Carga probatoria

Sumilla: el Ministerio Público debe probar los hechos materia de imputación, en la medida que es el titular de la acción penal y sostenedor de la acusación.

Norma: Art. 2 inc. 24 lit. "e" de la Constitución.

Palabras clave: Ministerio Público, carga de la prueba, objeto del proceso

Lima, nueve de noviembre dos mil diecisiete.-

VISTO: El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado **Daniel Luis Farfán Breña**, contra la sentencia – fojas 395 – del veintinueve de diciembre del dos mil quince que lo condenó como autor delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales S.M.D.M, y como tal le impuso la pena de cadena perpetua; fijó en veinte mil soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en favor de la agraviada. Con lo expuesto con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviniendo como ponente el señor juez supremo **Figueroa Navarro.**

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO. La defensa técnica del procesado Daniel Luis Farfán Breña en su recurso de nulidad – fojas 414 – argumenta lo siguiente:

1. La agraviada hizo una falsa denuncia de la cual se retractó posteriormente.
2. Existe el protocolo de pericia psicológica N° 7204-2014-PSC, del 04 y el 28 de junio de 2014 en donde la agraviada señaló un nuevo relato.

3. En el juicio oral, la agraviada de iníciales S.M.D.M señaló que denunció a su padrastro por cargos de violación porque estaba molesta con él, por cuanto su mamá le cortó el cabello como varón en castigo por haber escapado de casa.

4. El colegiado superior no ha valorado la retractación de la menor, quien actualmente ya cumplió la mayoría de edad, señalando en juicio oral que la denuncia y sus entrevistas iniciales recogen versiones falsas; indicando que nunca fue víctima de violación sexual.

IMPUTACIÓN FÁCTICA

SEGUNDO. De acuerdo a la acusación fiscal – fojas 261 – se imputa al procesado **Daniel Luis Farfán Breña** haber mantenido relaciones sexuales, vía anal y vaginal con la menor de iniciales S.M.D.M (13) cuando contaba con doce años de edad, hecho ocurrido en el año dos mil ocho, en circunstancias que dicha menor se quedaba sola en la casa de su abuela materna; lugar donde el acusado vivía por ser su padrastro. Mientras la madre de la menor se iba a vender a la calle, el imputado aprovechó de su ausencia para someter sexualmente a la menor hasta en dos oportunidades. La agraviada no contó a su madre lo sucedido por temor a las amenazas que le hizo su padrastro de internarla en un albergue.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

TERCERO. El derecho a la presunción de inocencia contenida en el literal "e" del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, exige que se pruebe en el proceso el hecho

delictivo imputado antes de emitirse un fallo condenatorio[1]. Presunción que además goza de protección convencional, de acuerdo a lo estipulado en el inciso dos del artículo catorce del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos[2]. De allí que un derecho con una protección tan intensa, a nivel nacional e internacional, necesita ser precisado en su contenido.

CUARTO. Como ya se ha mencionado, el derecho a la presunción de inocencia exige suficiente actividad probatoria para generar convicción de responsabilidad del acusado. Al respecto señala Taruffo que los <<medios de prueba>> constituyen la base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a conclusiones acerca de los hechos litigiosos; <<prueba>>, por su parte, hace referencia a los resultados positivos de tales inferencias; y finalmente, <<verdad judicial>> de los hechos significa que las hipótesis acerca de los hechos en litigio están apoyadas por inferencias racionales basadas en medios de prueba relevantes y admisibles[3].

Esto quiere decir que los medios de prueba, definidos como todo aquello que sirve para probar un hecho al interior de un proceso penal[4], deben ser capaces de ser valorados de tal modo que permitan tener por acreditado cierta la ocurrencia del hecho criminal que se imputa al procesado.

---

[1] El Tribunal Constitucional indica: "Por esta presunción *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva". Exp. 618-2005-HC/TC, del ocho de marzo de 2005, f. j. 21.
[2] Inciso 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".
[3] Taruffo, Michele. *La prueba.* Madrid : Marcial Pons, 2008, 35.
[4] En tal sentido Cfr. San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones.* Lima : Instituto peruano de criminología y ciencias penales, 2015, p. 508.

En consecuencia, siempre que la prueba no logre demostrar todo lo que se imputa, estaremos ante un supuesto de insuficiencia probatoria que exige la absolución en virtud del derecho a la presunción de inocencia. Una solución contraria sólo desembocaría en infracción de norma constitucional y convencional que acarrea la nulidad de la sentencia, si es cuestionada en sede constitucional; o incluso la condena del Estado peruano por infracción a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

QUINTO. Sin duda existen casos en donde las exigencias probatorias adquieren especiales características, como es el caso de los delitos clandestinos que por naturaleza se producen en ausencia total de testigos, muchas veces dentro de un contexto aparentemente normal. El delito clandestino por antonomasia es el de violación sexual en el cual normalmente sólo estarán presentes un agresor y la víctima. Además en los delitos sexuales, el agresor suele ser cercano a la víctima, en no pocos casos es un familiar. De allí que la víctima pueda tener temor de denunciar y de declarar contra quien puede ser un familiar cercano. Esta realidad fue recogida por el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, en el cual se desarrolla la valoración de la prueba en este tipo de delitos. Uno de los puntos que se desarrolló fue la retractación de la víctima, estableciéndose criterios para determinar su eficacia probatoria. El citado acuerdo plenario en su fundamento jurídico 24 señala al respecto: "La retratacción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a

atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria".

SEXTO. En el presente caso, la menor señala que fue víctima de agresión sexual por vía anal y vaginal; no obstante, el certificado médico legal N° 004870-CLS – fojas 25 – señala que no hay signos de acto contranatura, y que la menor presentaba himen complaciente. Con este resultado, no hay consistencia, en principio, con relación a la materialidad del delito, pues no existe un indicador fehaciente que corrobore el acceso carnal, esto es, la acción típica del delito de violación sexual contenido en el artículo 173 del Código Penal. Por un lado, no se evidencia que haya habido acceso carnal por vía anal y, por otro lado, no se puede determinar con certeza que haya existido acceso carnal por vía vaginal.

SÉTIMO. Ha de tenerse en cuenta además el resultado de la pericia psicológica N° 001661-2010/CJ-116-PSC realizado a la menor, dos meses después de la denuncia y en la que se concluyó que la menor no evidenciaba indicadores psicológicos asociados a experiencia negativa de tipo sexual. Esta es la conclusión a la que arriba la psicóloga – fojas 78 – tras detectar que la menor presenta rechazo contra el agresor ligado a un episodio de violencia entre el procesado y su madre. Del mismo modo, la especialista deja constancia de la ausencia de detalles en el relato brindado e inconsistencia en el mismo. Peor aún, en el protocolo de pericia psicológica N° 007204-

2014-PSC, la menor se retracta del relato incriminatorio indicando que la razón de la denuncia contra el procesado se debió a que fue encontrada con su enamorado en un hotel. Producto de ese encuentro, su madre y el procesado la abrían abofeteado y cortado el cabello. Señala que por ese episodio fue que denunció a su padrastro Farfán Breña.

OCTAVO.- A ello se suma la testimonial de Gerson Dávila Horna quien en presencia del fiscal y en el juicio oral – fojas 360 – indicó que fue enamorado de la agraviada desde el siete de enero del dos mil nueve, ayudándola a escapar de su casa en enero de dos mil diez dejándola en un hotel a donde llegó la madre de la menor con su padrastro, ello en consonancia con lo expresado por la propia menor tanto en las pericias psicológicas mencionadas en el considerando precedente, como con la versión del procesado Farfán Breña. Todos coinciden en el escape de la menor de su casa, y el episodio vivido ese día por parte de la menor que fue reprendida por sus padres, razón que la agraviada señala como fundamento para realizar la denuncia.

NOVENO.- Versión a la que se suma la declaración de la madre de la menor en el juicio oral – fojas 316 –, corroborando además la retractación de la agraviada al indicar que tras ser encontrada en el hotel, le cortaron el cabello chico, al estilo de un varón, y la amenazaron con llevarla a un albergue. La madre agregó que luego la menor se arrepintió de su denuncia, pidiendo perdón por la mentira y que todo lo había hecho por la cólera que sintió en ese momento. Con esta declaración brindada por la madre de la menor, se cierra el círculo de testigos de la prueba de descargo que coinciden en un

episodio de tensión entre el procesado Farfán Breña y la menor que según esta última, habría motivado la denuncia penal.

DÉCIMO.- La menor descarga una declaración incriminatoria en la primera de los tres protocolos de pericia psicológica de los que ha sido sujeto a lo largo del proceso penal y en el acta fiscal. Contra esas dos declaraciones tenemos los dos otros protocolos de pericia psicológica en donde la agraviada señala que la denuncia ocurrió por motivo de haberse sentido con cólera al habérsele cortado el cabello y amenazada de llevarla a un alberge una vez que su madre y su padrastro, el procesado. Ocurrencia que ha sido relatada por la misma agraviada, el procesado Farfán Breña, la madre de la menor y su entonces enamorado Gerson Dávila Horna. La ponderación de las declaraciones vertidas a lo largo del proceso no puede centrarse en un debate de cuales pesan más que las otras, el mismo hecho de decir que una declaración pesa es algo impropio de la actividad probatoria, pues una prueba o demuestra que algo ocurrió o no lo demuestra. Es absurdo decir que lo demuestra poco pues estaríamos empleado terminología ajena al fenómeno probatorio que versa sobre la búsqueda de la verdad. En atención a ello debemos verificar si la prueba de cargo es eficaz conforme a los criterios desarrollados por la Corte Suprema, o no lo es por faltarle esas mismas exigencias.

DÉCIMO PRIMERO. Como se puede apreciar, la prueba de cargo resulta insostenible por ser meras declaraciones que no cumplen con el requisito de persistencia en la incriminación ni con el requisito de corroboración periférica prescritos en el acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116. Tenemos dos declaraciones incriminatorias de la menor, contra las declaraciones contrarias brindadas por ella misma ante otras especialista de la salud mental y la declaración brindada en

juicio oral, momento en que propiamente se produce la prueba bajo los principios de concentración, contradicción e inmediación. Verificamos que tampoco existe corroboración periférica alguna, vemos que el certificado médico legal no arroja signos de acto contra natura, a pesar que la menor señaló haber sido sujeto de dicha vejación en el protocolo de pericia psicológica N° 00662-2010-PSC. Es decir que no sólo no corrobora ese relato incriminatorio, sino que el certificado médico legal lo contradice. No habiendo más elementos que permitan corroborar la versión incriminatoria, este segundo requisito tampoco se cumple.

DÉCIMO SEGUNDO. En esa misma línea se verifica que la retractación de la víctima tampoco puede ser superada conforme a los lineamientos contenidos en el acuerdo plenario N° 1-2011/CJ-116. Recordemos que el citado acuerdo plenario desarrolla mecanismos para *superar la retractación*, es decir, criterios para atribuir fuerza probatoria a la declaración incriminatoria que es objeto de retractación. Esencialmente se señala que esa primera declaración sea corroborada con otros elementos periféricos. Esta es una posición compatible con la presunción de inocencia, pues sostiene que en atención al principio de unidad de la prueba, la totalidad de los medios probatorios valorados en conjunto pueden demostrar que el hecho ocurrió a pesar que existe retractación por parte de la víctima. Ello de ninguna manera implica que la declaración incriminatoria inicial suponga una inversión de la carga de la prueba a partir de la misma, pues esa sería una posición completamente inconstitucional. Es cierto que debe lucharse frontalmente contra todo tipo de violencia contra la mujer y más aún contra la violencia sexual. Pero ello no significa que se va a condenar sin pruebas, pues ello colisionaría no sólo contra nuestra norma fundamental, sino también

contra la misma declaración universal de los derechos humanos en el inciso 1 de su artículo 11. En consecuencia, no existe prueba de cargo capaz de determinar la materialidad de los hechos objeto de imputación penal en el presente caso.

DÉCIMO TERCERO. Lo único que falta por determinar es la consecuencia jurídica aplicable. El fiscal supremo en lo penal coincide en su argumentación con la nuestra respecto a la validez de la retractación y a la insuficiencia de pruebas de cargo para lograr una condena. Sin embargo, su opinión es que se debe anular la sentencia impugnada y que se realicen nuevos actos de prueba destinados a verificar si realmente no se puede encontrar más evidencias de un delito.

DÉCIMO CUARTO. La propuesta del Fiscal Supremo resulta abiertamente contraria a la técnica de la carga probatoria por la cual el juez al momento de sentenciar sólo puede valorar los medios de prueba aportados por las partes, excepcionalmente las actuadas de oficio. Y cuando el juez no puede lograr certeza de la materialidad de los hechos objeto de prueba, en ese supuesto es que se activa la técnica de la carga probatoria por la cual se identifica quién debía probar y ante su incumplimiento, es esa parte quien debe sufrir las consecuencias negativas de no haber podido probar sus alegaciones[5].

DÉCIMO QUINTO. Pensar que se puede anular una sentencia para reiniciar la fase probatoria o ampliarla implica desconocer la carga probatoria que pesa sobre el Ministerio Público[6], supone además una

[5] En este sentido, el profesor Midón señala que "frente a hechos dudosos o simplemente no probados, el juez, aun así, debe llegar a toda costa una certeza oficial, a cuyo fin dictará sentencia teniendo como inexistentes los hechos afirmados por la parte que tenía la carga de probar". Midón, Marcelo Sebastián. La carga de la prueba. [aut. libro] Marcelo Sebastián Midón, y otros. *Tratado de la prueba.* Argentina : Librería de La Paz, 2007, p. 160.
[6] Ello de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que prescribe: "Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos

infracción a la imparcialidad judicial que exige al juzgador no tomar partido ni por la parte acusadora ni por la parte acusada. Un juez que anula un fallo so pretexto de continuar la búsqueda de la verdad, es un juez que toma la actitud de una parte procesal, ya sea de la defensa o de la parte acusadora, y con ello pierde su imparcialidad y desconoce la carga probatoria que en el proceso penal recae en el Ministerio Público.

DÉCIMO SEXTO. En consecuencia, en el caso que nos ocupa no existe prueba de cargo capaz de acreditar el hecho delictivo que se imputa al procesado, de allí que el Ministerio Público no ha cumplido con la carga de probar que sobre él pesa y corresponde la absolución del procesado **Daniel Luis Farfán Breña** en tanto la presunción de inocencia contenida en el literal "e" del inciso 24 del artículo 2 de la norma fundamental se mantiene incólume.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia – fojas 395 – del 29 de diciembre de 2015 que condenó a **Daniel Luis Farfán Breña**, como autor delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iníciales S.M.D.M, y como tal le impuso la pena de cadena perpetua; fijó en veinte mil soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en favor de la agraviada; reformándola: **ABSOLVIERON** al citado procesado de la acusación fiscal por el delito y agraviada en mención. **MANDARON** se archive definitivamente lo

---

de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad"; así como también lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano al sostener que: "Este Tribunal considera necesario señalar que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa". Exp. 3960-2005-PCH/TC, del 20 de julio de 2005, f. j. 8.

actuado y se anulen los antecedentes policiales y judiciales que dieron lugar al presente proceso. **DISPUSIERON** la inmediata libertad del referido encausado, que se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente, **oficiándose VÍA FAX** para tal efecto; y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Ventura Cueva y Sequeiros Vargas por licencia del señor Juez Supremo Hinostroza Pariachi y la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas respectivamente.

SS.

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

FN/EKRA