones se puede contemplar en las agravantes que el delito sea ejecutado por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente.

Otra agravante semejante en ambas legislaciones es cuando sea ejecutado por dos o más personas, como pudiera ser el caso de un grupo de amigos.

En sexto motivo es cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios, entendiéndose por este tipo de medios, modos o instrumentos esposas, cadenas, lazos, cintas adhesivas y en una forma animalésca en el trato u ofensiva en cuanto a palabras soeces, al referirse a lo de degradantes que se ponga a la víctima en situación de suciedad, de mal trato de violencia exagerada aun cuando ya la tenga minimizada o indefensa y lo de vejatorios que sea insultada de forma ofensiva, peyorativa hacia la dignidad de persona que posee y en el numeral 1) del Art. 180 del Código Penal del Reino de España se estipula cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Semejanzas en ambos países el verbo rector es el acceso carnal, se tiene como elementos común y que sea ejercida la violencia para lograr la ejecución del acceso carnal.

3.7.2 Diferencias y semejanzas de la legislación penal de El Salvador y Costa Rica

La primera diferencia que se encuentra es que para la legislación salvadoreña la violación se puede agravar según concurran uno de los siete

numerales que contiene el Art. 162 Pn. En cambio para la legislación costarricense se tipifica como violación calificada la que sea realizada mediante una de las ocho calidades que especifica el Art. 157 del Código Penal de Costa Rica.

Otra diferencia es la definición de violación en El Salvador violación que literalmente dice el que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona según el Art. 158 Pn. En cambio en la legislación de Costa Rica la definición dice quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal con una persona de uno u otro sexo según el Art. 156 del Código Penal de esa nación la tipificación de ellos es más amplia en cuanto a la realización del delito de violación incluyendo que la violación pueda ser ejecutada vía oral además de la acción de que se haga acceder, y especifica con otra persona de uno u otro sexo permitiendo al juzgador valorar más conductas delictuosas para la comisión de un delito.

Diferencia de especificaciones en cuanto a la redacción de la violación calificada que para nosotros es violación agravada, al referirnos al numeral 1) del Art. 162 Pn. Pues determina cuando el delito de violación sea ejecutado por ascendiente, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente en cambio en el Art. 157 numeral 1, 2 y 3 del Código Penal de Costa Rica solo tiene como diferencia que detalla como agravante cuando el autor sea tío, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.

El Art. 157 numeral 5) del Código Penal de Costa Rica contempla como violación calificada cuando se produzca un grave daño en la salud de la víctima.

El Art. 157 numeral 6) del Código Penal de Costa Rica define como violación calificada cuando se produzca un embarazo como fruto del acceso carnal.

El Art. 157 numeral 8 del Código Penal de Costa Rica en la violación calificada es más amplio en la definición de las calidades incorporadas así; agravando el delito de violación cuando sea realizado prevaleciéndose de una relación de poder resultante del ejercicio de su cargo, y esta sea realizada por ministros religiosos, guías espirituales, miembros de la Fuerza Pública o miembros de los Supremos Poderes.⁶⁰

En la legislación se agrava el delito de violación cuando la víctima sea menor de dieciocho años según el Art. 162 Numeral 3 del Código Penal de Costa Rica es delito de violación cuando la víctima sea menor de trece años.

En cuanto a las semejanzas en ambos países se considera agravar el delito de violación cuando fuere cometido por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente en Costa Rica dice en relación análoga de convivencia, es igual.

En ambos países se agrava con la participación en el hecho por autoridad pública o cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima.

En cuanto a la penalidad en El Salvador la pena es de prisión de seis a diez años y cuando se agrave será hasta de trece años cuatro meses en cambio en Costa Rica es de diez a dieciséis años y cuando sea violación agravada o calificada como ellos le llaman será de doce a dieciocho años.

⁶⁰ Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la integridad sexual, (Ed.Rubinzal-Culzoni, Talcahuano, Buenos Aires, Argentina) 74.

3.7.3 Diferencias y semejanzas de la legislación penal de El Salvador y Colombia

Una diferencia es en cuanto a la toma de testimonio cuando el testigo no reside en el lugar donde tenga su asiento el Tribunal se encomendará la declaración a la autoridad judicial de su residencia, salvo que el juez considere necesario hacer comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio según el Art. 207 Pr.Pn. En cambio en Colombia según el Art. 386 del Código Procesal Penal de ese país si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio video u otro sistema de reproducción a distancia, entonces se realizará en el lugar donde se encuentre el testigo siempre en presencia del juez y de las partes que realizaran el interrogatorio, la diferencia la hace la utilización de medios tecnológicos de comunicación como primera opción y en el país la primera opción es el juez del lugar de residencia del testigo.

Para la legislación Procesal Penal Colombiana son excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio las consignadas en el Art. 385 de dicho código, quienes pueden renunciar a ese derecho, los siguientes: abogado⁶¹ – cliente, médico – paciente, psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente, trabajador social con el entrevistado; clérigo con el feligrés; contador público con el cliente; en cambio en el Código Procesal Penal salvadoreño en el Art. 205 titulado deber de abstención, estipula que no podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad y detalla que serán los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, los profesionales y

⁶¹ Saúl Ernesto Morales, El ofrecimiento y valoración de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, (Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2016) 205.

auxiliares de las ciencias relacionadas con la salud; la diferencia se acentúa que los profesionales en Colombia son definidos cuales y en el país la legislación determina a los profesionales y auxiliares de las ciencias relacionadas con la salud, en Colombia estipulan la relación del clérigo con el feligrés y en el ordenamiento se detalla los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, lo cual extiende el deber de abstención a un grupo diferente a la iglesia católica.

En cuanto a la libertad probatoria de forma reglada y en apego al respeto a las garantías constitucionales y los derechos humanos en ambos países se legisla de igual forma.⁶²

Otra semejanza es en ambos países la finalidad de la prueba es llevar al conocimiento del juez o Tribunal los hechos y circunstancias del objeto del proceso para determinar culpabilidad o inocencia del imputado.

⁶² Ibíd, 55.

CAPITULO IV

VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA CONTRA SU AGRESOR SEGÚN JUZGADORES DEL SISTEMA JUDICIAL EN EL SALVADOR

4.1 Magistrado Segundo Vocal de la Sala de lo Penal Leonardo Ramírez Murcia de la Corte Suprema de Justicia

En una entrevista especial y exclusiva concedida por el Magistrado Leonardo Ramírez Murcia, Segundo Vocal de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en su despacho de la Sala de lo Penal, explico que en esencia la declaración de la víctima-testigo del delito de violación es fundamental en el proceso penal, no en el sentido de determinar una sentencia, sino que de ella emana mucha información que es crucial para el proceso judicial de violación que ha iniciado y que se ventila ante un juzgador del sistema judicial, una vez evaluado lo depuesto por la víctima-testigo el juzgador está en la obligación de ley, de valorar todas las pruebas aportadas en forma conjunta relacionándolas de forma integral⁶³ y además de eso avaluando y analizando la declaración de la víctima-testigo, así como observando razonadamente el lenguaje corporal de la misma, del análisis de todos estos elementos el juzgador amparado en su experiencia profesional haciendo aplicación de los principios de la lógica así como de la jurisprudencia relativa al caso en controversia, procederá a realizar un riguroso esfuerzo en el sentido de identificar y lograr separar los motivos espurios así como el testimonio mendaz que pueda haber sido confesado en la audiencia o a

⁶³ Ibíd, 192.

través de todo el proceso que ha participado, tomando en cuenta que se tiene que verificar que toda la prueba aportada al proceso es lícita y obtenida sin vulneración de derechos fundamentales así como su incorporación al proceso ha sido en legal forma, expuso el Magistrado Ramírez Murcia que sería muy valioso que se produjera mayor cantidad de jurisprudencia sobre el testimonio de la víctima-testigo ya que este es un delito que tiene además de mucha repercusión en la sociedad, un número elevado de casos que frecuentemente se generan en la privacidad de la familia salvadoreña, porque los agresores generalmente provienen del entorno familiar, la tarea del juzgador es delicada en cuanto lograr de forma exitosa separar los motivos espurios y los testimonios mendaces del testimonio de la víctima-testigo, para lograr imprimirle objetividad al proceso y de esa forma evitar una injusticia ya sea con la víctima o contra el imputado, otro elemento importante a valorar es si la versión que está brindando en la audiencia de la vista pública, no se contradice con la declaración inicial que proporciono o con otras pruebas que la misma víctima ha aportado al proceso, es importante proporcionar como juzgador toda la privacidad y seguridad al momento de testificar en la audiencia de la vista pública. (Anexo 1).

4.2 Juez Segundo del Juzgado Segundo de Sentencia Licenciado José Antonio Flores del Centro Integrado de Justicia de Santa Tecla

El Juez segundo del Juzgado Segundo de Sentencia de Santa Tecla Licenciado José Antonio Flores tuvo a bien exponer en su despacho oficial y compartir su punto de vista como juzgador del testimonio de la víctima-testigo del delito de violación contra su agresor procediendo a manifestar lo siguiente, el testimonio es de vital importancia pero así como ha sido el inicio del proceso judicial se tiene que tomar en cuenta que solo es el inicio que

hay otros elementos que deben ser evaluados de forma conjunta de forma tal que lo testificado en la audiencia guarde concordancia con los demás elementos de prueba que se aportan y un elemento importante debe ser el análisis que hace el juzgador al escuchar de su propia fuente la narración de los hechos, momento en el que se comprueba si el testigo goza de credibilidad por lo que está testificando, si la acusación es generada desde los motivos espurios por parte de la víctima, también se debe valorar el papel que representa el agresor en el núcleo familiar del que proceden, víctima y victimario porque generalmente es el mismo seno familiar y la presión familiar afecta el testimonio de la víctima en muchas ocasiones, se debe realizar una valoración objetiva conforme a las pruebas aportadas, en caso que el ministerio público no logra aportar pruebas objetivas y pertinentes que logren darle contenido a la versión de la víctima el juzgador se debe a la justicia y el fallo absolutorio debe producirse, se tiene que valorar el testimonio en el sentido de lo que se está diciendo no es una lección aprendida de memoria y al preguntarle a la víctima no logra identificar algunos lugares o hechos propios del acto de violación dicha actitud solo puede generar duda en el juzgador. (Anexo 1)

CONCLUSIONES

El delito de violación subyace en el silencio de las víctimas que sometidas a la fuerza física y emocional o psicológica irónicamente suele suceder en la mayor parte de casos en el seno de la familia.

La violación es un delito que en algunas ocasiones suele fundamentarse en motivos espurios que vuelven sumamente delicada la función del juzgador.

La forma en que se aborda desde el inicio de la judicialización a una víctima de violación genera la re victimización en el mismo sistema judicial.

Actualmente la víctima tiene la oportunidad de ser escuchada, de tomarse como parte testifical aun siendo la víctima del delito denunciado.

Es una equivocación muy grande pensar que tan solo con el testimonio de una víctima se condenara a un imputado.

La participación presencial de todas las partes en la vista pública es una garantía que logra imprimir al proceso un mayor nivel de objetividad.

La presunción de inocencia actualmente solo puede ser desvirtuada con pruebas objetivas, científicas y legalmente incorporadas, pertinentes al proceso.

La noción de que los delitos de alcoba no se pueden probar, es una idea superada mediante el sistema de valoración de la sana crítica.

A la jurisprudencia nacional le falta profundizar y enfocarse más en los delitos de alcoba.

La mendacidad y los motivos espurios no tienen cabida en el sistema de valoración de la sana crítica.

La valoración de un proceso de violación por parte de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia carece de la inmediación de la prueba para efectos de valorarla.

La protección de la privacidad, intimidad y seguridad de la víctima puede gozar de mayor garantía con los medios tecnológicos modernos a efecto que el principio de inmediación sea efectivo en todas las vistas públicas.

A la legislación salvadoreña le falta incluir una agravante relacionada a los abusos de confianza derivadas de relaciones religiosas católicas o protestantes por ser un ambiente propicio para los abusos.

La penalidad de la violación aun incluyendo la agravante de ser ejecutada por persona ascendiente debería aumentarse y obligatoriamente someter a tratamiento especializado al sentenciado.

RECOMENDACIONES

A la Asamblea Legislativa que incorpore en el Código Penal un incremento de la pena al delito de violación cuando este sea cometido por ascendientes por tener estos el deber de cuidar y proteger a la progenie.

A la Asamblea Legislativa que reforme el Código Procesal Penal estipulando que la víctima del delito de violación mayor de edad debe dar su testimonio en persona en sala de audiencia en la vista pública con todas las medidas necesarias para guardar su privacidad y aislamiento del victimario y cuando sea necesario por los medios tecnológicos modernos para que las partes estén presentes.

A la Corte Suprema de Justicia que de un mayor enfoque a la producción de jurisprudencia sobre el testimonio de la víctima del delito de violación.

Al Órgano Ejecutivo para que reforme el método de actuación de la Policía Nacional Civil para la recepción de denuncias por el delito de violación con personal capacitado específicamente en delitos sexuales.

A la Asamblea Legislativa para que reforme el Código Procesal Penal en el sentido de que la víctima de violación declare su testimonio y sea grabado ante la Policía Nacional Civil y después solamente en la vista pública ante el juzgador.

A la Asamblea Legislativa para que reforme el Código Procesal Penal en lo relativo a los delitos contra la libertad sexual para que toda persona acusada de una violación que sea mayor de sesenta años sea examinada en lo que

respecta a todas sus capacidades físicas e intelectuales para efectos de corroborar la versión que consta en la denuncia.

La Asamblea Legislativa para que reforme el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales que contengan testimonio de víctima testigo para que esta sea escuchada para efectos de aplicación del principio de inmediación de la prueba aportada.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Cafferata Nores, José I. La prueba en el proceso penal, 4^a. Ed. Actualizada y ampliada, De Palma, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Donna, Edgardo Alberto. Delitos contra la integridad sexual, Segunda Edición, Rubenzal-Culzoni, Editores, Argentina.

Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial, (Buenos Aires) Tomo I.

Echandia, Hernando Devis. Teoría General de la prueba judicial, Tomo I, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina.

Moras Mom. Los delitos de violación y corrupción, (Buenos Aires, 1971).

Núñez, Ricardo. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, (1988), Tomo III.

Palacio, Lino Enrique. La prueba en el proceso Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino Tomo III, (1973).

Edgardo Antonio López Ortiz, Shatnam Amparo Peña, Marcela Argentina Perla López, "importancia de la prueba científica en el delito de violación y su regulación en la legislación procesal penal salvadoreña". (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 2012)

Mario Moisés Reyes López, “La valoración ponderada de la declaración de la víctima en el hecho delictuoso de violación, y la afectación a los derechos humanos del imputado” (tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016)

Marta Escalante, María Orellana, Fátima Miranda, El delito de violación en menor e incapaz en el Código Penal, Tesis, Universidad de El Salvador, 163.

Sara Pacheco, Leonora Elisa Parada, José Matías Pérez Ventura, “aportes de la prueba serológica forense y ADN en el delito de violación sexual en el municipio de san salvador año 2004-2006”, (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2007)

Constitución de la República de El Salvador, Decreto Constituyente No. 38 del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo No. 281, 16 de diciembre de 1983.

Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo No. 1030 del 26 de abril de 1997, Diario Oficial No. 105 Tomo No. 335 del 10 de junio de 1997.

Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 del 22 de octubre de 2008, Diario Oficial No. 20 Tomo No. 382 del 30 de enero de 2009.

Código de Familia, Decreto Legislativo No. 830 del 11 de marzo 1994, Diario Oficial No. 60 Tomo 322 del 25 de marzo de 1994.

Ley Procesal de Familia, Decreto Legislativo No. 433 del 25 de julio de 2013, Diario Oficial No. 149, Tomo No. 400 del 16 de agosto de 2013.

Código de Trabajo, Decreto Legislativo No. 611 del 16 de febrero de 2005, Diario Oficial No. 55, Tomo 366 del 18 de marzo de 2005.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Legislativo No. 702 de fecha 18 de septiembre de 2008, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381 del 27 de noviembre de 2008.

Código Penal Comentado, Moreno Carrasco, Francisco, Decreto Legislativo No. 1214 de septiembre de 2003, Diario Oficial No. 198, Tomo No. 361 del 24 de octubre de 2003.

Código Procesal Penal Comentado, Sandoval Rosales, Rommell Ismael, Decreto Legislativo No. 936 del 28 de enero de 2015, Diario Oficial No. 24, Tomo No. 406 del 5 de febrero de 2015.

Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, Decreto Legislativo No. 520, Diario Oficial No. 2, Tomo 390 del de enero de 2011.

Código Penal del Reino de España, Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre, Ref. BOE-A- 1995-25444.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre 1882, Ref. BOE-A-1882-6036.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, Ref. BOE-A-2015-4606.

Código Penal de Costa Rica, 4 de mayo de 1970, Decreto Ley No. 4,589 del 10 de enero de 1971.

Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley 7594 del 10 de abril de 1996, entro en vigencia el 1 de enero de 1998.

Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000, Diario oficial No. 44.097 24 de julio de 2000.

Código Procesal Penal de Colombia, Ley 906 de 2004, Diario Oficial No. 45.657 del 31 de agosto de 2004.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución 217 A (III) 10 de diciembre de 1948.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2018.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belem Do Para” entro en vigor 15 de marzo de 1995.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, entro en vigencia en septiembre de 1981.

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul 11 de noviembre de 2011.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 19ª: Edición (Buenos Aires, 2008).

Carmona Salgado, Concepción. Manual de Derecho Penal. Revista de Derecho Privado, Madrid. Tomo I.

Corigliano, Mario Eduardo. Delitos contra la integridad sexual. Revista Internautica de Práctica Jurídica. Agosto-Diciembre (2006)

Maldonado de Lizalde, Eugenia. Ley iulia de adulteriis coercendis del emperador cesar augusto (y otros delitos sexuales asociados), Revista Anuario Mexicano de Historia del Derecho 1999.

Pino Abad, Miguel. Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha, Revista de Estudios jurídicos No. 37 (Madrid, 2014)

ANEXO

ENTREVISTA

Cuestionario para entrevistar a un juzgador sobre el testimonio de la víctima-testigo del delito de violación contra su agresor

1. ¿Cuál es su opinión con respecto a la declaración de la víctima-testigo en el delito de violación?
2. ¿Considera importante el testimonio de la víctima frente al victimario del delito de violación?
3. ¿Considera que la sola declaración de la víctima en el delito de violación es suficiente para probar el cometimiento de este delito?
4. ¿Si su respuesta es afirmativa, en base a qué criterios basa su posición sobre la declaración de la víctima?
5. ¿Considera que una excesiva ponderación de la declaración de la víctima pueda vulnerar los derechos del imputado?
6. ¿Cuáles son sus parámetros de valoración sobre declaración de la víctima-testigo del delito de violación?
7. ¿Qué evaluación hace para detectar los motivos espurios de una motivación real en la declaración de una víctima del delito de violación?
8. ¿Valora el lenguaje corporal del imputado?
9. ¿Cómo valora el lenguaje corporal en el testimonio de la víctima-testigo?
10. ¿Le concede validez a la emotividad de las respuestas o del testimonio de la víctima-testigo del delito de violación?
11. ¿Toma en cuenta los beneficios que podría obtener la víctima si el imputado es condenado por el delito de violación?

12. ¿Considera que una relación preexistente entre el sujeto pasivo y activo de una violación pueda conllevar a una declaración espuria por parte de la víctima?
13. ¿adopta otros parámetros para valorar la declaración de la víctima que ha tenido una relación preexistente con su victimario a diferencia de un caso en el que no exista una relación preexistente entre ellos o los valora bajo los mismos parámetros?
14. ¿Por qué considera que el legislador decidió tomar en cuenta la declaración de la víctima como testigo, si en las legislaciones anteriores no la tomaban en cuenta?
15. ¿Considera usted que debería haber un mayor enfoque respecto a la prueba testimonial de la víctima en nuestro código procesal penal?
16. ¿A su criterio debería incorporarse en el Código Procesal Penal los parámetros de valoración de la declaración de la víctima-testigo del delito de violación?