

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



**“EL DEBIDO PROCESO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL
DELITO DE VIOLACIÓN, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY
ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA
LAS MUJERES”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO
(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS
PRESENTADO POR:**

**OSCAR ERNESTO BUSTAMANTE REINOSA
RENE ANTONIO MELGAR RÍOS
KATHERINE REGINA SALGADO GUZMÁN**

**DOCENTE ASESOR:
MSC. ALEJANDRO BICMAR CUBÍAS RAMÍREZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2020

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. VICENTE ORLANDO VÁSQUEZ
(PRESIDENTE)**

**MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
(SECRETARIO)**

**MSC. ALEJANDRO BICMAR CUBÍAS RAMÍREZ
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias

RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. 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 Medrano Pacheco

VICEDECANO

Msc. Digna Reina Contreras de Cornejo

SECRETARIA

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto

DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales

**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por permitirme tener y disfrutar a mi familia, gracias a mi familia por apoyarme en cada decisión y proyecto,

Agradezco a Dios todo poderoso

Agradezco a mi madre quien siempre me ha apoyado incondicionalmente en las buenas y en las malas,

Agradezco a mis hermanas que también han sido un apoyo muy importante.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por permitirme tener y disfrutar a mi familia, gracias a mi familia por apoyarme en cada decisión y proyecto.

Agradezco a Dios todo poderoso por su ayuda en la culminación de esta investigación y por mis compañeros maravillosos que tengo y que he compartido mucho con ellos.

Agradezco a mi madre quien siempre me ha apoyado incondicionalmente en las buenas y en las malas, así como a mi padre, a quienes les debo todo en esta vida.

Agradezco a mis hermanos que también han sido un apoyo muy importante.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por permitirme tener y disfrutar a mi familia, gracias a mi familia por apoyarme en cada decisión y proyecto.

Agradezco a Dios todo poderoso por su ayuda en la culminación de esta investigación y por mis compañeros maravillosos que tengo y que he compartido mucho con ellos.

Agradezco a mi madre quien siempre me ha apoyado incondicionalmente en las buenas y en las malas, así como a mi padre, a quienes les debo todo en esta vida.

Agradezco a mis hermanos que también han sido un apoyo muy importante.

ÍNDICE

RESUMEN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPITULO I	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER	1
1.1. Reseña histórica de la evolución de la violencia de género.....	1
1.2. Historia del delito de violación en las diversas etapas del tiempo	6
1.2.1. El delito de violación en la antigüedad	6
1.2.2. La violación en la Epoca Medieval	8
1.2.3. El injusto de la violación durante la Epoca Moderna.....	9
1.3 Origen de la Garantía constitucional del Debido Proceso	12
1.4 Historia del sistema de valoración de la prueba en el proceso penal	15
1.4.1 Sistemas de Valoracion de la prueba en El Salvador	15
1.4.3 Origen e historia de la reglas de la lógica, la experiencia y la razón dentro del sistema de valoracion de la prueba de la Sana Critica	21
1.6. Historia del anticipo de prueba.....	22
1.6.1. Época primitiva	23
1.6.2. Época feudal o Edad Media	24
1.6.3. Época moderna	25
1.7. Marco coyuntural del anticipo de prueba.....	27
1.8. Historia de la promulgación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia paras las Mujeres	29
1.9. Constitución de la Republica	31
1.9.1. Ley Contra la Violencia Intrafamiliar (LCVI).....	32
1.9.2. Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres (LIE)	32
1.9.3. Justificación y objetivo de la creación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres	33
1.9.4. Creación de los tribunales especializados	34
CAPITULO II	36

LA VALORACIÓN DE LOS DIVERSOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL	36
2.1. Consideraciones jurídico-doctrinarias del delito de violación.....	36
2.1.1. Definición del delito de violación.....	36
2.1.2. Bien jurídico protegido.....	38
2.1.3. Sujetos	40
2.1.3.1. Sujeto activo	40
2.1.3.2. Sujeto Pasivo.....	40
2.1.4. Conducta Típica	40
2.1.4.1. Una acción evidentemente lúbrica	41
2.1.4.2. La utilización de violencia o intimidación.....	42
2.1.4.3. Contra o sin el consentimiento del sujeto pasivo	42
2.1.4.4. Acceso carnal por vía vaginal o anal	43
2.1.5. Tipicidad subjetiva.....	43
2.1.6. Fases de ejecución del delito	43
2.1.7. Autoría y participación	44
2.2. Breve referencia al proceso penal.....	45
2.2.1. Definición de proceso penal	45
2.2.2. Sujetos del proceso penal.....	46
2.2.2.1. Fiscal General de la República	47
2.2.2.2. Defensores y Mandatarios	48
2.2.3. Objeto del proceso penal	50
2.2.4. La verdad real o material y la justicia penal, como los fines del proceso penal salvadoreño.....	50
2.2.4.1. La verdad real o material como uno de los fines del proceso penal	51
2.2.4.2. La Justicia penal como uno de los fines del proceso penal	51
2.2.5. Estructura del Proceso Penal	52
2.2.5.1. Fase del juicio	52
2.3. La prueba en el proceso penal.....	53
2.3.1. Definición de prueba.....	54

2.3.1.1.	Elemento de prueba.....	55
2.3.1.2.	Medio de Prueba	55
2.3.1.3.	Órgano de Prueba.....	56
2.3.1.4.	Objeto de prueba.....	56
2.3.2.	Importancia de la prueba en el proceso penal.....	56
2.3.3.	Finalidad de la prueba en el proceso penal	57
2.3.4.	Características de la prueba.....	57
2.3.4.1.	Licitud	58
2.3.4.2.	Objetividad.....	58
2.3.4.3.	Relevancia.....	59
2.3.4.4.	Pertinencia.....	60
2.3.5.	Principios que rigen la prueba en el proceso penal	61
2.3.5.1.	Principio de Libertad Probatoria.....	61
2.3.5.2.	Principio de Contradicción	61
2.3.5.3.	Principio de Inmediación	61
2.3.5.4.	Principio de Concentración.....	62
2.3.5.5.	Principio de no oficiosidad	62
2.4.	La prueba en el delito de violación	63
2.4.1.	Prueba Testimonial	63
2.4.1.1.	Diversas Acepciones de la prueba anticipada	64
2.4.2.	Prueba Pericial	65
2.4.2.1.	Examen Médico Legal	66
2.4.2.2.	ADN o DNA	71
2.4.2.3.	Usos de la prueba de ADN	72
2.4.2.4.	Serología Forense.....	73
2.4.2.5.	Lofoscopia	73
2.4.2.6.	Peritaje Psicológico.....	74
CAPTULO III	77
<p>CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES, LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DE LAS GARANTÍAS PROCESALES INVOLUCRADAS EN LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL SALVADOREÑO Y EL DERECHO COMPARADO</p>		

3.1 Tratamiento del delito de violación en el Código Penal.....	77
3.1.1. La violación como delito relativo a la libertad sexual.....	77
3.2. Aplicación de la normativa penal vigente	78
3.3. Derechos de las mujeres que son víctimas de violencia sexual en los Convenios Internacionales vigentes	79
3.3.1 La violación como delito de lesa humanidad	79
3.3.2. Instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico salvadoreño.....	80
3.3.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	81
3.3.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	84
3.3.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos	85
3.3.2.4. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres.....	86
3.3.2.5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.....	87
3.3.2.6. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer....	88
3.4. Ámbito constitucional y jurídico de la prueba en el proceso penal.....	89
3.4.1 Carácter normativo de la Constitución de la República	89
3.4.2 Principios de la actividad probatoria en la normativa procesal penal ..	91
3.4.3 Regulación del procedimiento probatorio en el procedimiento común	96
3.4.4. Anticipo de prueba	99
3.4.5. Jurisprudencia constitucional del debido proceso	102
3.4.6. La garantía del debido proceso en los instrumentos jurídicos internacionales.....	103
CAPÍTULO IV.....	107
EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO Y LA MUJER VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	107
4.1 La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres	107
4.1.1 Vigencia	107
4.1.2 Objeto.....	108
4.1.3. Principios rectores.....	109
4.1.4. Sujetos de los derechos.....	110

4.1.5 Derecho de género y perspectiva de aplicación en conductas misóginas.....	111
4.1.6. Perspectiva de orientación	114
4.2. El debido proceso.....	117
4.2.1 Garantías Institucionales de las mujeres.....	119
4.2.2 Garantías procesales.....	121
4.2.3 Garantías normativas: derecho de defensa y garantía de audiencia, presunción de inocencia, derechos de la víctima, Juez Previo y Proceso Previo	122
4.2.4. Principio de la Dignidad Humana en el proceso penal	125
4.2.5. El debido proceso en general.....	126
4.2.6. Dimensiones del debido proceso.....	126
4.2.7. Principios y derechos constitucionales del debido proceso	130
4.3. Valoración de la prueba.....	131
4.3.1. La Sana Critica como sistema de valoración de la prueba en el proceso penal salvadoreño.....	131
4.3.2. Definición de Valoración de la prueba	132
4.3.3. Definición de la Sana Crítica como sistema de valoración de prueba	133
4.4. Motivación de la decisión	144
4.4.1. Hechos acreditados	144
4.4.2. Valoración de la prueba en el proceso penal	144
4.4.3. Valoración del testimonio de la víctima.....	149
4.4.4. Valoración de peritos	151
4.4.5. Estipulación probatoria.....	151
4.4.6. Valoración de la declaración del imputado	153
4.4.7. Valoración de otros medios de prueba	153
4.5. Fundamentación jurídica	154
4.5.1. Fuentes del Derecho	154
4.5.2. Jerarquía de las normas	154
4.5.3. Métodos de argumentación	155
4.6. Valoración de prueba por indicios.....	157
4.6.1. Principio de congruencia de la sentencia.....	157

4.7. El debido proceso en la protección de los derechos del imputado y la mujer víctima del delito de violación.....	158
4.7.1. Perspectiva de la misoginia en el cometimiento del delito de violación	158
4.7.2. Protección jurisdiccional de los derechos del imputado y las garantías procesales de la mujer víctima del delito de violación	159
4.7.3. Mecanismos reales de protección de los derechos de la mujer víctima de violación	160
CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFÍA.....	167

RESUMEN

Desde tiempos antiguos existen diferentes violaciones de los derechos humanos derivadas de las diferentes formas de violencia que afectan a las mujeres, teniendo como base las desigualdades de poder entre hombres y mujeres se han ido acrecentando cada vez más, por lo que es necesario crear y desarrollar un proceso justo e igualitario que de respuesta a los nuevas formas de violencia a las que se enfrentan las mujeres hoy en día, y cómo es la respuesta que el sistema jurisdiccional salvadoreño brinda a esta problemática.

El presente trabajo de investigación se desglosa en cuatro capítulos: en el primer capítulo se aborda el origen histórico del delito de violación cometido en la mujer a lo largo de la historia. En el segundo capítulo se abordan las diversas complejidades para la definición del delito de violación, delimitando así, los sujetos que pueden fungir como sujetos activos o pasivos en dicho ilícito penal; luego, en el tercer capítulo se abordará todo lo referente a las consideraciones normativas y jurídicas que giran en torno al delito de violación en contra de la mujer y como la legislación salvadoreña trata dicho ilícito desde la perspectiva de la Constitución de la República, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres y demás leyes aplicables.

Finalmente, en el capítulo cuatro, se realiza un abordaje específico y normativo de la LEIV, el debido proceso aplicado a las garantías constitucionales de las mujeres que se enfrentan a los tipos de violencia regulados por dicha ley, la valoración de la prueba, motivación y fundamentación jurídica de las decisiones judiciales, así como los mecanismos jurisdiccionales disponibles para la protección de los derechos del imputado y la mujer víctima del delito de violación.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Acum.	Acumulado
ADN	Ácido desoxirribonucleico
Art.	Artículo
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Cn	Constitución
Cp	Código Penal
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
Ibídem.	Mismo autor y obra
Ídem	Mismo autor y obra
LCVI	Ley Contra la Violencia Intrafamiliar
LEIV	Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres
LIE	Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres
Nº	Número
Núm.	Numeral
Óp. Cit.	Obra citada
Pág.	Página

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos antiguos existen diferentes violaciones de los derechos humanos derivadas de las diferentes formas de violencia que afectan la vida, integridad y seguridad ciudadana, teniendo un impacto significativo en base al género de las víctimas; siendo así como las desigualdades de poder entre hombres y mujeres se han ido acrecentando cada vez más; por lo que es necesario crear y desarrollar un proceso justo e igualitario que de respuesta a los nuevas formas de violencia a las que se enfrentan las mujeres hoy en día, y cómo es la respuesta que el sistema jurisdiccional salvadoreño brinda a esta problemática.

Es así como entra en vigencia la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, el treinta de junio del año dos mil diecisiete, contemplando los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia, el goce, ejercicio y protección de los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución de la República y en los Instrumentos Nacionales e Internacionales sobre la materia vigentes, asimismo, el poder contar con un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la amparen frente a hechos que violen sus derechos, esto en cumplimiento de uno de sus principios más importantes, como lo es el Principio de Especialización, el cual garantiza a toda mujer el derecho a una atención diferenciada y especializada, de acuerdo a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y de manera especial, de aquellas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad o de riesgo.

Dichas manifestaciones de violencia realizadas en contra de las mujeres necesitan ser tratadas mediante un debido proceso, en donde se respeten los derechos fundamentales y garantías constitucionales de los sujetos intervinientes en la ventilación judicial de este tipo de casos, desde que es perpetrado el delito de violación, hasta la obtención de una sentencia que sea la expresión de todos los elementos probatorios vertidos en el juicio

que llevaron al juzgador a resolver con la verdad real; por lo que, la presente investigación ha sido denominada *“El debido proceso en la valoración de la prueba en el delito de violación, desde la perspectiva de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”*, la cual, tiene como propósito fundamental, brindar una guía de las garantías que se deben cumplir en el debido proceso tanto de la mujer como del hombre en los casos del delito de violación, conservándose la seguridad jurídica y la correcta aplicación del proceso penal salvadoreño, desde su inicio hasta el desfile y valoración probatoria, fundamentación y argumentación de la sentencia realizada por el juzgador, dentro de un marco de respeto al debido proceso constitucionalmente configurado.

El método utilizado para realizar la presente investigación es el método lógico deductivo, siendo el tipo de investigación descriptiva y explicativa, mediante análisis y técnicas de descripción bibliográfica, uso de notas, citas y referencias; así también, la recolección de datos se hace por medio del análisis de contenido, mediante el que se estructura un esquema basado en la identificación e interpretación del problema a investigar y se utilizan a la vez, las técnicas de interpretación, selección y recopilación bibliográfica, no habiendo limitaciones durante la investigación.

La realización del presente trabajo se desglosa de la siguiente manera: en el primer capítulo, se aborda la historia de la evolución de la violencia de género, del delito de violación, del debido proceso y los sistemas de valoración de la prueba en el proceso penal salvadoreño, así también, se desarrolla una reseña histórica de diversas instituciones jurídicas, como lo son el anticipo de prueba, así como el surgimiento de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, así como de otras leyes afines a la materia, y de la creación de las jurisdicciones especializadas en violencia de género.

El segundo capítulo se desarrolla desde un punto de vista doctrinario y conceptual la valoración de los diversos medios probatorios en el delito de

violación y la relación que guarda con el debido proceso en general; en donde también se abordan aspectos teóricos puntuales del delito de violación, así como una referencia al proceso penal salvadoreño en general, desde su estructura hasta los medios de prueba propios del delito de violación como los principios que rigen la actividad probatoria dentro del proceso penal.

Seguidamente, en el tercer capítulo, se establecen las consideraciones constitucionales legislativas y jurisprudenciales de las garantías procesales involucradas en la valoración probatoria en el delito de violación dentro del proceso penal salvadoreño y en relación al derecho comparado; haciéndose mención del abordaje normativo salvadoreño del delito de violación, como de los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por el Estado salvadoreño aplicables a la materia, así como también, un abordaje constitucional y jurídico de la prueba en el proceso penal.

Finalmente, en el capítulo IV, se hace un abordaje específico y normativo de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, del debido proceso aplicado a las garantías constitucionales de las mujeres que se enfrentan a los tipos de violencia regulados por la ley, la valoración de la prueba, motivación y fundamentación jurídica de las decisiones judiciales, así como los mecanismos jurisdiccionales disponibles para la protección de los derechos del imputado y la mujer víctima del delito de violación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

En el presente capítulo se realizará un desarrollo histórico de la evolución de la violencia de género, específicamente del delito de violación cometido en la mujer a lo largo de la historia, y como la violencia contra la mujer en El Salvador se ha convertido en un fenómeno social con profundas raíces en las costumbres, creencias y valores cimentados en una sociedad patriarcal. Seguidamente, se abordará la historia del debido proceso y los sistemas de valoración de la prueba en el proceso penal salvadoreño, realizándose una reseña histórica de las diversas instituciones jurídicas involucradas en los mismos, como lo son el anticipo de prueba, el surgimiento de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, así como de otras leyes afines a la materia, y la importancia y necesidad de la creación de las jurisdicciones especializadas en violencia de género.

1.1. Reseña histórica de la evolución de la violencia de género

La violencia de género tiene como base la subordinación de la mujer hacia al hombre, partiendo de esa premisa el primer punto a establecer es cuándo y por qué inicia dicha subordinación. La respuesta a estas preguntas se encuentra en el patriarcado¹. Cuando en el siglo XIX empezó a perder fuerza el argumento religioso, la explicación tradicional de la inferioridad de la mujer se hizo científica, las teorías Darwinianas reforzaron la creencia de que la supervivencia² de la especie era lo más

¹ Para Facio Alda y Lorena Fries: “Debe entenderse por patriarcado, como una forma de organización, política, económica, religiosa y social basada en la idea de autoridad y liderazgo, en la que se da el predominio a los hombres sobre las mujeres”. *Feminismo, Género y Patriarcado: Género y Derecho* (Chile: Facio y Lorena Fries Editoras, 1999) 35.

² Centro de Derechos de Mujeres, “Violencia contra las mujeres en Honduras: Una reflexión en el camino” (Honduras: Impresos industriales, 2005) 22. “Cuando la mujer asume la imposición del agresor se genera lo que es el “síndrome de impotencia aprendida”, el cual es una estructura teórica que tiene como fin explicar porque les

importante que el logro personal, de la misma manera el evangelio social utiliza la idea Darwiniana de supervivencia³ del más apto para justificar la distribución desigual de riquezas y privilegios en la sociedad⁴.

Los defensores científicos de esta subordinación justificaban que se definiera a las mujeres por su rol maternal y que las excluyera de las oportunidades económicas y educativas porque estaban al servicio de la causa más noble de la supervivencia de la especie. A causa de su constitución biológica y su función maternal se pensaba que las mujeres no eran aptas para una educación superior y otras actividades profesionales. Se consideraba la menstruación y la menopausia, incluso el embarazo, estados que debilitaban a las mujeres y las hacían verdaderamente inferiores.

El concepto de género surge en los años setenta en el contexto de la crítica feminista para explicar, desde una nueva perspectiva, las diferencias entre mujeres y hombres, sobre las que se ha justificado a lo largo de la historia la discriminación contra las mujeres⁵. Así, desde la primera Declaración Universal de Derechos Humanos (1789), muchos filósofos y pensadores se afanaron por justificar la exclusión de las

resulta tan difícil a las mujeres escapar de una relación de maltrato. El síndrome de la indefensión aprendida explica, porque las mujeres maltratadas dejan de creer que sus acciones tendrán un resultado predecible, no significa que no pueda utilizar sus destrezas para escapar del maltratador, detener la agresión o incluso defenderse, si no que son Incapaces de predecir que lo que hagan obtendrá el resultado deseado”.

³ Giraldo Octavio sostiene que: “En los casos en que se utiliza la violencia física o la intimidación, se produce una agresión sexual, cuando no existe fuerza o intimidación pero tampoco media el consentimiento, se trata de abusos sexuales. En ocasiones, se impone a las mujeres actos vejatorios de índole sexual que les hace sentirse insultadas y avergonzada pero que no identifican como abusos, y que muchas veces esta precedido de un acto que vicia el consentimiento, ya sea por un chantaje emocional, amenaza, incluso una agresión física”. *El machismo como fenómeno psicocultural* (Colombia: ediciones Giraldo, 1972) 295.

⁴ María Ángeles Barrere: “Esta modalidad de violencia por su misma naturaleza resulta de poca atribución porque en muchas ocasiones es una violencia silenciada al no ser denunciada, además de lo difícil que puede resultar su comprobación y lo estigmatizante que se vuelve para la víctima”. *Género, Discriminación y Violencia contra las Mujeres*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2008) 89 (citado a partir de ahora en el texto como *Violencia contra las mujeres*).

⁵ *Ibid.*, 15.

mujeres de los derechos y de la ciudadanía. Para ello argumentaron una diferencia⁶ natural, biológica, que asignaba a las mujeres una naturaleza distinta a la de los hombres que explicaba sus menores capacidades para ser plenos sujetos de derechos y decidir sobre sus vidas, excluyéndolas del ámbito de lo público y lo político⁷.

Además, las mujeres eran consideradas seres inferiores, de ahí que se constituyeran en sujetos dependientes y subordinados, siempre sujetos a tutela y vigilancia y cuya principal función quedaría relegada a la reproducción y al ámbito del hogar y la familia, mientras que los hombres estaban destinados a regir la sociedad, participar en la política y el espacio público, escribir la historia y desarrollar la cultura y la ciencia.

Respecto de estas ideas, el movimiento feminista y su pensamiento fue construyendo una alternativa: las discriminaciones contra las mujeres no pueden explicarse por diferencias biológicas. Se trata de una construcción cultural, basada en el patriarcado que otorga privilegios⁸ a los varones y subordina a las mujeres y que, como tal, produce injusticias que pueden y deben revertirse. Y no es hasta 1949, que se hace referencia al concepto de género con las siguientes palabras: “no se hace mujer, se llega a serlo”, y será en los noventa, sobre todo en torno a la IV Conferencia

⁶ Por su parte, Olga Ariso Sinues, sostiene que: “Las leyes discriminatorias contra las mujeres aún persisten en todos los rincones del mundo y se continúan promulgando nuevas leyes de este tipo, en todas las tradiciones jurídicas existen muchas leyes que continúan institucionalizando la condición de segunda clase para las mujeres y las niñas respecto a la nacionalidad y ciudadanía, la salud, la educación, los derechos maritales, los derechos laborales, la patria potestad y los derechos a la propiedad y a la herencia”. *Los Géneros de la Violencia* (Madrid: Editorial Egales, 2013) 41.

⁷ Sigue explicando Lerner Gerda que: “La explicación tradicional se centra en la capacidad reproductiva de las mujeres y ve en la maternidad el principal objetivo en la vida de la mujer, de ahí se deduce que se cataloguen de desviaciones a aquellas mujeres que no son madres, puesto que la función maternal de las mujeres se entiende como una necesidad para la especie, ya que las sociedades no hubieran sobrevivido hasta la actualidad a menos que la mayoría de las mujeres no hubieran dedicado la mayor parte de su vida adulta a tener y cuidar hijos. Por lo tanto, se considera que la división sexual del trabajo fundamentada en las diferencias biológicas es funcional y justa”. *La Creación del Patriarcado*, 2ª ed., (Barcelona: Editorial Critica, 1990) 12.

⁸ Octavio Giraldo, “El machismo como fenómeno psicocultural”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, n. 3 (1972): 190

Mundial de las Mujeres de 1995, que pase a formar parte de las políticas públicas.

El tema de las relaciones entre la mujer y el hombre en la distribución y el goce de derechos fue abordado por primera vez en el derecho internacional de los derechos humanos mediante el concepto de la no discriminación, entre otros por motivos de sexo, entendido como la prohibición de cualquier tipo de discriminación entre hombres y mujeres⁹. La inclusión de los términos sexo y género resalta que la desigualdad existente la mujer y el hombre resulta tanto de la diferencia biológica (sexo) como de los roles¹⁰ socialmente construidos que definen las conductas consideradas apropiadas para la mujer y para el hombre (género)¹¹.

Se debe entender que la violencia de género se construye a partir de identidades sexuadas, debiendo analizar en un primer plano que es la socialización y avanzar hacia lo que se denomina socialización diferencial. La socialización es el proceso de aprendizaje social que inicia en el nacimiento y continúa a lo largo de la vida, por el que las personas se integran en el mundo objetivo de la sociedad, es decir: en los valores

⁹ Christine Chinkin, adhiere que: “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que requiere una conducta gubernamental que constituya una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En la actualidad puede afirmarse que existe un cruce entre cultura y el patriarcado en los que el límite de ellos es difuso, en cualquier ámbito ya sea campo o ciudad las mujeres son presas de una cultura patriarcal y no encuentran la manera de escapar de ella, debido a que muchas veces no poseen soberanía de su propio cuerpo, es la sociedad quien decide sobre él”. *Violencia de Género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* (Buenos Aires: Conchagua, 2012) 19

¹⁰ *Ibíd.*, 53.

¹¹ Laura Torres sostiene que: “La identidad sexuada puede definirse, entonces, como las cualidades, actitudes y valores que definen socialmente a las personas como mujeres u hombres y terminan por confundirse con el propio yo, es decir, se asumen como propias, aunque sean aprendidas. El proceso de socialización diferencial condiciona la forma de ser, de sentir y actuar en función del sexo, favoreciendo a la adquisición de comportamientos no asertivos y de dependencia afectiva por parte de las mujeres; así como el desarrollo del individualismo y el uso de violencia física por parte de los hombres”. *Lo que se debe saber sobre Violencia de Género*, (España: Imprenta Rubín, 2010) 42

culturales¹², normas y patrones de actuación que la caracterizan. Se califica la de diferencial porque dicho proceso difiere según el género, ya que a niñas y niños se les inculcan modelos de comportamiento y roles de identidad en función de su sexo, esto constituye lo que es una “identidad sexuada¹³”.

La identidad sexuada puede definirse, entonces, como las cualidades, actitudes y valores que definen socialmente a las personas como mujeres u hombres y terminan por confundirse con el propio yo, es decir, se asumen como propias, aunque sean aprendidas. El proceso de socialización diferencial¹⁴ condiciona la forma de ser, de sentir y actuar en función del sexo, favoreciendo a la adquisición de comportamientos no asertivos y de dependencia afectiva por parte de las mujeres; así como el desarrollo del individualismo y el uso de violencia física por parte de los hombres. Se puede concluir en definitiva que, la socialización diferencial

¹² Roberto Bergalli, Encarna Bodeleón, sostiene que: “Las desigualdades son en su esencia y en general, todas las relaciones sociales, esa es una característica de la modernidad y frente a ella han sido los modernos quienes, con la intervención del derecho, han requerido a este que traduzca en términos normativos una igualdad que no existe, así en este modelo de intervención se toma en cuenta que la víctima pertenezca al género femenino y el autor pertenezca al masculino, con lo que se trata de poner en igualdad jurídica a ambos. El hecho de que el derecho no haya podido resolver en diversos campos los problemas materiales de las mujeres o que en todo caso solo haya aportado soluciones parciales, ha conducido a la elaboración de una crítica de los instrumentos mismos a través de los cuales se pretende transformar la realidad”. *La cuestión de las mujeres y el Derecho Penal Simbólico* (España: Anuario de Filosofía del Derecho IX, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1992) 47.

¹³ “No existe una entidad homogénea mujer enfrentada con otra entidad homogénea “varón”, sino una pluralidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia de género se construye de diversos modos y donde la lucha contra la subordinación tiene que plantearse de formas específicas y particulares”. Señala Barrere (*Violencia contra las mujeres*, 57).

¹⁴ Patricia Laurenzo: “Partiendo desde un análisis psicosocial, se comprende que todas las conductas, sentimientos y actitudes de carácter personal, están condicionadas por una ideología, conformada por creencias, valores y actitudes, que son transmitidos a través de las enseñanzas familiares, escolares y comunitarias. A este proceso de enseñanza-aprendizaje se le denomina socialización”. *La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*, (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2008) 230

contribuye al mantenimiento de la desigualdad¹⁵ entre hombres y mujeres, sobre la cual se halla la raíz de la violencia.

1.2. Historia del delito de violación en las diversas etapas del tiempo

1.2.1. El delito de violación en la antigüedad

El primer registro de condena a lo que ahora se conoce como delito de violación, se encuentra en el Código de Hammurabi¹⁶, de los babilonios y caldeos, el cual data del año 1760 a.C., este código castigaba severamente la violación, por cuanto se consideraba una ofensa a los dioses, a la sociedad y al individuo, la pena a cumplir era la muerte por lapidación, linchamiento o siendo ahogado por los familiares de la víctima y por los ancianos de la comunidad¹⁷. Por otra parte, para los hebreos, la

¹⁵ Comas D'Argemir Dolors, "La familia es una institución clave para enmarcar la división sexual del trabajo, este carácter crucial ha convertido a la familia en el marco privilegiado para explicar los roles atribuidos a las mujeres. Se debe señalar que metodológicamente esto presenta problemas, porque contribuye a considerar la familia como un grupo natural y también como una unidad de acción. La apariencia de autonomía entre familia y trabajo, que ha justificado la reclusión de las mujeres en el hogar y la desvalorización de sus actividades, trasciende, por tanto, la mera división sexual del trabajo para situar esta división como un elemento básico en la reproducción de la lógica capitalista". *Trabajo, género y cultura: la construcción de desigualdades entre hombres y mujeres* (Barcelona: Editorial Icaria, 1995) 59-60.

¹⁶ Castro Dassen, Horacio N., Carlos A. González Sánchez: "El Código de Hammurabi, grabado en piedra de diorita negra, hallada en el invierno de 1901-1902 por arqueólogos franceses dirigidos por De Morgan, es nuestra mayor fortuna en materia de códigos remotos. Fue encontrado en las ruinas de Susa, no en las de Babilonia, donde se engendró, porque el legislador hizo llegar copias del código a todas partes. El Código de Hammurabi es el primer conjunto de leyes de la historia. En él se enumeran las leyes que ha recibido del Dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes, este código está constituido de treinta leyes". *Código de Hammurabi* (Buenos Aires: Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966) 40

¹⁷ Adán Patricio Argueta Amaya, Elliot Abraham Asturias Umanzor, Rubén Antonio González Ventura, sostienen que: "El artículo 130 del Código de Hammurabi exculpaba a la ofendida si había sido violada por el agresor sexual; en cambio para el sujeto activo no había ningún atenuante, quien pagaba con su apedreamiento o linchamiento por los familiares de la víctima y por los ancianos de la comunidad; y si el violador era de la alta clase social era ahorcado públicamente por la autoridad". "La Violación en menor e incapaz en el departamento de San Miguel (2003-2005)" (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2005), 93-97 (citado a partir de ahora en el texto como *La Violación*).

violación, fue un hecho sancionado con lapidación para el violador alcanzando incluso a la familia de este, mientras que a la víctima se le repudiaba bajo la creencia que esta era impura, para erradicar esa impureza se debía de realizar una ofrenda de sacrificio animal.¹⁸

Es importante mencionar que para el derecho hebreo primaba la venganza privada la cual era llamada Vendetta Traverza, en la Ley Julia del Derecho Romano, se contemplaba la figura de la violación, la pena era la muerte, pero podía ser evitado si se exiliaba al autor y se le confiscaban todos sus bienes¹⁹.

Pero solo contemplaban la violación en una mujer virgen y casta lo cual detonaba honorabilidad en la mujer libre, por ello se dice que el bien jurídico tutelado era la castidad, se consideraba a la sociedad como ofendida, ello muestra que la violación no tenía una categoría en si misma, sino por efecto en otras personas, como el padre de la víctima (si esta era Virgen), o el esposo de la víctima. Para el derecho romano la violación solo podía ser heterosexual, donde la víctima siempre sería una mujer y el victimario sería siempre un hombre; En el caso de las violaciones contra esclavos, no había delito, sino un daño contra el propietario del esclavo.²⁰

¹⁸ Castro Dassen, Horacio N., Carlos A. González Sánchez: "Se caracterizaba por la rigidez autoritaria de las reglas penales contra el ofensor, quien se consideraba no solo como el agresor contra el individuo y la sociedad sino también contra los dioses, es por eso que la pena de muerte se aplicaba para la mayoría de los delitos. El delito de violación fue sancionado drásticamente, imponiéndose la pena de muerte al ofensor sin tener en cuenta la condición de la víctima, quien podría ser doncella o virgen o mujer con experiencia sexual". *Código de Hammurabi* (Buenos Aires: Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966) 56.

¹⁹ "En el antiguo Derecho hebreo la violación fue sancionada con pena de muerte para el violador alcanzando a los familiares del delincuente; primaba pues la venganza privada a la cual llamaban Vendetta Traverza. La víctima era repudiada por la comunidad hasta que se santificara ante el altar mediante una ofrenda de sacrificio animal, se consideraba impura hasta su santificación mediante ofrenda". Señalan Argueta y otros (*Violación*, 17).

²⁰ Ya que se consideraba al esclavo no como un ser, si no como una cosa la cual le pertenecía al propietario quien podía utilizar, y cuando este era o sufría de una violación, se consideraba que la cosa sufría un daño y por lo cual afectaba al dueño porque la cosa le era dañada". *Ibíd.*, 28.

1.2.2. La violación en la Epoca Medieval

El Derecho canónico, considero el *stuprum violentum* (estupro violento), su sanción era la pena capital exigía para su consumación, que se realizara el desfloramiento²¹ contra la voluntad de la mujer, si la mujer agraviada estaba desflorada ya no constituía delito y se sancionaba con penas menores prescritas para la fornicación²². Durante la Edad Media, el bien jurídico protegido era el honor de la mujer, la violación cometida en contra de mujeres que convivían con hombre sin estar casadas, contra prostitutas y contra domésticas, quedaban en la impunidad, pues se consideraba que estas carecían de tal valor.

Durante el feudalismo, surge una forma de violación lícita²³, en donde el señor feudal tenía el derecho de mantener relaciones sexuales con una sierva suya, que fuere desposada por otro siervo suyo durante la noche de bodas, todo esto aún en contra de la voluntad de la sierva, este derecho fue conocido como derecho de pernada o derecho de la primera noche. También surgen las siete Partidas, estas son un cuerpo normativo,

²¹ José Antonio: "Se suele ir a debate con la prueba básica, examen médico forense que determina si hubo o no desfloramiento o penetración anal, el informe psicológico, el testimonio de la víctima y testigos. Pero que sucede cuando se tienen todos estos medios de prueba pero no se logra identificar y ubicar al agresor, lo cual retiene el avance del proceso". *Un detective llamado A.D.N.: tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos* (Madrid: Edición Tema de Hoy, 2004) 19.

²² Victoria Rodríguez Ortiz, *Historia de la violación: su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media* (Madrid: Editorial Comunidad Autónoma de Madrid, Servicio de Documentación y Public, 1997) 23 (citado a partir de ahora en el texto como *Historia*).

²³ Manuel Etrampes Miranda: "El derecho de pernada es el derecho de los señores a tomar a sus siervas el día en que se casaban. La vigencia, de esta ley no escrita, estuvo presente en España durante la Edad Media. Era una práctica que no estaba recogida en ningún código legal, pero estaba socialmente admitida, siendo una forma de imponer su poder a las familias que eran dependientes de ellos. Aunque se desconoce su origen, diversos estudios estiman que el derecho de pernada es una tradición de origen germánico, donde el señor se reservaba el desflorar a la novia; existen teorías, que indican que el derecho de pernada era algo simbólico, pero lo que no se puede negar es que el abuso sexual sobre mujeres de escalas inferiores en la sociedad era algo común. Este abuso no se daba únicamente en la noche de bodas, sino que podía ser un abuso continuado, ante el cual los súbditos miraban hacia otro lado debido a la superioridad del señor y al temor hacia el mismo. Había casos en el que los padres o maridos ponían a disposición de su señor a su mujer o hija, con el objetivo de conseguir algo a cambio". *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, (Barcelona: Editorial. J. M. Bosch, 2004) 40.

redactado en castilla, por Alfonso X (Años 1252-1284), en la partida VII, se estableció un sistema para el tratamiento de los delitos y las penas, tenía además una parte procesal, donde regulaba las denuncias, acusaciones, persecución del delito y medios de prueba. Entre los delitos principales estaba la violación y su pena oscilaba entre la muerte, el destierro y la mutilación.

En América, cuna de civilizaciones muy desarrolladas como la Maya, la Azteca y la Inca, los mayas, ubicados en Mesoamérica, comprendían desde la península de Yucatán hasta América Central²⁴. Las Leyes de los Mayas eran muy severas, al igual que muchas otras culturas, tenían diversidad de castigos y un catálogo extenso de delitos, la pena se agravaba o disminuía según el estatus del autor, puesto que castigaba con mayor severidad a los funcionarios y nobles. Los mayas también condenaban la violación e imponían como pena la muerte²⁵. En el Imperio Inca también se condenó la violación, y su pena era la muerte en la horca.

1.2.3. El injusto de la violación durante la Epoca Moderna

Durante el siglo XVIII, se consolida la familia nuclear²⁶, manteniéndose la figura de la criada para todo uso, es entonces el llamado siglo de la violencia del amo a puertas adentro, aquí no se condeno la violación cometidas por los amos hacia las criadas. Pero si la víctima era una mujer

²⁴ “La Edad Media es el periodo histórico que se desarrolla entre el año 476 que es el fin del Imperio Romano y el descubrimiento de América en el año 1492; muchos historiadores definen la Edad Media en la Europa cristiana, como una época de retroceso y retraimiento cultural, social y económico. Mientras que en otras culturas como la musulmana alcanzaban un gran esplendor incluida la Córdoba califal; la Edad Media en la Europa cristiana es la época donde se desarrolla el feudalismo, que da forma a las relaciones de poder y servidumbre entre los señores y sus vasallos. En todas estas concepciones, están presentes las doctrinas cristianas que inundan en aquellos momentos todos los ámbitos de la vida”. Señala Ortiz (*Historia*, 43).

²⁵ Señalan Argueta y otros (*Violación*, 50).

²⁶ Eduardo Baquieiro Rojas, Rosalía Buenrostro Báez: “La familia nuclear se encuentra conformada por sus progenitores (padre, madre e hijos) que viven bajo el mismo techo o comparten una casa habitación, se le conoce también como elemental o básica; el término “familia nuclear” empieza en los años de 1947, por lo que vemos desde aquí, no es algo nuevo, las familias nucleares tienen que ver algo con la promoción, expansión y reproducción de los valores de la cultura”. *Derecho de Familia*, (Reino Unido: Universidad de Oxford, 2005) 12.

protegida, se podía arreglar bajo cualquier precio o indemnizar el daño causado al dueño de la víctima, y con la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII²⁷, marca el fin del Antiguo Régimen y el principio de una nueva era, comienza entonces una etapa de sensibilización en cuanto al delito de violación y la pena.

Con la declaración puesta en vigor manifestando que todo hombre es el único propietario de su persona y dicha propiedad es inalienable, permitió pensar que la violación denota un grado de posesión de la víctima, a su vez a la víctima se le da la calidad de sujeto, y es aquí donde ya se puede hablar de que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual²⁸, la cual es individual. El Primer Código Penal de El Salvador de 1826, regulaba en sus artículos 703 y 704 la violación sexual; entre las penas estaba el trabajo en obras públicas, destierro y prisión; además denota ciertos resabios de la época antigua y de la edad media, puesto que deja en la impunidad las violaciones cometidas en contra de prostitutas, asimismo la única finalidad de la pena es la de castigar, solo se reconoce la violación,

²⁷ Pablo A., Ramella sostiene que: “A nivel mundial se ha visualizado y reconocido la necesidad de la creación de instrumentos que protejan los derechos humanos de la mujer, respecto a la violencia contra la mujer; en El Salvador, estos instrumentos han causado un gran impacto dado que se ha visto prioritario difundir los problemas en que la mujer salvadoreña se ha visto envuelta sea por razones de cultura, estigmas o patrones sociales, sin dejar de lado el conflicto armado al cual estuvo expuesta y lo que dificultó en gran medida sofocar la violencia contra la mujer”. *Crímenes contra la Humanidad* (Argentina: Editorial Depalma, 1986) 102 (citado a partir de ahora en el texto como *Humanidad*).

²⁸ Para Díez Ripolles J.L., “La última de las cuestiones que también ha sido objeto de una importante reforma hace referencia a la perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual que, tradicionalmente, han requerido para su persecución denuncia por parte de la víctima o, en el caso del menor o incapaz, de sus ascendientes, representante legal o del Ente Fiscal; el carácter privado de los delitos sexuales ha constituido siempre una cuestión polémica sobre la que la doctrina mayoritaria se ha mostrado generalmente cautelosa y ello por la diversidad de intereses que pueden hallarse implicados; un cierto sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que en la defensa de la libertad, cuando va referida al ámbito sexual, debe tenerse en cuenta que resultan también afectos, en mayor medida que en otros casos, valores como la intimidad o la dignidad humanas, que forman parte integrante del propio concepto de libertad sexual”. *La protección de la libertad sexual* (España: Editorial S.A. Bosch, 1985) 191.

otro punto a destacar es que según su texto la mujer continua siendo un objeto propiedad del marido.

El Código Penal salvadoreño de 1904, contenía el capítulo II, denominado “Violación y Abusos Deshonestos”, tipificaba el delito de violación en el Art. 392²⁹, la pena a cumplir era de nueve años de prisión, este artículo reconocía la violación en menores de edad, pero sigue considerando como único sujeto pasivo a la mujer y sujeto activo al hombre, por tanto las violación contra personas del sexo masculino, hombres o niños quedaban en la impunidad³⁰.

Este delito se consumaba con la penetración del órgano sexual masculino en el órgano sexual femenino, el bien protegido era la sexualidad genital de la mujer. En 1973 se promulga el nuevo Código Penal, entrando en vigencia el 15 de junio de 1974, el cual hace una diferencia entre violación propia, violación presunta y violación impropia. La primera de ellas, se configuraba cuando la víctima mayor de doce años, era sometida por la fuerza o por intimidación, en este caso la pena era de cinco a diez años de prisión.

²⁹ El Código Penal de El Salvador de 1904, en su artículo 392 establecía que: “La Violación de una mujer será castigada con nueve años de presidio. 1º Cuando se usare la fuerza o intimidación; 2º Cuando la mujer se hallare privada de razón o sentido por cualquier causa; 3º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores”.

³⁰ El Código Penal de El Salvador de 1826 en artículo 703 establecía que: “El que abuse deshonestamente de una mujer casada o desposada haciéndole creer sinceramente, por medio de algún engaño o ficción bastante para ello que es su marido o esposo legítimo, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de obras públicas, y después la de destierro del pueblo, y veinte leguas en contorno, por el tiempo que viva en el su marido o esposo”; y su artículo 704 establecía que.- “El que abuse del mismo modo de mujer casada contra la voluntad de esta, privándola previamente para ello del uso de su razón con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella este sin sentido por un accidente físico, u otra enfermedad u ocurrencia, sufrirá igual pena que la suscrita en el artículo precedente, no pudiendo ser acusada sino por la mujer o su marido. El que cometa este propio delito contra cualquiera otra persona que no sea mujer publica conocida como tal, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, con igual destierro, mientras viva el ofendido”.

La historia muestra que la violación es un acto cometido desde tiempos remotos³¹, se puede decir que ha sido uno de los delitos que durante siglos fue menos perseguido y aún menos sancionado, pero con la evolución del hombre y de la mujer, el reconocimiento de los derechos y el cambio en los contextos sociales, se logró llegar a una humanización, donde se le vea de tal forma tanto a la víctima como al victimario, aún falta mucho por hacer, sin embargo la historia muestra que los cambios han sido lentos pero certeros.

1.3 Origen de la Garantía constitucional del Debido Proceso

El origen del "Debido Proceso Legal" lo encontramos en el régimen jurídico de los Estados Unidos de América³², dato que particularmente confirman las constituciones de las colonias de Pensilvania y Massachusetts, las que anticipándose a la constitución federal de ese país recogieron en una disposición expresa el concepto de que "nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal". Este principio reconocido como la llave maestra de las garantías constitucionales tiene por origen el artículo 39 de la Carta magna obtenida por el alzamiento de los barones ingleses frente a Juan sin tierra, el cual decía: "Ningún hombre libre será detenido, apresado, confiscado sus bienes, desterrado o destruido en cualquier forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares a por la ley de la tierra"³³. Es evidente que los colonos ingleses asentados

³¹ "Los abusos sexuales a menores entran dentro del concepto de pecado-delito de sodomía en la Edad Media, y era frecuente que los niños sufrieran la sodomía durante la Alta Edad Media; la sodomía era considerada el peor pecado, puesto que se actuaba contra natura siguiendo la doctrina escolástica. Este pecado recibía el apelativo de pecado nefando, y era castigado tanto por la Iglesia como por la autoridad civil Haciendo referencia a civilizaciones como los babilónicos, hebreos y egipcios". Señala Ortiz (*Historia*, 60).

³² José Salvador Guandique, *En la ruta del Estado* (San Salvador: Dirección General de Publicaciones del Ministerio de Educación 1963) 206

³³ *Ibíd.*

en tierras americanas adoptaron la garantía por entonces conocida en Inglaterra establecida en la “Carta Magna” de 1215³⁴.

El constitucionalismo clásico o moderno iniciado a fines del siglo XVII dio la característica fundamental a esa parte de la constitución (dogmática) al proponer y perseguir como fin del estado y de su organización constitucional la defensa de los derechos y libertades del hombre, limitar al estado y dar seguridad al individuo frente a él, fueron las dos características de esa organización. La teoría y la práctica del constitucionalismo en cualquier sistema político plantea y demanda del Estado y de sus gobernantes legislativo, ejecutivo y judicial, el más absoluto respeto y observancia de los derechos y garantías consignados en las respectivas, constituciones así como de la participación activa del individuo en la conducción del Estado.

En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras constituciones escritas y por esto se les debe prestar más atención. La revolución francesa en 1789 acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados Europeos. El sistema constitucional tiene su antecedente en la carta magna arrancada a Juan sin tierra, así como la garantía del debido proceso, base del constitucionalismo; es en América donde encuentra un ambiente apropiado la semilla del constitucionalismo, así como también el sistema de Derechos y garantías de la persona frente al poder ejercido por los gobiernos.

Pero el Debido Proceso como Derecho fundamental en la reglamentación Jurídica Internacional, comprendiendo dentro de este concepto todas las garantías propias de éste, su punto de partida está dado por lo dispuesto en los artículos 9 a 11 de la Declaración Universal, el cual aparece desarrollado con más detalle en el pacto y en la convención.

³⁴ George Jellinek, *Teoría General del Estado* 2ª Ed. (México: Continental, 1958) 417.

Pese a que los instrumentos citados formulan aspectos sustantivos de Derechos Humanos, los textos en cuanto a garantías Judiciales son mucho menos indeterminadas, suministrando modelos aprovechables para la normativa constitucional, siendo necesario para la protección jurídica del Derecho Humano a un debido Proceso y de los Derechos Humanos en general que las constituciones ciertamente presenten disposiciones acordes a las contenidas en el pacto y la convención³⁵.

La panorámica respecto al derecho de libertad parece haber cambiado, producto de los acuerdos de Paz, específicamente, del acuerdo de San José, del 27 de julio de 1990, donde se establecen mecanismos tendiente a que el detenido se le garantice un trato digno, mediante el respeto de reglas mínimas del debido proceso legal; sin embargo, el irrespeto reiterado al debido proceso legal nace principalmente en los órganos auxiliares de la administración de justicia donde la policía Nacional Civil no ha sido capaz de terminar con la tradición de vejámenes a los detenidos que atentan contra el estricto cumplimiento de ese derecho.

Las formas de violación a este derecho son variadas, sin embargo, durante el período del conflicto armado, la detención administrativa fue principalmente la que propició tales violaciones. La Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, en relación a ella, parte del fundamento de que si bien está aceptada por el derecho internacional de los derechos humanos, debe ejercerse bajo los estrictos límites legales que impidan su incorrecta aplicación en perjuicio de los derechos humanos, por ser una práctica que ofrece menores garantías que la detención judicial.

La detención administrativa está regulada en el inciso segundo del Art. 13 de la Constitución de la República, según la cual no excederá de setenta y dos horas. El Art. 14 de la misma, al referirse a la atribución de

³⁵ *Ibíd.*

juzgamiento y sanción administrativa dispone que corresponde únicamente al órgano Judicial, la facultad de imponer penas, pero a la vez, faculta a la autoridad administrativa para sancionar mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente, las contravenciones a las leyes reglamentos u ordenanzas con arresto hasta por quince días o con multa.

El código Procesal Penal en el Art. 243 inciso tercero, permite de manera excepcional a los órganos auxiliares, capturar a cualquier persona aún sin orden judicial, mediante orden escrita fundada y sujeta a inmediata revisión judicial, sin embargo no existe una ley que enuncie de manera taxativa qué autoridad administrativa tiene la facultad de ordenar o ejecutar órdenes de detención³⁶.

1.4 Historia del sistema de valoración de la prueba en el proceso penal

1.4.1 Sistemas de Valoración de la prueba en El Salvador

La valoración de la prueba se realizó de distinta manera según el momento histórico y época de acuerdo a ello fue dándose una evolución o un retroceso atendiendo a las grandes etapas de la historia del Derecho, a continuación se presenta un análisis detallado de ello.

Los distintos sistemas de valoración de la prueba en nuestra legislación han sido influenciados por lo que son: a) el Sistema de Tarifa Legal o Tasada de las pruebas; b) el Sistema de la Libre convicción; y, c) el Sistema de la Sana Crítica³⁷.

En el sistema dispositivo, lo que se pretendía era dejar en manos de los particulares, la facultad de disponer y promover el elemento probatorio,

³⁶ Eberhard Schmidt, *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*, (Argentina: Editorial Bibliográfico de Argentina, 1957) 195 (citado a partir de ahora en el texto como *Fundamentos*).

³⁷ *Ibíd.*

toda la tarea de iniciación determinación del contenido y objeto e impulsación del proceso aportación de las pruebas, o sea que consiste en limitar la actuación del juez ya que en este sistema es el interesado quien inicia el proceso y el Juez, no tiene la facultad ni la obligación de buscar las pruebas por iniciativa propia convirtiéndose el Juez en un sujeto pasivo en el proceso y con base a ello el Juez resuelve en forma limitada es decir, solo en base a lo que el actor le pide; ya que el Juez no tiene libertad para investigar oficiosamente ya que es una facultad que le corresponde a las particulares de disponer del juicio y el juez se limita a mero observador.

El sistema inquisitivo permite al Juez investigar oficiosamente los hechos, ya que tiene la facultad y la obligación de buscar las pruebas para hacerles llegar al proceso; y es que esta facultad inquisitiva probatoria se otorga como una defensa indispensable a las partes pobres y débiles del proceso; y ya que está orientada a suplir los errores, olvidos, inactividad y dolor de los apoderados en razón del interés público que existe en que la sentencia sea verdaderamente justa y de acuerdo con la realidad de los hechos y no con la simple apariencia que presente una prueba incompleta³⁸.

Este sistema le señala al juez un papel protagónico dentro del proceso, ya no así el de ser imparcial dentro de la actividad procesal, ya que además de iniciar de forma oficiosa la investigación judicial, a él se le faculta para. Investigar, es decir, interroga al acusado, ordena la prueba documental, testimonial o de cualquier otra clase que le sea necesaria en su investigación y al final emite sentencia³⁹. Es en ese sentido, que se vuelve

³⁸ Hernando Devis Echandia *Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pruebas Judiciales*, 5ª Ed., (Colombia: Editorial ABC, 1977) 34

³⁹ "En este sistema, en el sentido estricto podría afirmar que no existe la figura del acusador, ya que hay varias situaciones difusas, entre ellas de que el juez acusador, puesto que se confunden los conceptos de funciones de acusador y de juzgador, con relación al acusado. En la fase de instrucción, el imputado se encontraba sometido a los grandes poderes del juez instructor, sin medios de defensa. De tal suerte que en la etapa del juicio, esta se volvía meramente formalista, puesto que en la anterior etapa ya se había fabricado la prueba recolectada oficiosamente por el juez acusador, de tal forma

un director en la investigación en el proceso, confundiéndose las actividades de juez y acusador⁴⁰.

Cabe mencionar también que cada uno de estos sistemas ha prevalecidos indistintamente, es decir, que algunas veces prevaleció el sistema inquisitivo y otras veces el dispositivo. Después de haber hablado de los dos sistemas que dieron origen a los tres sistemas de valoración de la prueba, es necesario desarrollar lo concerniente a los Sistemas de la Libre convicción y de la Sana Crítica.

1.4.1.1. Sistema de la libre convicción

El sistema de las libres convicciones persigue reconocerle al Juez la facultad de tener por probado un hecho cuando según su convicción moral, u obtenida de una intuición sensible o intelectual creyere que el hecho es como él lo supone⁴¹; desde este punto de vista se entiende que el Juez podría apreciar los hechos de manera caprichosa o arbitraria porque no está el control de las partes⁴².

Este sistema otorga al Juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas, o sea que entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; así pues, se tiene que la libre convicción no tiene por qué apoyarse en circunstancias que le consten al Juez aún por su saber privado; no es menester tampoco que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori, basta con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”.

que en el juicio solamente se hacían las conclusiones a las que se habían llegado y se formulaba por el juez la sentencia, no se permitía como hemos apreciado anteriormente el principio contradictorio de debatir tanto lo dicho desde la denuncia por el delator”. *Ibíd.*

⁴⁰ Señala Schmidt (*Fundamentos*, 195).

⁴¹ Isidro Eisner, *La Prueba en el Proceso Civil*, segunda edición actualizada (Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1964) 49

⁴² *Ibíd.*

En este sistema entra en juego, la conciencia y la apreciación de los hechos, o sea, que el Juez juzga como la conciencia le indique, no obligándose a fundamentar su decisión.

Hemos de aclarar que este sistema más que todo se aplica a los jurados populares que en razón de la forma en que ellos dicen se les llama tribunales de conciencia. Al respecto, la doctrina ve desde dos perspectivas al tribunal de jurado y lo explica de la siguiente manera: la primera perspectiva, es que, por un lado, el derecho del ciudadano a ser juzgado por sus partes, y la segunda, es la participación ciudadana en la administración de justicia⁴³.

1.4.1.2. Sistema de la Sana Critica en el proceso penal salvadoreño

El antecedente más próximo para nuestra legislación, de lo que ha sido este sistema de valoración de la prueba, se encuentra en las leyes españolas, y al respecto se dice que el enunciado de reglas de la sana critica como norma axiológica de la prueba testimonial, aparece por primera vez formulado el reglamento del Consejo Real de España de 1846 (art. 148), de allí paso a la ley de enjuiciamiento civil de 1855 (art. 317) y luego la de 1881 (art.659)⁴⁴.

La Sana Critica es un sistema de valoración cuya aplicación se ve evolucionada; es decir, la sana critica no surgió de una sola vez, si no que ha sido una necesidad frente a otros sistemas de valoración que no satisfacen las buenas pretensiones de las partes, y que de una u otra forman amarran al juez a resolver de determinada manera, su o no existe limitante alguna para valoración; ambos extremos son negativos, existe el sistema que muchos le llaman mixto, por estar entre ambos extremos, que como antes se dijo es la sana crítica.

El sistema de la sana crítica surge como una categoría intermedia entre el sistema legal y el sistema de la íntima convicción; ya que frente a la

⁴³ Claudio Barahona, "Revista chilena de historia del derecho", Editorial Juridica de Chile, n. 17 (1992): 59

⁴⁴ Francois Gorphe, *De la Apreciación de la Prueba. B. A.*, (Argentina: Ediciones Jurídicas, América. 1939) 9

absoluta libertad que tiene el juez para apreciar y valorar las pruebas y frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge la sana crítica la cual deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándose a establecer los fundamentos de la misma. El legislador le dice al juez, juzga como tu inteligencia lo indique, utilizando un sistema racional de deducciones, es decir, que va a apreciar las pruebas en base a las reglas de la sana crítica, las cuales son definidas por la doctrina como: “Las reglas del correcto entendimiento humano (porque nacen de cada caso particular, de la razón y de la conciencia del legislador) contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”⁴⁵.

La introducción de la sana crítica en la legislación procesal salvadoreña tiene sus precedentes, en el mismo Código de Procedimientos Civiles, pues es ahí donde se observan rasgos que no pueden ser otra cosa que sana crítica al valorar prueba; así el Art.323 del Código Procedimientos Civiles dispone que cuando por ambas partes dentro del procedimiento se presentan igual número de testigos, el Juez atenderá los dichos de aquéllos que a su parecer, digan la verdad o se acerquen más a ella; lo que no puede ser otra cosa que sana crítica⁴⁶. Así, la sana crítica: es la facultad que tienen los funcionarios jurídicos para resolver basados en consideraciones de orden lógico, ético y de experiencia en la vida⁴⁷.

En cuanto a las reglas que nos da la experiencia se entienden que éstas hacen desarrollar el sentido común que se adquiere en el devenir de las experiencias adquiridas en la vida, de ahí que los principios lógicos y las experiencias de la vida le sirven al Juez de brújula para orientar sus pasos hacia la verdad en el proceso y que sin éstas el Juez difícilmente podría llegar a la meta de la justicia. En consecuencia, se puede establecer que las máximas de la experiencia son aquel fundado sobre la observación de

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Ibíd.

lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio.

Por lo tanto, las reglas de la sana crítica son reglas indeterminadas a priori y que nacen en cada caso particular de la razón y de la conciencia del Juzgador, lo cual es confirmado por los doctrinarios, en el sentido de que las reglas de la sana crítica son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano, porque en ellas intervienen las reglas de la lógica⁴⁸, y las reglas de la experiencia del Juez, que contribuyen a que el juzgador puede analizar la prueba ya sea ésta de testigos, de peritos, de confesión y de inspección judicial⁴⁹, etc.

Asimismo, el Juez se ve en la necesidad de motivar sus resoluciones porque es una obligación del Juez exponer las razones de su convencimiento, demostrando el nexo entre las afirmaciones o negaciones de acuerdo a los elementos de prueba utilizados, y su valoración crítica tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya.

⁴⁸ Santiago Hernández Ruiz: "Por leyes de la lógica se debe entender la doctrina Aristotélica de la lógica formal, siguiendo el esquema de razonamiento silogístico donde la premisa mayor es la ley; la premisa menor, es el caso concreto bajo análisis, y la conclusión, el fallo o sentencia. También se incluyen los principios generales del pensamiento: identidad, no contradicción. Mucho más difuso es el concepto de reglas de la psicología considerada como ciencia empírica del pensamiento, pero que remite a la necesidad de fundamentar los fallos en consideraciones a razones psicológicas válidas y no a puras arbitrariedades. Las reglas de la experiencia común, tienen que ver más bien con pautas culturales que como tales, son variables y contingentes, según el contexto social en que el conflicto legal se suscite y donde son determinantes la costumbre y el sentido común para juzgar los hechos naturales y las conductas humanas". *Historia Universal* (México: Editorial Esfinge, 1955) 174 (citado a partir de ahora en el texto como *Universal*).

⁴⁹ "Corolario de la sana crítica o libre convicción es la necesidad de fundamentar o motivar las sentencias judiciales. El Operador Jurídico, no puede limitarse a zanjar un conflicto tomando en cuenta determinada decisión (condenatoria o absolutoria), sino que tiene que dar las razones y motivos, explicándose, porque tomo dicha resolución". *Ibíd.*

1.4.3 Origen e historia de las reglas de la lógica, la experiencia y la razón dentro del sistema de valoración de la prueba de la Sana Crítica

1.4.3.1. Máximas de la experiencia

Esta expresión fue introducida por la doctrina alemana en el siglo pasado, entendiéndose como el “conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio”⁵⁰

Otros autores alemanes denominan esta noción como reglas de la experiencia o reglas de la vida; así también, otros autores las llaman “reglas de la lógica natural”⁵¹; pero como quiera que las designemos lo importante señalar que se basan en el conocimiento empírico común y corriente, no en aquel en que se basan las ciencias que es relativo a procedimientos técnicos. No niego a este respecto que las máximas de la experiencia que utiliza el Juez, muchas veces sean contentivas de leyes científicas, pues para el caso, sabemos por experiencia común que el calor dilata los cuerpos y esto es un principio científico⁵². Pero para saber en cuanto aumentó el volumen de un cuerpo por la dilatación, es necesario conocer las técnicas o procedimientos de medición de volúmenes, y ello ya no constituye una máxima de la experiencia común de las que utiliza el Juez en la valoración de las pruebas, sino máximas de la experiencia técnica, que en referencia a un juicio penal, pueden utilizar los peritos para ofrecer un conocimiento técnico especial.

Para dejar clara la idea de las máximas de la experiencia común, es necesario que las fuentes de donde se inducen, según los doctrinarios son “todas aquellas realidades de la vida que, como los acontecimientos de las distintas actividades sociales y económicas, constituyen las fuentes

⁵⁰ *Ibíd*, 175.

⁵¹ *Ibíd*, 176.

⁵² *Ibíd*.

comunes del saber humano y de las cuales dimanar y se recogen en suma, los hechos evidentes”⁵³.

Por esta razón dentro de esta experiencia común se recogen conocimientos psicológicos, sociológicos, políticos, históricos, éticos, económicos, literarios, artísticos, etc. Pero que sean del manejo cultural medio, es decir reconocidos como existentes por la generalidades de los poseedores de una cultura mediana en un lugar y época determinados, de esta manera las máximas no pueden considerarse rígidas e invariables, pues ellas se transforman a través del tiempo, y de lugar a lugar; para el caso no podríamos llegar a pensar que la experiencia nacional es idéntica a la inglesa o que la experiencia que anda en el ciudadano actual de cultura media, es la misma que hace unos años tenían los salvadoreños, o los ingleses⁵⁴. Esta constante evolución y transformación es lo que hace imposible enumerar taxativamente las máximas de la experiencia y solo podemos conformarnos con señalar su concepto, para que quien las utilice no se pierda en tanta incertidumbre, y con sentido común pueda llegar a integrar la experiencia que él ha designado para dicho concepto.

1.6. Historia del anticipo de prueba.

El derecho procesal penal, relativamente es una ciencia reciente, pero también es una de las ramas jurídicas de relevante movimiento e importancia. Poco se sabe de los orígenes de la administración de justicia pese a que el proceso como realidad social es muy anterior al proceso como literatura o Doctrina procesal, al principio se ha manifestado como autodefensa; que a la vista de sus estragos o desenfrenos tuvo que ser intervenida en forma privada, de buscar soluciones como la composición

⁵³ Luis Martínez Guerrero, *Lógica, el Razonamiento Deductivo Formal* (México: Publicaciones Cruz y Ediciones Universidad Panamericana, 1993) 79

⁵⁴ “El origen intrínseco de las reglas de la experiencia es la observación corriente de una persona de cultura común en un determinado período, lugar y ambiente social”, señala Hernández (*Universal*, 177).

o el arbitraje, más tarde, cuando se alcanza un mínimo de Organización Social y el Estado asume el control de los conflictos surge el proceso.

Esta época es la más nebulosa u oscura del Derecho procesal pues no existe literatura procesal, o, en todo caso se desconoce su existencia tan certera es esta afirmación que eminentes autores de esta ciencia, inician sus capítulos sobre la Evolución histórica a partir de la edad media.

1.6.1. Época primitiva

Esta época marca la forma más antigua de los sistemas o medios probatorios utilizados para administrar justicia en su afán de lograr reprimir la conducta del hombre al salirse del marco considerado como correcto cuando las personas manifestaban una conducta que atentaba contra los intereses de las personas o era dañina para los mismos, se buscaba erradicar y sancionar al responsable a través de lo que se conocía como Ordalías o Juicios de Dios.

Las Ordalías o Juicios de Dios consistían en colocar al sospechoso de hecho repudiable en una situación muy precaria, en donde la suerte era capaz de salvarle, la mentalidad primitiva no conocía el azar; para ellos nada sucedía que no fuese efecto de las fuerzas sobrenaturales, ya que estas según ellos dominaba el mundo.⁵⁵

Sin embargo el azar podía estar condicionado, por una buena o mala disposición del juez o sacerdote que intervenía en el rito lo que agravaba o disminuía el rigor de la prueba. Las Ordalías eran propias de los pueblos primitivos aunque todavía se práctica en el África y posiblemente en otros lugares del Orbe⁵⁶.

En otras formas de obtención de la prueba se puede citar el Antiguo Testamento, la Ordalía se practica en una época muy lejana que corresponde a la etapa primitiva, la etapa Judía por ejemplo el rito de los celos se efectuaba cuando una mujer, después de estar bajo la potestad

⁵⁵ Enrique Paillas, *La Prueba en el proceso Penal*, (Chile: Editorial Jurídica de Chile) 7 (citado a partir de ahora en el texto como *La Prueba*).

⁵⁶ *Ibíd.*

de su marido, se hubiese desviado y manchado, o cuando el hombre atacado de celos sospechaba de su mujer es decir que actuaba bajo la creencia que la mujer lo engañaba maritalmente con otro u otros hombres.

De aquí se partía para efectuar el rito de los celos a la mujer se ponía en presencia de Yahve y el sacerdote se encargaba del rito; conjuraba a la mujer y le decía: Si no ha dormido un hombre contigo, si no te has desviado ni manchado desde que estas bajo la potestad de tu marido, se inmune a esta agua amargas y funestas, pero si, estando bajo la potestad de tu marido, le has desviado y te has manchado.... que Yahve te ponga como maldición y execración en medio de tu pueblo, que haga languidecer tus caderas e infle tu vientre⁵⁷.

Acto seguido el sacerdote hacía beber a la mujer una decocción de yerbas amargas y, según la acción del veneno en su organismo se inflaba su vientre y languidecían sus caderas era señal de que estaba en culpa; entonces era mujer de maldición en medio de su pueblo.

1.6.2. Época feudal o Edad Media

En el derecho nace el sistema de prueba legal, el cual estaba basado en la razón abstracta, en reglas que ataban la coincidencia del Juez, subordinándose aún ordenamiento pre establecido, diciendo así; era un Sistema complejo de normas que precisaban de antemano el valor legal de cada hecho de cada circunstancia del proceso y dictaban el fallo al sentenciador, sin preocuparse de su propia convicción este no era libre de apreciar por si esta prueba, ya que debía sujetarse a la regla legal y a callar lo que en su fuero interno le dictaba su conciencia.

Esta teoría de las pruebas Legales es la parte más novedosa de los antiguos procedimientos. En el Sistema de las pruebas Legales estas se dividen en plenas y semiplenas; y en manifiestas considerables, en imperfectas.

⁵⁷ *Ibíd*, 8-9.

Se distinguen así mismo entre pruebas concluyentes y demostrativas reales o presuntivas, afirmativas o negativas.

Las pruebas plenas o manifiestas eran aquellas que bastaban para convencer al Juez, de manera que este perdía la libertad de apartarse de su fuerza sin importar cual fuere su convicción eran de esta especie la confesión del acusado, cuando reunían las condiciones requeridas para hacer fe, la deposición de dos testigos del hecho o los indicios muy graves. El juez debía entonces limitarse a comprobar la existencia de la confesión, de la declaración de los testigos o de los graves indicios que proporcionaban el proceso y, una vez establecidos, la condena surgía por efecto de la ley; el sentenciador no podía dejar de pronunciarla. Así pues en la baja edad media y más tarde en el Estado absoluto por influencia de los Derechos Romanos y canónico se introdujeron por el Legislador normas de pruebas judiciales de carácter legal.

1.6.3. Época moderna

En el siglo XVIII las ideas surgieron por la inspiración del hombre una corriente filosófica representada por D'Alembert, Diderot y Voltaire, lucharon por introducir cambios en la política y en las instituciones de Francia, inspirada en las libertades y en la tolerancia que ofrecía en aquel entonces Inglaterra.

Los Reyes, para hacer felices a sus súbditos, deben tener libertad de hacer nuevas leyes, fundadas en la razón que la desigualdad de las condiciones es el peor mal y que la Educación consiste en volver al hombre a la sabiduría natural⁵⁸.

Se decía: "Entre los romanos se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles el mismo u oponerles un abogado"⁵⁹.

⁵⁸ Enrique Paillas, *Estudios de Derecho Probatorio* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991) 84

⁵⁹ *Diccionario Filosófico de Voltaire*, 6 vols. Valencia: Sociedad Editorial Prometeo, 1920.

Dentro de la doctrina se hizo fuertes críticas a las penas entonces aplicadas y a los procedimientos usados en la investigación de los delitos. Decía "un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando está ha decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la Fuerza sería el que de potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?"⁶⁰

La obligación de razonar o motivar la sentencia aparece en el Derecho Continental Europeo a partir de la Revolución Francesa. Con lo cual se inicia un nuevo período para los medios probatorios los cuales cada día se perfeccionan más, en aras de buscar la certeza Jurídica que lleve al total convencimiento del Juez.

En este contexto surgen los diversos sistemas en el proceso ya marcadas sus diferencias donde la prueba tiene diversos niveles así tenemos sistema inquisitivo el acusatorio y el mixto.

Debe entenderse que la prueba anticipada es y debe ser estrictamente excepcional, de forma que toda regulación que de ella se efectúe y su práctica cotidiana lo ha de ser en atención a éste carácter sin que quepa ampliar su operabilidad más allá de su propia justificación⁶¹; en este sentido no es posible practicar como anticipo lo que en si no lo es, por razones del tipo que sean o por simple comodidad siendo así que, como veremos si la prueba anticipada recae sobre elementos con cualidad de reproducibles, la consecuencia habría de consistir en su ausencia de valor probatorio siendo meramente un acto de investigación del cual hablaremos más adelante.

⁶⁰ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid: Editorial Committee, Universidad Carlos III de Madrid, 2015) 67

⁶¹ En sentido amplio cabe decir que prueba es lo que: Confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. Partiendo de esta definición genérica a los fines del proceso penal, se dice que prueba es todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que investigan y con relación a los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva, prueba por tanto, es todo lo que sirve para amparar o rechazar la verdad de una proposición, señala Paillas (*La Prueba*, 10).

En 1857 se promulga en El Salvador el Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales, el cual estaba compuesto por tres partes. En su parte segunda trataba de Procedimientos Criminales en Primera Instancia, y constaba en un solo libro sobre la administración de justicia en primera instancia en lo criminal. A medida que fue avanzando ese Código, fue posible sistematizar las instituciones y principios del derecho procesal penal, y sobre todo los relativos a procedimientos en primera instancia, los cuales se separaron de los procedimientos civiles.

Los relativos a la Segunda y Tercera Instancia, continuaron unidos en la tercera parte del Código, bajo los llamados Procedimientos civiles y Criminales en Segunda y Tercera Instancia y Recursos Extraordinarios. El Código de Procedimientos y Fórmulas tuvo su vigencia de pocos años, y en 1863 se difunden por separado los Procedimientos Civiles y los Criminales; este último con un nuevo nombre: "Código de Instrucción Criminal".

No es hasta en 1997 que entra en vigencia la nueva normativa penal y procesal penal, en donde una de las novedosas figuras es lo relativo a los Anticipos de Prueba ubicándose dentro del Proceso Penal Salvadoreño en la etapa del Juicio público ya que de ahí dependerá su valoración, siendo incorporados mediante la lectura, por tal razón es una excepción al principio de oralidad⁶².

1.7. Marco coyuntural del anticipo de prueba

El Derecho Penal, es aquel que tiene como objeto regular la conducta del hombre en la sociedad, cuando estima que este es capaz con su actuar de lesionar un bien o, previamente protegido por la norma jurídica, que puede producir un daño social o bien origina un peligro para la

⁶² "El valor probatorio de la prueba anticipada del Art. 270 Pr.Pn. tiene su fundamento en la presencia de un juez que se presume independiente e imparcial, por configuración legal y constitucional y en el respecto de la intermediación, entendida en sentido amplio (percepción directa de la prueba, por un juez) la contradicción, la oralidad, la publicidad, la prueba anticipada, se deriva de la necesidad de anticipar condiciones de la vista pública implicado estos restricción de los derechos de las partes", señala Paillas (*La Prueba*, 11).

comunidad, bajo la amenaza de una sanción, de tal manera que se crean normas penales, tendientes a sancionar las conductas dañinas y perjudiciales para la sociedad, pero en la aplicación de estas, es necesario la existencia de otro "Derecho", que regule el procedimiento a seguir para la aplicación de las leyes penales al caso concreto, debe pues establecerse la tramitación, los procedimientos penales para que el Infractor no sea sancionado arbitrariamente, asegurando el respeto a las garantías Constitucionales, a través del proceso penal, todo ello constituye el Derecho Procesal Penal.

En El Salvador antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho. El proceso penal, era totalmente escrito; el juez era el protagonista principal, investigaba y valoraba la prueba y resolvía, dejando a las partes en un segundo plano, quienes se limitaban a presentar escritos, sugiriéndole al juez la práctica de determinados actos, lo que traía como consecuencia una incorrecta regulación del Derecho de Defensa, deficiencia en la introducción de la prueba al proceso, y no obstante ser el hombre, el destinatario de la ley, la práctica decía lo contrario, la administración de justicia adquirió un matiz meramente formalista, consecuencia de un enfoque humanista y social, lo que hacía al proceso penal lento, ineficiente e inadecuado, ignorando dos aspectos fundamentales, primeramente se olvidaba que se estaba juzgando a personas humanas y en segundo lugar se olvidaba también que el ofendido tiene Derechos, los que se dejaban desprotegidos por parte del Estado Salvadoreño, contradiciéndoles de esta forma la Constitución de la República y los Tratados Internacionales los cuales El Estado Salvadoreño, ha suscrito y ratificado como lo estipula el Artículo 144 de nuestra Constitución⁶³.

⁶³ "Los medios de prueba son desarrollados dentro del ámbito de los principios que rigen el proceso penal como el principio de Oficialidad, siendo el Estado el ente encargado de administrar justicia, el principio de la verdad legal, que incluye la inmediación, la libertad de prueba, utilizando la libre convicción o regla del correcto entendimiento humano como lo es la lógica, la experiencia del juzgador y el principio de inviolabilidad de la defensa que contiene la intervención y la contradicción que son la base de la sentencia, así

1.8. Historia de la promulgación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres

La violencia en cuanto al fenómeno social ha estado presente desde los primeros vestigios de la sociedad, transitando a través de las diferentes formaciones culturales, económicas y sociales que han acontecido a lo largo de la historia evolutiva del ser humano.

La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, se configura como una Ley de Segunda Generación, porque viene a auxiliar la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, considerada esta como ley de primera generación, esto debido a la poca eficacia que resultó la LCVI en cuanto a la defensa de los derechos de las mujeres, demostrando un alto índice de casos de violencia intrafamiliar la mayoría dirigida contra las mujeres, por lo que la LEIV viene a proteger de forma especial a las mujeres, las cuales son consideradas como un sector vulnerable de la sociedad⁶⁴.

La violencia de género constituye una muestra de opresión que recibe un género a causa del rol que le ha sido culturalmente atribuido y que, por tanto, puede manifestarse en distintos ámbitos, tanto familiar como público. En este sentido, el concepto de violencia de género se perfila en los años noventa y se identifica con la caracterización que de la misma se ha dado en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la denominada Cumbre de Beijing, en 1995, de la que no difiere en exceso el concepto dado acerca de este tipo de violencia en la Convención Belem do Pará.

mismo el anticipo de prueba tiene sus presupuestos básicos que la autorizan que son los criterios de Irrepetibilidad y previsibilidad esto significa es que no se puede volver a hacer y que se puede prever o verificar". Albert Binder Barzizza, *El Proceso Penal Ilanud Foncap*, (San José: Editorial Costa Rica, 1991) 81 (citado a partir de ahora en el texto como *Foncap*).

⁶⁴ En El Salvador se toman las primeras medidas con la creación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, la cual no dio los resultados esperados por una simple razón: seguía siendo una ley tradicional que no trataba de forma integral una problemática muy agudizada por el devenir de los años. Es hasta en el año de 2017 que entra en vigencia la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres como una respuesta ante la ineficacia de las medidas hasta el momento tomadas

En su virtud, la violencia contra la mujer se tilda de violencia de género porque constituye un ejemplo de violencia cultural.

El día 30 de mayo del año 2016 entra en vigencia la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, como una normativa creada especialmente para la defensa y conservación de los derechos de la mujer, para eliminar toda forma de violencia y discriminación hacia la mujer, dicha ley entra a ser considerada como una ley de segunda generación.

La garantía, goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, se han visto obstaculizados en el plano legal, por una normativa nacional androcéntrica; es decir, que identifica como su objeto de legislación al hombre como paradigma de lo humano, sin tomar en cuenta las diferencias y especificidades de las mujeres, dando lo anterior como resultado la exclusión y discriminación de las mujeres en el acceso a la justicia y la aplicación de una verdadera e imparcial justicia. Reconocer las diferencias, entre los distintos grupos humanos, en cuanto al sexo y edad, por tanto, es de imperativo cumplimiento como obligación ética de un Estado democrático y representativo⁶⁵.

El derecho fundamental a la igualdad comprende la no discriminación por razón de sexo, ésta se encuentra expresamente reconocida, tanto por el artículo 3 de la Constitución de la República como en los Tratados sobre derechos humanos ratificados y por ende de obligatorio cumplimiento para El Salvador, entre ellos el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que disponen de manera similar que todas las personas son iguales ante la ley.

⁶⁵ Hoy en día la violencia contra la mujer se ha reconocido como problema a escala mundial, ocasionando esto un grave obstáculo para el desarrollo y la paz de una sociedad estable e igualitaria. Es por tal situación, que se han venido implementando instrumentos tanto internacionales como nacionales para promover e incentivar a la vez, que los derechos humanos son establecidos tanto para los hombres y las mujeres; y que por tal motivo para crear un equilibrio de género se abordan teorías para entender qué es la discriminación de género, cómo se origina y se reproduce en la actualidad.

1.9. Constitución de la Republica

Desde la primera Constitución de El Salvador, que data del año 1824, hasta la del año 1939, mujeres y hombres no eran legalmente iguales, no existía una disposición que estableciera tal igualdad, es hasta la Constitución de 1950 que se reconoce este derecho a la igualdad, principio teórico que no tuvo la eficiencia que intrínsecamente implica la igualdad como un principio básico, la vigente Constitución establece el principio de igualdad, en su artículo 3 hace notar que lo que se formula en esta disposición es de carácter formal, ya que la igualdad no significa que todas las personas presenten las mismas cualidades, y especialmente las mujeres y los hombres, al contrario, existe la posibilidad de que surjan Leyes desiguales, lo que no representa una violación a este magno principio.

Se ha establecido por medio de Jurisprudencia, que "...corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual...lo que está constitucionalmente prohibido en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la Ley, es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, la diferenciación arbitraria...; la Constitución salvadoreña prohíbe la diferenciación arbitraria, la que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable⁶⁶, que surja de la naturaleza de la realidad, o que, al menos, sea concretamente comprensible...; en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la Ley, debe

⁶⁶ "Una de las teorías más importantes respecto al género, es la línea de pensamiento de la socióloga feminista Ann Oakley en 1977, ella introdujo definitivamente el concepto de género en las ciencias sociales para diferenciar la construcción cultural tejida sobre los sexos e investigar las relaciones entre el sistema de dominación sobre las mujeres, las instituciones sociales y la organización de la economía. Ella observó que el sexo biológico es importante para determinar los papeles sociales que va a jugar cada ser humano; que se va a organizar una división de trabajo en función de los sexos, a partir de la cual se asignará a los varones, principalmente, el trabajo en las fábricas o productivo, y a las mujeres, mayoritariamente, el trabajo doméstico y reproductivo", señala Binder (*Foncap*, 81).

entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación⁶⁷.

1.9.1. Ley Contra la Violencia Intrafamiliar (LCVI)

Surge en el marco de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención de "Belém do Pará", y en el marco del cumplimiento de la Plataforma de Acción de Beijing, entró en vigencia el 28 de diciembre de 1996. Es una ley de tipo preventivo cuyo principio fundamental se asienta en el Artículo 32 de la Constitución, en el deber del Estado de "dictar la legislación necesaria para la protección de la familia y crear los organismos y servicios apropiados para su bienestar y desarrollo social, cultural y económico. La Ley Contra la Violencia Intrafamiliar fue una respuesta del Estado una vez que asumió los compromisos de Belém do Pará, fue una forma de visualizar la violencia contra las mujeres pero evitando la penalización, es por tal situación que esta ley primordialmente busca prevenir la violencia, más no sancionarla, se reconoce que una de las primacías de dicha ley es que registra la violencia en el ámbito privado, es decir, en el esfera familiar.

1.9.2. Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres (LIE)

Aunque ésta ley no es el objeto de estudio, es importante hacer mención de ella, ya que tienen que aplicarse conjuntamente con la LEIV, ya que la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres, es, junto con la LEIV, una ley de segunda generación que protege a las mujeres y reconoce el derecho a una vida libre de violencia para las mismas, estableciendo cierta gama de principios que buscan erradicar por completo la discriminación y violencia que sufren las mujeres en la actualidad.

Ésta Ley surge a partir de las obligaciones contraídas por el Estado salvadoreño en la CEDAW, y prohíbe la discriminación de hecho o de

⁶⁷ *Ibíd.*

derecho, directa o indirectamente contra las mujeres. También está catalogada como ley de interés social, y establece una política en la cual están involucrados todos los sectores sociales, tal como lo establece el artículo 3 de la misma⁶⁸.

1.9.3. Justificación y objetivo de la creación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres

La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres es creada, mediante Decreto Legislativo número 520, del Diario Oficial número 2, Tomo 390, publicado el 4 de enero de 2011, entrando en vigencia el día 30 de mayo del año 2016. Como primer punto, hay que preguntarse ¿Por qué y para qué fue creada la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres? La LEIV, entra a proteger a las mujeres en contra de todas las formas de violencia dada por la obstaculización de un derecho igualitario entre género que ha interpuesto la cultura machista, y a la falta de recursos de protección a los derechos humanos de las mujeres. La LEIV, es una ley que acarrea un compromiso para el Estado, pero no solo enfocando dicha ley en un ámbito privado, ya que se entabla una parte penal en donde los delitos que son ya calificados, específicamente por las relaciones de poder que tienen algunos sectores, como los hombres contra las mujeres⁶⁹.

Si bien es cierto, la LEIV se crea para legislar y regular 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, esto no implica que exista una desigualdad entre los géneros, sino que se crea

⁶⁸ “La igualdad entre la mujer y el hombre supone abolir la discriminación entre ambos sexos para que el hombre en ningún aspecto de la vida social, se encuentre privilegiado como todavía sucede en la mayoría de los países latinoamericanos y en especial en nuestro país”. *Ibíd*, 100.

⁶⁹ “La igualdad de oportunidades para uno y otro género recoge la aspiración por lograr una relación y trato igualitario a mujeres y hombres, tiene una ineludible necesidad de crear leyes e impulsar políticas públicas, para formar y establecer hábitos y creencias acordes a la igualdad para uno y otro género”. *Ibíd*.

una necesidad de proteger a un sector vulnerable en su derechos para crear una estabilidad igualitaria entre el hombre y la mujer.

Esta ley especial se justifica y surge a partir de la lucha sostenida de movimientos feministas defensoras de los Derechos de las mujeres; por la situación de violencia y discriminación que sufre la mujer en El Salvador, situación que no pudo ser controlada por leyes anteriores como en el caso de la LCVI, la cual tuvo una carente eficacia en cuanto a la protección de la mujer; y ante la deuda política que tenía el Estado Salvadoreño con los organismos internacionales por el incumplimiento de los compromisos adquiridos con los Tratados Internacionales. En consecuencia, la LEIV fue aprobada con el objeto de disminuir las brechas que existen entre hombres y mujeres, y lograr una igualdad real.

1.9.4. Creación de los tribunales especializados

Los Juzgados y Cámara Especializada para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres a nivel nacional, son entes jurisdiccionales, que de acuerdo al Decreto Legislativo 286, publicado en el Diario Oficial número 60 Tomo N° 411 de fecha: 4 de abril de 2016, tienen competencia para conocer en los casos siguientes: a) los asuntos que le sean remitidos por los Juzgados de Paz en aplicación de los delitos establecidos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres; b) Las denuncias y avisos con base en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, en los casos en que las víctimas sean mujeres, siempre que se trate de hechos que no constituyan delito y cuando no hayan prevenido competencia los Juzgados de Paz de la jurisdicción en la cual hayan sucedido los hechos.

Éstos no resultaren en ilícitos más graves contenidos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres; c) la emisión, el seguimiento y la vigilancia de las medidas cautelares y de protección necesarias que aseguren la eficacia de los procesos y procedimientos administrativos y judiciales, que establecen: la Ley Especial Integral para

una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación Contra las Mujeres, y otras normativas aplicables a esta nueva jurisdicción; y, d) los delitos de discriminación laboral, atentados relativos al derecho de igualdad y violencia intrafamiliar, incumplimiento de los deberes de asistencia económica, desobediencia en caso de violencia intrafamiliar, todos del Código Penal siempre que fueren cometidos bajo la modalidad de violencia de género contra las mujeres.

CAPITULO II

LA VALORACIÓN DE LOS DIVERSOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL

Dentro del presente capítulo se desarrollará desde un punto de vista doctrinario y conceptual todo lo referente al delito de violación, comprendiendo los sujetos involucrados en dicho ilícito penal y la calidad de los mismos, los distintos medios de prueba correspondientes a este delito, sus características y su relación con el debido proceso en general. Así también, se hará una referencia rápida al proceso penal salvadoreño, en específico a su fase de juicio, abarcando así su estructura como los principios y garantías constitucionales que rigen la actividad probatoria dentro del proceso penal.

2.1. Consideraciones jurídico-doctrinarias del delito de violación

2.1.1. Definición del delito de violación

El legislador tipifica en el artículo 158 del código Penal, el delito de violación⁷⁰ de la siguiente manera: *“el que mediante violencia tuviere*

⁷⁰ Las autoras Daniela de Vito, Aisha Gill y Damien Short, exponen que “el concepto de (delito de violación como crimen de guerra) se abordó, en un grado significativo, por primera vez a comienzos de la década de los noventa, después de la guerra de Bosnia cuando se denunciaron violaciones a los derechos humanos, incluyendo la utilización de campos de concentración por los serbios, limpiezas étnicas y la violación sistemática de mujeres musulmanas. La comunidad internacional respondió exigiendo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas crear un tribunal *ad hoc* para juzgar crímenes de guerra, con el argumento de que dichas atrocidades, que no disminuían, constituían una amenaza para la paz internacional”. “El Consejo aprobó la Resolución N° 808/827, que condujo a la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, aunque no especificó la jurisdicción o la normativa aplicable del tribunal propuesto. Esta tarea fue encargada al Secretario General de la ONU, quien presionó a un número de Estados y de organizaciones internacionales de derechos humanos para que presentaran propuestas para un proyecto de estatuto aplicable, que permitiría considerar al delito de violación como un crimen de guerra, esto generó una oportunidad para que académicos pudieran desarrollar argumentos claves de derecho internacional prohibiendo los tipos de violación que estaban ocurriendo en Bosnia, lo que a su vez, le dio al Tribunal las justificaciones morales y jurídicas para perseguir al delito de violación como un crimen de guerra”. “El Tribunal también dictaminó que el delito de violación puede ser considerado como un crimen contra la humanidad en caso de que sea cometido en forma generalizada o sistemática, fundado en motivos políticos, sociales o religiosos y que

acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años".⁷¹ No obstante, los doctrinarios establecen dos definiciones de violación⁷², la primera, refiere que *"la violación es un tipo penal genérico, el cual, está clasificado dentro de los delitos de mera actividad, por lo tanto, la estructura básica de la acción es sumamente simple, por cuanto el hecho punible queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina y/o en el ano de la víctima, que tanto la acción como resultado se funden dentro de la conducta típica prevista por el legislador, por ello, no cabe aquí alegar sobre la relación de causalidad"*.

La segunda, considera a la violación⁷³ como *"un elemento normativo de carácter cultural, que no debe de interpretarse en el único sentido de fuerza física y que implica la coacción moral, se materializa ya sea porque un sujeto, empleando todo su potencial físico, obliga a otro sujeto al acceso carnal una vez que ha logrado doblegar su resistencia y oposición*

sean destinados contra la población civil". "Más importante aún es que estos desarrollos situaron firmemente la violación durante conflictos armados dentro de debates más amplios sobre las obligaciones morales y éticas para hacer responsables a las personas y los Estados por los delitos que cometan contra la humanidad, convirtiendo su definición como problema social en algo aún más acuciante". "El delito de violación tipificado como genocidio", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º. 10 (2009): 1. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23736.pdf>. (citado a partir de ahora en el texto como *Internacional*).

⁷¹ Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 158.

⁷² "No obstante siguen adhiriendo que "la literalidad del Art. 158 es determinante para considerarlo como un delito de mera actividad. La conducta consiste en un simple hacer: tener acceso carnal, sin requerirse que produzca en la víctima alguna consecuencia distinta al mero acceso, ni separable de él temporal o espacialmente". Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2002) 596 (citado a partir de ahora en el texto como *Comentado*).

⁷³ "La violación es una de las armas más destructivas en los conflictos armados. Esto se debe, en parte, a su capacidad de desmoralizar a un grupo vencido. El delito de violación o la amenaza de éste, pueden dar lugar a desplazamientos de la población, puede causar que la población huya de sus países a fin de evitar la violencia sexual que puede conllevar una invasión militar. Este delito también genera vergüenza y trauma, lo que puede impedir que se produzcan matrimonios, provoca divorcios, obliga a las mujeres a abandonar o a matar a los hijos que son producto de la violación, divide familias y destruye los cimientos sobre los que la cultura humana se basa y se mantiene. Estos crímenes no se limitan a vejaciones sexuales: otras formas de violencia incluyen el feticidio si la víctima está embarazada, que también puede resultar en muerte"., señalan Gill y otros (*Internacional*, 1).

*o bien, porque el sujeto amenazando con ocasionar un mal mayor, logra el acceso carnal con su víctima”.*⁷⁴

Mientras tanto, en el ámbito internacional la forma en que el delito de violación ha sido conceptualizado y tratado por diversas instituciones, entidades internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario presenta por un lado contradicciones y, por otro lado, en los últimos tiempos, innovadoras conclusiones. Respecto a las contradicciones, cuando se menciona explícitamente el delito de violación dentro del derecho internacional humanitario, éste tiende a estar asociado con el honor de la mujer y no como un acto de violencia.⁷⁵

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos, mantiene un criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el cual considera que *“la violación no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”.*⁷⁶

2.1.2. Bien jurídico protegido

En los delitos comprendidos en el Título IV del Libro II del Código Penal, el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Es así, que Según la doctrina este bien jurídico se encuentra definido como: *“aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo, en la doble vertiente positiva o*

⁷⁴ Señalan Carrasco y otro (*Comentado*, 597).

⁷⁵ Señalan Gill y otros (*Internacional*, 1).

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fondo, Reparaciones y Costas 25 de noviembre de 2006, Referencia: Caso del penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* (Corte Rica, 2006) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

*negativa, la primera, se ejerce la libertad sexual al decidir libremente implicarse en una situación sexual con otra persona, la segunda, se ejerce al decidir con la misma libertad no implicarse sexualmente en un ambiente sexual, incluso, la protección de la libertad sexual abarca los supuestos en que el consentimiento se encuentra viciado, se distorsiona o está ausente”.*⁷⁷

La Sala de lo Penal define a la libertad sexual como: *“una categoría de la libertad individual que por su contenido, merece igualmente la tutela penal y que es vulnerada al atacarse ilícitamente el ámbito de autodecisión de la persona, la cual consciente y libremente tiene la aptitud de resolver quién será o no admitido en su espacio esencial”.*⁷⁸ Por su parte, la doctrina establece que la libertad sexual *“es aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y en cuan modo a la disposición del propio cuerpo y un buen juicio merecedor de protección y necesitado de tutela penal”*⁷⁹.

No obstante, la consideración de la libertad sexual como bien jurídico protegido ha sido debatida en relación de los delitos de índole sexual que perjudican a personas menores de edad, puesto que la libertad sexual como una manifestación de la facultad general de autodeterminación voluntaria en la esfera sexual no es posible en las personas menores de edad, pues estas no poseen la capacidad de consentir o rechazar las intromisiones en el ámbito personal de la libertad sexual.

⁷⁷ Señalan Carrasco y otro (*Comentado*, 596).

⁷⁸ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 436-CAS-2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014). Además, la Sala de lo Penal, realiza la siguiente afirmación: *“la violación es el ataque de máxima intensidad a la libertad sexual”*.

⁷⁹ Francisco Muñoz Conde, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 10^a ed. (España: Tirant lo Blanch, 1995) 419. <https://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/7076/1/364.153-A385d.pdf>.

2.1.3. Sujetos

2.1.3.1. Sujeto activo

En principio pueden ser sujeto activo tanto hombres como mujeres, pues la conducta típica del acceso carnal por vía vaginal o anal, permite castigar tanto la conducta del varón que, mediante violencia, consigue el acceso vaginal con una mujer o el acceso anal con una mujer o con un hombre, como la conducta de la mujer que, con violencia, obliga a un hombre a tener con ella acceso vaginal o anal o la de un hombre que, con la violencia típica, obliga a otro hombre a tener con él un acceso anal.⁸⁰

2.1.3.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo, puede ser tanto hombre como mujer, no cabe la existencia de delito de violación en relaciones homosexuales femeninas, pues el acceso carnal requiere la participación de un órgano genital masculina. Es posible la violación dentro del matrimonio, sea el violador el marido o a la esposa, pues el contrato matrimonial no otorga a ninguno de los dos cónyuges derecho para realizar el acto sexual.⁸¹

2.1.4. Conducta Típica

Consistente en lograr el acceso carnal con violencia física o psicológica,⁸² teniendo la falta de consentimiento de la víctima, puesto que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona, en el momento en

⁸⁰ “El autor de la infracción es quien comete el acceso carnal, al realizar la acción corporal descrita en el tipo”, señala Sala (436-CAS).

⁸¹ *Ibíd*, 596.

⁸² “El concepto de violencia incluye la intimidación, pues el uso de uno o de otra denota claramente la voluntad contraria del sujeto pasivo a la realización de los actos sexuales, supone la utilización de un acto físico sobre el cuerpo del sujeto pasivo, dirigido a lograr el acto sexual, el empleo de violencia sobre persona distinta del sujeto pasivo, para lograr el consentimiento de este dará lugar a intimidación, ya que, la violencia ejercida ha de estar en relación causal con el acto sexual y ha de ser idónea para lograr este en contra de la voluntad de la víctima, no es preciso que esta oponga resistencia desesperada o heroica, sino que la violencia usada por el sujeto activo y la resistencia opuesta por el sujeto pasivo debe ser valoradas de acuerdo con todas las circunstancias objetivas y subjetivas, la violencia puede ser ejercida por persona distinta de la que realiza el acto sexual, como en los casos en los que una o más personas sujetan a la víctima, mientras otro realiza el acceso vaginal o anal”. *Ibíd*, 598.

que se tiene acceso carnal sin el consentimiento de la otra persona, es ahí donde se lesiona el derecho de la víctima a decidir con quién mantener una relación sexual y con quién no.

La intimidación existe cuando se amenaza al sujeto pasivo con causar un mal sino accede al acto sexual.⁸³ Es necesario, por tanto, que el sujeto pasivo no preste su consentimiento voluntario, a la realización de ese acto y que se emplee para vencer su opuesta voluntad una intimidación suficiente para vencerla, por tanto debe ser una intimidación grave, dirigida contra bienes del propio sujeto pasivo o de una persona cercana a él, valorando la totalidad de las circunstancias concurrentes como las condiciones físicas, edad, contexto social, lugar, instrucción, para determinar si tal amenaza era o no grave.⁸⁴

Del tipo penal, la doctrina y la jurisprudencia se han delimitado los siguientes componentes básicos del ilícito:

2.1.4.1. Una acción evidentemente lúbrica

Se describe como toda acción corporal, lujuriosa, concreta y particular en que se manifieste el instinto sexual, afectando de un modo relevante la sexualidad ajena en el que intervienen los órganos genitales y cuyo fin implica penetración (acceso carnal), que como se observa se refiere al tipo subjetivo.⁸⁵

⁸³ “La violencia o la intimidación deben ser empleadas para lograr la realización del acceso carnal por vía vaginal o anal. Por acceso carnal por vía vaginal se conoce la introducción del órgano genital masculino en la vagina femenina. La conducta castigada es tener acceso carnal por esta vía empleando violencia para ello, por lo que, se castiga tanto al hombre como a la mujer que emplean la violencia para el acoplamiento de los órganos sexuales” *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, 599.

⁸⁵ Fiscalía General de la República de El Salvador, *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* (El Salvador: Escuela de Capacitación Fiscal, s.f.) 28, https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/Guia_ActuacionFiscal_ExploSex.pdf. (citado a partir de ahora en el texto como *Guía*).

2.1.4.2. La utilización de violencia o intimidación

Violencia es considerada como sinónimo de fuerza (física o moral) que se proyecta e infiere sobre el cuerpo de la víctima (si lo fuere sobre el cuerpo de alguien de su entorno cercano, estaremos en presencia de intimidación), suficiente como para lograr el fin deseado por el sujeto activo; la fuerza se mide por su idoneidad y eficacia, no por su cantidad.⁸⁶

En consecuencia, la violencia debe ser: **a)** Real, no producto de la imaginación de la persona ofendida, **b)** Necesaria, o sea, la indispensable para lograr el acto, vale decir, para vencer la resistencia física y moral de la víctima, **c)** Continuada, porque, si se cesa en ella y la víctima accede voluntariamente (no porque tema a un incremento de violencia si se continua oponiendo) al yacimiento, no se da el delito.⁸⁷

2.1.4.3. Contra o sin el consentimiento del sujeto pasivo

se incluyen aquí dos circunstancias: a) Contra el consentimiento; es decir, cuando el sujeto pasivo inequívocamente niega el asentimiento al sujeto activo para yacer con él y éste, usando la violencia física o moral, rompe tal negativa y accede carnalmente a la víctima; y, b) Sin el consentimiento: cuando por razones de inconsciencia, edad, enfermedad o incapacidad psíquica, el sujeto pasivo no oponga resistencia a los

⁸⁶ “Por otro lado, la intimidación equivale a un constreñimiento psicológico, a una amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente, que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega carnal. No es más que otra forma de ejercer violencia, esta vez de carácter psicológica, contra la víctima, que debe contar con cierta entidad. En tal sentido la gravedad, concreción, persona a la que va dirigido, posibilidades de realización, se han de valorar en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, por lo que cualquier apriorismo desconoce que lo decisivo es que despierte o inspire en el receptor un sentimiento de temor, angustia o coacción psicológica que resulte eficaz para producir una inhibición anímica”. *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*, 29.

deseos sexuales de su agresor, que corresponde al delito del artículo siguiente.⁸⁸

2.1.4.4. Acceso carnal por vía vaginal o anal

El delito de violación se consuma mediante el acceso carnal: que es la cópula, coito o relación sexual o penetración sexual. Finalmente este tipo penal sólo es posible realizarlo cuando el acceso carnal se dé por las dos vías expresamente señaladas vaginal, que hace exclusivamente referencia a las mujeres; o anal, que también incluye como sujeto pasivo a los hombres.⁸⁹

2.1.5. Tipicidad subjetiva

Sólo es posible realizar la conducta prohibida por medio de dolo directo.⁹⁰ Es así, que los doctrinarios definen a esta figura de la siguiente manera: *“se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo de delito. En el dolo directo, el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados. Ejemplo: “Juan decide violar sexualmente a Diego por envidia, llega a la puerta de su casa, lo espera, lo ve y lo sienta en sus piernas tocándole sus parte íntimas”.*

2.1.6. Fases de ejecución del delito

El delito de violación es de mera actividad el cual, es definido actualmente por la Sala de lo Penal como: *“aquel ilícito penal, que basta que el sujeto activo realice la conducta descrita en la norma para tenerlo por consumado; en otras palabras, no se exige una relación de causalidad entre la conducta exteriorizada y el resultado lesivo, pues ésta ya viene*

⁸⁸ Ibíd, 30.

⁸⁹ Señala la Fiscalía (Guía, 30).

⁹⁰ Señalan Carrasco y otro (Comentado, 599).

*tipificada por el legislador como de peligro abstracto. Asimismo, adhiere que no necesita la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro, dado que, éste se presume”.*⁹¹

En ese mismo orden, advierten los doctrinarios, que este delito queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina o en el ano y se entenderá producida la introducción desde que el pene supere el portal himeneal o los esfínteres anales. Aclaran que cabe la tentativa cuando se ha iniciado la ejecución del delito. Por ejemplo, con el ejercicio de la violencia o de la intimidación y no se ha producido la introducción, e igualmente en los casos de desproporción de genitales que la impide.

2.1.7. Autoría y participación

La Sala de lo Penal sostiene en su reiterada jurisprudencia que el autor en el delito de violación es quien comete el acceso carnal,⁹² al realizar la acción corporal descrita en el tipo. Asimismo, esto es complementado por la doctrina, en la que se establece que: *“el autor en sentido stricto solo puede ser quien realiza la conducta sexual, aunque caben supuestos de coautoría en lo que una persona ejerce la violencia o la intimidación mientras otra realiza el comportamiento sexual”.*⁹³

Es indiscutible la consideración de delito de propia mano de la violación, la conclusión sobre ello tiene repercusiones en la calificación que ha de darse a la forma de intervención en los hechos. La consideración de propia mano limita el ámbito de la autoría a la inmediata, dejando por figura la

⁹¹ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 139C2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

⁹² “Un sector de la doctrina reconoce a la violación como uno de los típicos ejemplos de delitos de mera actividad; otro como un delito de resultado descartando a la vez que sea de propia mano. La doctrina prácticamente no ha pretendido profundizar en la terminación del alcance de lo que se entiende por delito de propia mano, pero algunos dejan entrever su existencia. Si se estima que el delito es de resultado, tal dato sería indicativo de que no es de propia mano”. *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

coautoría. Algún sector dejando de lado la consideración como de propia mano admite la posibilidad de la coautoría en el caso de sujetos que si bien no realizan el acceso carnal, realizan otros actos que son ejecutivos como es la violencia física o moral sobre la víctima, en otras palabras un auxilio indispensable para el autor, pero ostentando el dominio del hecho; otro sector aunque admite la calidad de delito de propia mano acepta la autoría.⁹⁴

2.2. Breve referencia al proceso penal

2.2.1. Definición de proceso penal

El proceso penal en un estado democrático es un instrumento racional dirigido contra una persona individualizada que ha atentado contra bienes jurídicos importantes para garantizar la vida en sociedad, no obstante ello no debe trascender la persecución hacia aquellos que no han tenido nada que ver con la acción u omisión delictiva. Para los doctrinarios el proceso penal es: *"el conjunto de los actos procesales particulares dirigidos a la comprobación del delito, a la búsqueda y conservación de las pruebas, a la identificación v sometimiento procesal del autor y de los copartícipes de ese mismo delito, sujeto activo de la instrucción es el juez, no el ministerio público que se limita a referirla y luego a ejercitar las facultades que le reconoce la ley"*.⁹⁵

Por su parte la Sala de lo Constitucional, concibe al proceso penal, dentro de lo que dictaminan las modernas corrientes procesales como: *"un cúmulo de garantías derivadas de la seguridad jurídica, que pretenden proteger los derechos de la persona acusada de la comisión de un delito,*

⁹⁴ *Ibíd*, 602.

⁹⁵ Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. y ed. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín (Buenos Aires: El Foro, 1996) 108. Mientras tanto para Eugenio Florián proceso penal es: "el conjunto de actividades mediante las cuales los órganos competentes, observando ciertos requisitos, juzgan a los infractores de la ley penal y les aplican las sanciones establecidas". *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (Barcelona: Bosch, 1934) 136.

para asegurar que pueda ser oído en su defensa y oponerse legalmente a la pretensión punitiva que se deduce en su contra".⁹⁶ Cabe recalcar que la moderna doctrina sugiere que el proceso penal sea sencillo y comprensible para todos, que procure una rápida decisión de los conflictos y en el cual, el juez tenga un papel protagónico de verdadero director del proceso y no de un mero receptor de lo que pidan y plantean las partes, es así que la sencillez, contradicción, celeridad, intermediación oralidad valoración probatoria de acuerdo a la sana crítica, son los principios rectores y cualidades que debe tener el proceso penal en la actualidad.⁹⁷

De la organización del proceso penal dependerá que se cumplan los principios que lo fundan. La mayoría de veces puede surgir que una estructuración inapropiada genere atropellos de garantías y principios procesales que en un proceso penal deben reinar, o más bien de las distorsiones que la práctica introduce en la propia estructuración del proceso.

2.2.2. Sujetos del proceso penal

En el título III del libro primero del Código Procesal Penal, se regula lo relativo a los sujetos procesales básicos del proceso penal,⁹⁸ es así, que al hacer una comparación con el CPP derogado, se advierte como novedad que entre los sujetos procesales comprende a "los tribunales",

⁹⁶ Sala de lo Constitucional, *Proceso de Inconstitucionalidad, Referencia: 52-2003/56-2003/57-2003* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004)

⁹⁷ *Proyecto de Código Procesal Penal* (El Salvador: Ediciones último decenio, 1994) 15.

⁹⁸ Adolfo Enrique Ramírez López, resultado de su investigación establece que los sujetos procesales son: "ese grupo de personas, cuya intervención hace posible la realización y eficacia del proceso penal, ya sea porque a través de sus funciones, se concretizan las garantías procesales, que hacen posible el debido proceso o proceso penal moderno; y son los considerados en forma universal como sujetos procesales". Adolfo Enrique Ramírez López, "Los sujetos procesales en el proyecto de Código Procesal Penal" (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1995)

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/963dd5cf8b1e40fc0625766900613944?OpenDocument>

mientras que en el CPP ya derogado, los trataba por separado en el libro primero, bajo el epígrafe “órganos jurisdiccionales”.⁹⁹ Ese cambio de estructura en cuanto a los participantes en el proceso penal, sigue la tendencia de los códigos modernos, en los cuales se considera a los órganos judiciales como sujetos del proceso penal que tienen a su cargo una parte fundamental del mismo.

No obstante, con el objetivo de definir lo que son los sujetos procesales en la doctrina se expresa que son: *“aquellas personas que intervienen dentro del proceso y entre las cuales existe y se desenvuelve la relación jurídica procesal”*¹⁰⁰. Asimismo, se dice que: *“son esas personas, entre las cuales se desarrolla dentro del proceso, una relación jurídica, agregando además, que son los titulares del ejercicio de algún poder o función, que son indispensables para la realización y actuación del proceso penal, es decir, de la jurisdicción, acción y defensa”*.

2.2.2.1. Fiscal General de la República

Principalmente, debe señalarse que el fundamento constitucional de la Fiscalía General de la República se encuentra en el artículo 193 de la Constitución de la República, consecuentemente esta es definida como: *“una institución constitucionalmente independiente y autónoma sometida al ordenamiento jurídico, por lo tanto, el Fiscal General de la República ejerce la dirección de la investigación del delito y promueve la acción penal pública y la defensa de los intereses de la sociedad y del Estado ante la jurisdicción”*.¹⁰¹ Cabe destacar que cuando la fiscalía, tiene conocimiento de un hecho criminal, a través de cualquiera de los mecanismos de la *notitia criminis*, tiene como obligación evaluar si el

⁹⁹ *Proyecto de Código Procesal Penal* (El Salvador: Ediciones último decenio, 1994) 15.

¹⁰⁰ Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951) 190.

¹⁰¹ *Código Procesal Penal Comentado* (El Salvador: Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, 2018), 1: 31. (citado a partir de ahora en el texto como *Código*).

hecho proviene de un comportamiento penalmente relevante dominado o dominable por la voluntad de su presunto autor.

Por lo que, con base a las evidencias recolectadas en la etapa de investigación,¹⁰² por medio de las diligencias iniciales o actos urgentes de comprobación que realice, el fiscal deberá evaluar la tipicidad de las conductas reprochables y su antijuridicidad y, además, deberá verificar si el autor de dicha conducta humana es capaz de ser responsable, bajo condiciones de una persona normal.¹⁰³

En tal sentido, la fiscalía antes de promover una acción penal pública tiene la carga procesal de investigar la existencia de un hecho punible, identificar las fuentes o elementos de prueba, es decir debe practicar una mínima y suficiente actividad investigativa y probatoria para poder practicarla en las audiencias y los jueces tienen la responsabilidad de exigirla para la adjudicación de cualquiera de las decisiones que la ley le establece.

2.2.2.2. Defensores y Mandatarios

Los defensores y mandatarios como sujetos del proceso penal, reciben una atención especial, considerados como una de las fundamentales derivaciones del derecho material de defensa, del que es titular exclusivo el imputado.¹⁰⁴ No obstante, el hecho de exigir que el defensor penal sea abogado tiene íntima relación con las funciones que debe realizar, así, según la doctrina, este tiene que desplegar una actividad científica

¹⁰² Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, (Buenos Aires: Cejil, 2010) 1. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>. “En esta obra, en la introducción se resalta la obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos es uno de los deberes elementales del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales. La investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, constituyendo un paso necesario para el conocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad, así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos”.

¹⁰³ Señala la Comisión (*Código*, 1:33).

¹⁰⁴ *Proyecto de Código Procesal Penal* (El Salvador: Ediciones último decenio, 1994) 46.

encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes, controlar la legalidad del procedimiento, la exposición crítica de los fundamentos y prueba de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho, destacar las pruebas y los argumentos de descargo, así como recurrir.¹⁰⁵

Asimismo, en su jurisprudencia más reciente agrega elementos que son trascendentales para esta investigación, siendo los siguientes: *“el defensor no únicamente se constituye en un asistente técnico del imputado, sino antes bien, un verdadero sujeto del procedimiento penal y por ende, ejerce facultades autónomas que responden a un interés eminentemente parcial: la defensa del imputado más allá de esto, también ejerce una función de legitimidad en cuanto al uso del poder penal del Estado, en cuanto a que el defensor garantiza una aplicación correcta y justa de la ley penal, lo que constituye una ineludible exigencia del Estado de Derecho”*.¹⁰⁶

Por su parte, la Sala de lo Penal, ha reiterado en su jurisprudencia que las funciones del abogado defensor,¹⁰⁷ como conocedor del derecho, consisten en asesorar al imputado, fiscalizar la labor del ministerio público, elaborar la estrategia defensiva y proponer pruebas, controlar y participar en la producción de la prueba, argumentar sobre la eficacia

¹⁰⁵ Señala la Comisión (Código, 1:465).

¹⁰⁶ Sala de lo Constitucional, *Proceso de Inconstitucionalidad, Referencia: 140-2013* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013) Asimismo, en esta sentencia se adhiere que: “El ejercicio de la defensa técnica no puede quedar al arbitrio del inculpado, por cuanto aquella trasciende el mero interés de la tutela de los intereses de la parte procesal, constituyéndose en una exigencia objetiva del proceso que encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar los principios de igualdad de partes y contradicción, de ahí el deber de los jueces penales de asegurar que el proceso cuente con un asistente letrado de su elección o un defensor público”.

¹⁰⁷ “En tal sentido: “Por tan importante función, es que la Constitución y el Código Procesal Penal imponen la obligatoriedad de la defensa técnica, tanto del imputado presente como de aquél que se encuentra ausente, pero que decide participar mediante el nombramiento de un abogado de confianza en la sustanciación del procedimiento. Y en caso de no poderlo nombrar, el Estado se encuentra en la obligación de nombrarle uno de carácter público y en su defecto uno de oficio -arts. 98 y 101 CPP. Es así, que el defensor viene a complementar la capacidad de defensa material, tanto en el ámbito de la fase preparatoria, como en la fase contradictoria del procedimiento criminal”. *Ibid.*

conviccional, discutir el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer y hasta puede recurrir en su interés.¹⁰⁸

2.2.3. Objeto del proceso penal

El objeto del proceso penal,¹⁰⁹ es determinar si se cometió, un delito, quien participó en el delito, la responsabilidad civil que se deriva del delito, y las circunstancias que puedan tener relevancia en la investigación lo constituiría, entonces, la pretensión del órgano requirente de obtener una declaración de certeza jurisdiccional de las condiciones que determinan, excluyen o modifican la realización de la verdad de los hechos, y la aplicación de la justicia en los delitos perseguibles por acción penal pública.

2.2.4. La verdad real o material y la justicia penal, como los fines del proceso penal salvadoreño

Todo proceso penal se estructura y organiza en fases y de esa adecuada organización, se cumplen objetivos específicos los cuales son: el primero, descubrir la verdad real o material¹¹⁰ y el segundo, la promoción de una adecuada Justicia Penal. De modo que, se pretende hacer hincapié en el tratamiento de estas dos figuras jurídicas, de la forma siguiente:

¹⁰⁸ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 70-CAS-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008)

¹⁰⁹ Para la autora mexicana Sandra Alicia García García: “el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos para determinar si se ha cometido un delito, proteger al inocente, procurar que el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional culpable no quede impune y que los daños causados a la víctima u ofendido se reparen” *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (México: Consejo de la Judicatura Federal, 2013) 278. <http://seteccc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/ElNuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>

¹¹⁰ “El principio de verdad real o material consiste en que el juez o tribunal deben desentrañar la verdad real de lo sucedido, es decir, debe adecuar la realidad ontológica con la noción ideológica que se tiene del hecho y para tal efecto, es importante que desarrolle una labor de amplia investigación para poder ordenarla” *Proyecto de Código Procesal Penal* (El Salvador: Ediciones último decenio, 1994) 16.

2.2.4.1. La verdad real o material como uno de los fines del proceso penal

Pues como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia en general, la búsqueda de la verdad, constituye uno de los fines del proceso penal. No obstante, a manera de ahondar en su tratamiento, este principio es definido como: *“un eje transversal de la tramitación procesal, pues el desarrollo de las etapas procesales y la obtención de los elementos probatorios, tienen como finalidad lograr la reconstrucción del hecho con trascendencia jurídica, para que el juez se pronuncie sobre el hecho aplicable al caso concreto, pues la sentencia definitiva debe ser fruto de una investigación completa y sin prejuicios”*.¹¹¹

Sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal, no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. Desde la perspectiva constitucional, el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respecto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez.¹¹²

2.2.4.2. La Justicia penal como uno de los fines del proceso penal

Según La doctrina penal, la justicia es: *“un valor que permite diferenciar lo que es jurídicamente valioso: lo justo, de lo que, por no serlo, entraña el disvalor de la injusticia, es un valor esencialmente humano y social, lo primero, porque sólo puede predicarse, con propiedad, respecto de las acciones de los hombres, implica una relación deóntica, es decir, entraña un "deber ser" y precisamente lo que caracteriza a las acciones humanas es la tensión entre el "ser" y el "deber ser”*.¹¹³

¹¹¹ Señala la Comisión (Código, 1:1452).

¹¹² *Ibíd*, 1: 38.

¹¹³ María Enriqueta Ponce Esteban, *Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy*. (Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005) 213

2.2.5. Estructura del Proceso Penal

De la organización del proceso penal dependerá que se cumplan los principios que lo fundan, la mayoría de veces puede surgir que una estructuración inapropiada genere atropellos de garantías y principios procesales que en un proceso penal deben reinar, o más bien de las distorsiones que la práctica introduce en la propia estructuración del proceso.¹¹⁴ Dicho lo anterior, el proceso penal salvadoreño, se desprenden en cinco fases, como lo son la fases de instrucción, intermedia, del juicio, del control del resultado y de la ejecución de la sentencia; siendo de vital importancia para el presente tema lo concerniente a la fase del juicio.

2.2.5.1. Fase del juicio

La etapa final del proceso penal es el Juicio Plenario o Vista Pública, regulado a partir del artículo 366 del Código Procesal Penal, una vez que se ha tomado la decisión judicial de admitir la acusación, se da por concluida la instrucción y se entra a otra etapa del proceso penal, en la que los sujetos intervinientes tienen la oportunidad de ampliar y discutir todos los elementos probatorios; con el fin de obtener una resolución final definitiva, en la que culmina el derecho penal material, esta etapa se caracteriza por la vigencia de la Inmediación, Concentración, Publicidad, Oralidad y Continuidad, concretizándose con una sentencia fundada en derecho, dándole eficacia al artículo 11 de la Constitución de la República que regula el debido proceso.

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4860/MoyaManuel2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹⁴ Cinthya Tamara Aguilar Rodríguez, Arleen Katya Mabel Henríquez Herrera, "La estructura del procedimiento común en el nuevo Código Procesal Penal salvadoreño. Un análisis desde la perspectiva de las garantías constitucionales del debido proceso". (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2010) 79

Es la fase del proceso¹¹⁵ que se realiza sobre la base de una acusación, en forma contradictoria, oral, generalmente pública y continua, que tiene por fin la defensa material del acusado, la recepción de las pruebas pertinentes y útiles, la plena discusión del fiscal, de las partes y la decisión jurisdiccional definitiva sobre el fundamento de las pretensiones que se han hecho valer mediante las acciones ejercidas.¹¹⁶

2.3. La prueba en el proceso penal

Se debe iniciar diciendo que son muchos los conceptos de prueba,¹¹⁷ en la mayoría de los casos, la noción de la misma se vincula a la concepción que de la misma tenga un autor, no obstante, la prueba por sus raíces latinas, se deriva del latín *probo*, bueno, honesto; y de *probandum*, que significa aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, por lo que representaría la corroboración, verificación o confirmación judicial acerca de los hechos discutidos en juicio. Conviene entonces indicar que por prueba se ha entendido generalmente como: *“todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad de los hechos que en aquél son*

¹¹⁵ Por su parte la Cámara Tercera de lo Penal de San Salvador refiere que: “la fase plenaria, en conocimiento del Tribunal de Sentencia, en la que se define la situación jurídica del imputado como corolario de la tramitación previa realizada por los jueces predecesores”. Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Recurso de Apelación, Referencia: INC-240-18* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

¹¹⁶ Marie Justine Ulloa Hernández, “El control del juez de instrucción sobre la actividad investigativa del fiscal” (Tesis para obtener el grado de licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000) <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/3e69b6f1d9df5d430625768700745ecd?OpenDocument>.

¹¹⁷ Adhieren Miriam Gerardine Aldana Revelo y Jaime Enrique Bautista González que: “En un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, de partes, como el que rige en El Salvador, en donde se tiene como fundamento básico que la fase central del proceso es el juicio, la prueba nace en la fase del juicio oral, por lo que sólo tiene valor de “prueba”, la practicada o introducida en el juicio oral. Las actuaciones realizadas durante la fase de investigación o instrucción formal carecen de valor para probar los hechos en el Juicio (art. 311 C.Pr.Pn) y por ende los jueces no pueden valorar los elementos probatorios introducidos de forma distinta (art. 179 C.Pr.Pn.)”. *Reglas de Prueba en el Proceso Penal salvadoreño* (El Salvador, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014) 23. (citado a partir de ahora en el texto como *Reglas de la Prueba*).

*investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva”.*¹¹⁸

2.3.1. Definición de prueba

Según algunos doctrinarios, la prueba en su sentido material: *“es el convencimiento que adquiere el juez sobre si un hecho ha quedado evidenciado, establecido o demostrado y por tanto, con base en ella, puede declarar o adjudicar el derecho y la prueba en sentido formal, es el medio por el cual se practica o produce la prueba con la intermediación del juez y de las partes, bajo los principios de publicidad, concentración, contradicción, continuidad, intermediación y oralidad. (Testimonial, pericial, documento, por objetos, etc.,”.*¹¹⁹

Ahora bien, la jurisprudencia sostiene que prueba es: *“el medio a través del cual se traslada al juez el conocimiento necesario para que se resuelva la controversia presentada, de ahí la trascendencia de ésta: es el instrumento idóneo por el que el operador de justicia consolida su convicción; asimismo, las partes involucradas, pueden conocer el sostén de la hipótesis que desde el inicio del litigio fue planteada”.*¹²⁰ Por lo que, de los conceptos vertidos anteriormente, se desprende el distinguir entre el elemento de prueba o prueba como resultado, la prueba como medio o actividad, órgano de prueba y objeto de la prueba. Distinción que se realiza de la siguiente manera:

¹¹⁸ José I. Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3ª ed. (Argentina: Depalma, 1998) 4.

¹¹⁹ Señalan Aldana y otro (*Reglas de la Prueba*, 23).

¹²⁰ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 260C2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

2.3.1.1. Elemento de prueba

El elemento de prueba¹²¹ es definido como: *"todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva"*.¹²² En consecuencia, el elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva".

2.3.1.2. Medio de Prueba

Es medio de prueba el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso,¹²³ es decir, el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso, asimismo, su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso, penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respecto al derecho de

¹²¹ "Del concepto expuesto, se desprenden los siguientes caracteres; Objetividad: el dato que se incorpora al proceso, debe provenir del mundo externo, y no ser fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria o sea desde su origen hasta su incorporación al proceso, debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada, por las partes; Legalidad: La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido. Su posible ilegalidad, podrá obedecer a su irregular obtención o su irregular incorporación al proceso; Relevancia: El elemento de prueba existirá no solo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho, que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar, sobre este un juicio de probabilidad. Entonces puede considerarse también elemento de prueba un dato que solo proporcione motivos para sospechar o el que sin producir dichos motivos coadyuve con otros a su producción en conjunto; Pertinencia: El dato probatorio debe relacionarse con la existencia del hecho, y con la participación del imputado o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso. La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar es conocida como pertinencia de la prueba". Haydee Lisett Flores Benítez, María Luisa Alvarado Romero, Sofía del Carmen Pineda Barahona, "Incorporación y valoración de material probatorio en la audiencia inicial del proceso penal salvadoreño" (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000), <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/fa264cb5e6d61d65062576c600675c81?OpenDocument>. (citado a partir de ahora en el texto como *Material probatorio*).

¹²² Alfredo Mariconde Vélez, *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, 3ª ed. (Argentina: Córdoba SRL, 1982) 35. (citado a partir de ahora en el texto como *Derecho Procesal*).

¹²³ Señala la Comisión (*Código*, 1:696).

defensa de estas, con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de pruebas que acepta, reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador.¹²⁴

2.3.1.3. Órgano de Prueba

Según la doctrina, el órgano de prueba es: *“el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso”*. Como se puede apreciar, la función del Órgano de prueba es la de ser intermediario entre el dato probatorio y el Juez (por eso a este último se lo considera órgano de prueba). En consecuencia, el Órgano de Prueba es todo aquel sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso, podemos afirmar que en nuestra legislación el imputado puede convertirse en Órgano de Prueba cuando decide confesar.¹²⁵

2.3.1.4. Objeto de prueba

Esta figura jurídica consiste en aquello que susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba, en tal sentido, la prueba recae sobre un objeto determinado del cual se pretende obtener la convicción judicial, los hechos se caracterizan por ser fenómenos exteriores ya acontecidos, no presenciados por el juez, ni susceptibles de volver a acaecer, ya que, el objeto de la prueba viene determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes, afirmación que constituye en fundamento fáctico de la propia pretensión.¹²⁶

2.3.2. Importancia de la prueba en el proceso penal

La importancia de la prueba puede ser resaltada entre otros aspectos en tres cuestiones esenciales: a) Que mediante su uso se pueden acreditar

¹²⁴ Señalan Flores Benítez y otros (*Material probatorio*).

¹²⁵ Señalan Flores Benítez y otros (*Material probatorio*).

¹²⁶ *Ibíd.*

todas las cuestiones relativas a la infracción penal; b) Que mediante la prueba se establecen todas las circunstancias de hecho de un caso penal; c) Que la prueba tiene un carácter externo del juez, por ello, se dimensiona en su objetividad y no con fundamento en la subjetividad de las partes o del juzgador.¹²⁷

2.3.3. Finalidad de la prueba en el proceso penal

Ahora bien, la finalidad de las pruebas¹²⁸ es la exigencia de llevar conocimiento al juez sobre los hechos y circunstancias objeto del proceso penal, tanto de índole central como periférico, permiten sostener el principio de necesidad de la prueba, en el sentido que la alegación de todo hecho o circunstancia, debe ser demostrada necesariamente, por elementos objetivos de prueba y ello con independencia del conocimiento personal que tenga el juez o las partes sobre un asunto; en tal sentido, los hechos y circunstancias se demuestran en el proceso penal, mediante las pruebas que sean necesarias, estando prohibido el conocimiento personal del juez o de las partes para tener un hecho por probado.¹²⁹

2.3.4. Características de la prueba

La doctrina enumera algunas cualidades que necesariamente deben cumplir los elementos probatorios tenidos en el juicio, así encontramos:

¹²⁷ Señala la Comisión (*Código*, 1:682).

¹²⁸ “Asimismo, su importancia radica en demostrar la veracidad o falencia de otros elementos de prueba, quedando comprendida la necesidad de la prueba también a cualquier otra circunstancias de relevancia para las partes que son los que tienen en principio el derecho a la prueba; generar conocimiento para las partes intervinientes y para el juez respecto de todos los hechos y circunstancias que son objeto de investigación y del juicio; haciéndose énfasis en lo relativo a lo medular del objeto del proceso, que es lo atinente a la imputación penal; y como consecuencia a la responsabilidad civil que se deriva del delito”. *Ibíd*, 1:682-683.

¹²⁹ “Concordando con ese punto la actual jurisprudencia, la cual, sostiene que la finalidad de la prueba es: “llevar al conocimiento del juez o tribunal los hechos y circunstancias, objeto del juicio, por supuesto para la averiguación de la verdad”. Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 68-C-2020* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2020), señala la Comisión (*Código*, 1:683).

2.3.4.1. Licitud

El aspecto esencial es la regulación de la regla general de licitud de la prueba, es fundamental que la prueba obtenida sea lícita, tanto en su forma inicial de captación como en el proceso de incorporación, la ley señala esta doble garantía respecto de la prueba que se obtenga, su licitud debe versar desde el momento en el cual se obtiene el elemento de prueba han sido obtenidas pero también se somete a la regularidad de la ley su incorporación al proceso penal e incorporadas al procedimiento dentro de las formas previstas legalmente.¹³⁰

La consecuencia de lo anterior, radica, en que solo resulta legítima, la prueba obtenida por medios lícitos,¹³¹ e incorporado según cada rito procesal para el correspondiente medio de prueba, en cuanto se respeten sus formas esenciales de incorporación, según los preceptos legales aplicables, si la prueba no es lícita en su obtención o en su incorporación puede resultar la ilicitud de la misma, lo cual devendría en la imposibilidad de valorar tal elemento de prueba por haber sido obtenida ilícitamente o incorporada contrariando los preceptos legales en su dimensión esencial, el efecto es entonces el no concederle valor probatorio a la prueba.¹³²

2.3.4.2. Objetividad

Según la Sala de lo Penal, esta característica consiste en que: *“la prueba provendrá del mundo externo, no es un fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación; ello permite que exista un control real y efectivo por las partes y su trayectoria o sea desde su origen hasta su*

¹³⁰ *Ibíd*, 1: 685.

¹³¹ La Sala de lo penal sostiene que licitud consiste en: “que la evidencia se obtendrá dentro del marco de la legalidad, es decir, el elemento de convicción se conseguirá sin excluir garantías fundamentales o procedimentales”. Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 260C2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

¹³² Señala la Comisión (*Código*, 1:686).

*incorporación al proceso, debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada, por las partes”.*¹³³

Uno de los aspectos más importantes de la prueba es su carácter de objetividad, lo cual, significa que el dato de conocimiento es externo a las partes procesales jueces, fiscales, defensores, mandatarios y se tiene concurrido, únicamente por el medio de prueba que es el trámite establecido en la ley para lograr el ingreso del elemento de prueba, que es el dato objetivo que incorporado conforme a la ley es capaz de generar un conocimiento respecto del hecho al cual se encuentra referido. En conclusión el conocimiento privado de las partes y del juez, se encuentra prohibido para establecer hechos; lo cual es distinto a la valoración de los mismos.

2.3.4.3. Relevancia

La relevancia en la prueba, según la Sala de lo Penal consiste en que: *“es preciso que los datos sean útiles respecto del tema a discutir”.*¹³⁴ En cambio la utilidad de la prueba, se encuentra relacionada con la relevancia que tenga el elemento de prueba que se ofrece respecto del tema que se quiere probar, es decir dice de la importancia y eficiencia de la prueba para demostrar de mejor manera un determinado hecho, en tal sentido la prueba además de pertinente debe ser de utilidad según la proyección de la prueba, se trata de un principio de optimización que categoriza mejor la prueba por la idoneidad que presenta para mejor demostrar los hechos.¹³⁵

¹³³ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 260C2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ “En ese mismo sentido, se adhiere lo siguiente: “El elemento de prueba existirá no solo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho, que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar, sobre este un juicio de probabilidad. Entonces puede considerarse también elemento de prueba un dato que solo proporcione motivos para sospechar o el que sin producir dichos motivos coadyuve con otros a su producción en conjunto”. Haydee Lisett Flores Benítez, María Luisa

2.3.4.4. Pertinencia

Se dice que una prueba es pertinente, cuando hace de alguna manera referencia al hecho constitutivo del objeto del proceso, en una primera distinción la prueba pertinente se referirá al objeto principal, es decir al hecho delictivo o a las personas que han intervenido en el mismo, y puede vincularse a tratar de demostrar la existencia de ese hecho, su inexistencia, su acaecimiento de forma diferente, o referirse a la participación de las personas a quienes se atribuye el delito.¹³⁶

Sin embargo, debe señalarse que la pertinencia,¹³⁷ tiene un ámbito de mayor aplicación no solo referida al hecho delictivo en concreto, sino además puede vincularse a otros aspectos circunstanciales que se quieran demostrar en el procedimiento; cuando la demostración de hechos o circunstancias se dirigen específicamente a verificar la idoneidad de otro elemento de prueba que se encuentra relacionada directa o indirectamente con el hecho principal, así las prueba que se dirigen a dar corroboración, a refutar la idoneidad o credibilidad de un medio de prueba también quedan cubiertas por la regla del pertinencia aunque en este caso se le denomina pertinencia periférica o indirecta; y en tal caso la prueba es pertinente, aunque no se dirija directamente al objeto del proceso penal que es la imputación delictiva.¹³⁸

Alvarado Romero, Sofía del Carmen Pineda Barahona, "Incorporación y valoración de material probatorio en la audiencia inicial del proceso penal salvadoreño" (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000), <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/fa264cb5e6d61d65062576c600675c81?OpenDocument>, señala la Comisión (Código, 1:705).

¹³⁶ Según la Sala de lo Penal, la pertinencia de la prueba consiste en: "el contenido que refleje se encuentre relacionado con el hecho que se pretenda probar". Sala de lo Penal, *Recurso de Casación*, Referencia: 260C2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016). *Ibid*, 1:703.

¹³⁷ Para mayor ilustración, véase *Código Procesal Penal Comentado*, 703-711.

¹³⁸ Señala la Comisión (Código, 1:704).

2.3.5. Principios que rigen la prueba en el proceso penal

2.3.5.1. Principio de Libertad Probatoria

Según el Art. 176 del CPP, permite que los hechos y las circunstancias sobre la existencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada se pueda probar no solo con los medios de prueba establecidos en el CPP, (testimonial, pericial, documental, objetos, por confesión), sino con cualquier medio de prueba similares, ejemplo otro medio técnico científico.¹³⁹ La condición es que el medio de prueba no viole los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República a favor de las personas o que no estén prohibidos como la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis, o los documentos obtenidos de un registro, que se refieran a las comunicaciones entre el defensor y el imputado. (arts. 93, 286 C.Pr.Pn.).¹⁴⁰

2.3.5.2. Principio de Contradicción

En un sistema entre partes, este principio garantiza el derecho de la defensa a conocer desde su inicio todos los actos de investigación y los hallazgos realizados dentro de la misma, así como la posibilidad de controvertirlos, interviniendo desde su realización o formación, hasta su producción, pues la actividad valorativa es un acto exclusivamente judicial.¹⁴¹

2.3.5.3. Principio de Inmediación

La inmediación es el contacto directo del juez y las partes con los medios de prueba. En un sistema acusatorio el juzgador no inmedia la búsqueda ni la preparación de los medios de prueba, pero si la práctica, ya sea

¹³⁹ Señalan Aldana y otro (*Reglas de la Prueba*, 26).

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*, 27.

mediante el interrogatorio y conainterrogatorio que hacen las partes, de ahí el esfuerzo de cada una para propiciar la adecuada recreación de ese hecho histórico que se discute en juicio, o durante la lectura o exhibición de los objetos, según el caso. Solo tiene valor de prueba la producida en el juicio a través del medio de prueba autorizado en los (arts. 311, 367, 179, 372 C.Pr. Pn).¹⁴²

2.3.5.4. Principio de Concentración

Implica que toda la práctica de la prueba se concentra en una sola etapa, la probatoria del juicio, la cual debe desarrollarse en forma continua garantizando siempre el inmediato contradictorio. Esta es una etapa preclusiva, quiere decir que una vez cerrada por el juez, no puede válidamente admitirse la práctica de una prueba o reabrirse una etapa procesal agotada, ejemplo: en los alegatos finales. En aplicación de este principio, una vez realizado el interrogatorio, debe darse enseguida la oportunidad del conainterrogatorio antes de cerrar la sesión del día, porque si al día siguiente de audiencia el testigo no se presenta por cualquier circunstancia, no debe valorarse el testimonio por no haberse integrado completamente la prueba ante la imposibilidad de realizar el conainterrogatorio del órgano de prueba.¹⁴³

2.3.5.5. Principio de no oficiosidad

En un sistema entre partes, quienes ofrecen y practican la prueba son las partes, como una manifestación del principio dispositivo respecto de la aportación de prueba, pero además este ofrecimiento y producción probatoria debe realizarse dentro de la etapa procesal oportuna, en atención del principio de preclusión, donde el juez no tiene facultades oficiosas para decretar prueba por cuanto ello rompería el principio de imparcialidad que debe regir su actuación y podría llevar al desequilibrio

¹⁴² *Ibíd*, 27-28

¹⁴³ *Ibíd*, 33.

de las partes porque no existen pruebas neutras y el resultado de la ordenada por el juez podría inclinar la balanza a favor de una de ellas, que afecte adicionalmente al principio de legalidad que rige el proceso, a partir del cual cada parte procesal debe asumir los roles que le corresponden, respecto del juez el “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (art. 172 inc. 1 Cn.).¹⁴⁴

2.4. La prueba en el delito de violación

En materia penal los hechos pueden comprobarse a través del empleo de cualquier medio de prueba legítimo, siempre y cuando no se vulneren los derechos de los acusados (Art. 176 Pr. Pn).¹⁴⁵ Por lo que, atendiendo a lo dicho por la Sala de lo Penal, en la actual jurisprudencia, se realizará en el presente apartado una clasificación de la prueba en el delito de violación, de la siguiente manera:

2.4.1. Prueba Testimonial

El testigo es la persona que con su presencia, sus dichos, asegura la realidad de un hecho; persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa. No obstante, la violación es un delito llamado “de Alcoba”,¹⁴⁶ en el que se requiere en su mayoría solo la participación de la víctima y el agresor, una relación sexual cotidiana no se realiza en público, no se le comenta a las personas la realización de la

¹⁴⁴ *Ibíd*, 33-34.

¹⁴⁵ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 90C2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

¹⁴⁶ “En este sentido se sostiene actualmente que: “Actualmente en la jurisprudencia salvadoreña se ha planteado que la víctima de delito, es un testigo con un status especial, aunque su declaración no puede encuadrarse en el concepto genuino de la prueba testifical, porque puede integrarse a la relación jurídica procesal como parte acusadora, lo que excluye su naturaleza de prueba personal de tercero. Esta modificación en sus líneas jurisprudenciales responde a necesidad de eficacia estatal y de protección de los derechos de la víctimas de delitos, pues la declaración de ésta en el juicio oral, puede constituir válida prueba de cargo, en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso y en caso de no aceptarse la validez de ese testimonio podría generarse una absoluta impunidad de innumerables ilícitos penales”, señala la Comisión (*Código*, 1:840).

misma, es algo íntimo y privado entre las partes que la realizan, es por ello que se llama delito de alcoba, con regularidad el único testimonio que se tendrá es el de la víctima quien presencié y sufrió el abuso de manera directa, sin asumir que no pueden existir otras personas con conocimiento del hecho, también en este delito declararían las personas que se hayan enterado que la víctima fue abusada, y todos aquellos que sean llamados judicialmente a declarar con la verdad de cuanto sepa y le sea interrogado sobre los hechos que se investigan.¹⁴⁷

2.4.1.1. Diversas Aceptaciones de la prueba anticipada

Para diversos autores, la prueba anticipada: "es un modo excepcional de producir prueba, ante tempus, atendiendo a razones de urgencia y seguridad ante la eventualidad de que la misma desaparezca, o se haga de muy difícil realización"¹⁴⁸.

Así pues, el principio general y básico es que solo es la prueba la que se produce en el debate juicio oral y público y es la que se utiliza para la sentencia. Sin embargo, existen situaciones excepcionales en las que, por alguna razón esa prueba no se podrá realizar en el debate (por ejemplo que la víctima o algún testigo este agonizando) en esos casos el juez debe producir por anticipado la prueba mediante el procedimiento de "anticipo de prueba"¹⁴⁹.

Para otros doctrinarios la prueba anticipada: "Es la que se obtiene o práctica previamente a la traba de la litis; si bien de aquel del cual se trata de obtener, recelando ya que el planteamiento contencioso y el propósito del eventual adversario, puede oponer actitudes que no están muy lejos de un incidente Previo".

¹⁴⁷ 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 para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2012) 41. (citado a partir de ahora en el texto como *Prueba científica*).

¹⁴⁸ Señala Binder (*Foncap*, 100).

¹⁴⁹ *Ibíd.*

2.4.2. Prueba Pericial

La prueba pericial, será realizada por una persona certificada en una ciencia, arte o técnica específica, resulta obvio deducir que según el delito así son los indicios encontrados, los cuales deberán ser estudiados y analizados por un forense, en el caso del delito de violación se encontrara semen, sudor, preservativos etc.¹⁵⁰

En lo que a la escena del delito se refiere, si es que existe la posibilidad de acceder a la misma, ya que por razones de tiempo pueda que cualquier indicio se haya destruido, en este delito la prueba más importante es la víctima misma, ya que es en su cuerpo en donde encuentran las pruebas necesarias para comprobar si ha existido un acto sexual, y si tiene rastros de que este ha sido con violencia y no solo en su cuerpo sino en su comportamiento, por lo que para el caso serán expertos en la materia los encargados de hacer los exámenes por ejemplo, será un psicólogo el encargado de examinar su comportamiento y las consecuencias mentales o psicológicas que se observan cuando una persona ha sido abusada sexualmente, será mediante un examen médico legal donde se establezcan los golpes encontrados en el cuerpo de la víctima así como las laceraciones vaginales que está presente.¹⁵¹

Se debe contemplar el hecho que comprobar una violación como tal es muy difícil ya que es una acusación fácil de hacer pero difícil de comprobar, y es que la ciencia y los peritajes permitirán saber si existe rastro de que la víctima ha tenido algún acceso carnal vía vaginal o anal, que es el elemento tipo de este delito, pero difícilmente sabremos si dicho acceso carnal fue o no con consentimiento, ya que se puede encontrar características de violencia física, sin embargo no sabremos con exactitud

¹⁵⁰ Señalan López y otros (*Prueba científica*, 41-42).

¹⁵¹ *Ibíd.*

si esa violencia fue aceptada por la víctima, o que la misma apruebe dichos actos.¹⁵²

Por estas razones la prueba científica tiene alta relevancia en estos casos porque sus resultados son los únicos que contendrán una verdad absoluta. Dentro de las ciencias y técnicas más comunes de usar según el indicio obtenido en el delito de violación están:

2.4.2.1. Examen Médico Legal

También conocida como reconocimiento de genitales, para determinar el tipo de lesiones, lugar en el que se encuentran, forma en la que se encuentran, tiempo que tardara en sanar etc. Tomando en cuenta que deberán ser lesiones orgánicas, objetivas y actuales, orgánicas porque deben estar en el organismo de la persona, en su cuerpo, objetiva porque deben de ser comprobables y actuales porque deben de estar presentes en el organismo en el momento que se examine, es esta una de las principales herramientas con las que se cuenta al momento de investigar una violación; se hará un examen en la región genital (vulva) paragenital (alrededor de la vulva) y extragenital (el resto del cuerpo, nuca, glúteos, muñecas, pechos etc.).¹⁵³ Se debe tomar en cuenta que en el examen médico legal se busca aquellas lesiones que estén dirigidas a los genitales, ya que estas reflejan que es un acto pasional, en este caso una violación.¹⁵⁴ Es pues este examen el que permite ver el estado físico de la víctima de una violación.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.*, 43.

¹⁵⁴ “Se puede agregar que además de lo explicado en el punto anterior se verá reflejado en este examen cuando de violación con violencia física se trate de Estigmas Hungueales, en cara anterior de muñeca, esto debido a la sujetación del agresor a la víctima, que son equimosis (vulgarmente conocidos como moretones) en forma de media luna ya que reflejan los dedos presionando con fuerza las muñecas de la víctima para sujetarla; sugilaciones, lo cual es una equimosis por succión, que se pueden llegar a encontrar en mamas y cuello, ya que son realizadas con la boca del agresor; Hematomas en cara interna de muslos, ya que en el momento del forcejeo el sujeto

Posterior a la realización de la entrevista, se realizará un examen médico legal, el cual podemos definir como la observación por parte de un doctor en medicina de la región genital y paragenital de la víctima, describiendo y dejando constancia de lo observado. A esto se le puede llamar Reconocimiento médico forense de violación , de delitos sexuales o de genitales.¹⁵⁵

Este examen posee tres características es orgánico, porque se encuentra en el organismo de la persona, en su cuerpo, es objetivo porque es comprobable y es actual porque son observados en el momento en que el médico realiza el examen médico legal. Mientras menos tiempo haya pasado entre la violación y el examen médico legal, mejores resultados se obtendrán en el sentido que todas las posibles marcas, rastros o indicios dejados por el victimario estarán latentes.¹⁵⁶

El examen médico legal deberá incluir el nombre de la víctima, si es mayor de edad se estipulara conforme a su Documento Único de Identidad, si es menor de edad será su nombre más el de su acompañante así como la fecha de su última regla (FUR), la descripción de la región Genital, región paragenital y la región extragenital.¹⁵⁷

2.4.2.1.A. Región Paragenital y Genital

La región Genital es la vulva el examen se realiza en cama ginecológica y, en esta parte se examinara el monte de Venus, el cual puede ser sin particularidades, normal, incipiente (comienza a salir), ginecoide (más común, normal) o rasurado; labios Mayores se diferencian de los menores en que aún existe vello en ellos es piel, los cuales pueden encontrarse edematosos (inflamados), equimóticos (con moretones) o heridos.

pasivo intentara separar las piernas de la víctima para abrir paso a sus genitales". *Ibíd*, 44.

¹⁵⁵ *Ibíd*.

¹⁵⁶ *Ibíd*.

¹⁵⁷ *Ibíd*, 63-64.

2.4.2.1.B. Los labios mayores y menores

Los labios mayores son aquellos cubiertos por vello púbico y además tienen la función de cubrir a los labios menores los cuales son mucosos.

2.4.2.1.C. El Clítoris y Uretra

El clítoris es la zona más sensible de la vulva; Uretra que es el lugar por donde se orina.

2.4.2.1.D. El Introito o Vestíbulo

Es la entrada de la vagina el cual puede encontrarse en su estado normal o hiperemico que significa, enrojecido o irritado.¹⁵⁸

2.4.2.1.E. El Ano

El ano, es el orificio que se haya en el extremo terminal del tubo digestivo, está cubierto por pliegues radiales, los cuales pueden ser normales, los cuales pueden notarse a la vista, estar borrados o semiborrados, o, presentar un ano hipotónico, es decir en este último, sin tono, abierto.¹⁵⁹

2.4.2.1.F. Esfínter Himenial o Himen

Se encuentra a la entrada de la vagina y es un reborde mucoso, normalmente cuando es penetrado sufre laceraciones (heridas), estas pueden ser Recientes o Antiguas según el tiempo transcurrido serán recientes cuando estén sangrando indicaran que fueron realizadas en un lapso menor de diez días y se observa un punteo hemorrágico y serán antiguas cuando no estén sangrando y sean blancas, indicaran que fueron hechas hace más de diez días.¹⁶⁰

El himen no es igual en todas las mujeres, existen diferentes tipo de himen entre los más comunes están “anular, fenestrado, Biperforado, labial, cerrado, Cribiforme, oval, estrellado”. Existe también el himen elástico el cual no sufre laceraciones, asimismo se indicara si posee

¹⁵⁸ Ibíd.

¹⁵⁹ Ibíd, 65.

¹⁶⁰ Ibíd.

carúnculas mirtiformes, lo que significa que son vestigios de himen porque ya tuvo esa mujer un parto normal vaginal.

2.4.2.1.G. Himen anular

Cuando recuerda un anillo, teniendo una perforación central amplia y le rodea un reborde mucoso.

2.4.2.1.H. Himen Finestrado

Recuerda las hendiduras de una ventana veneciana y se halla formado por varios pliegues mucosos que van de uno a otro lado, tapando secciones parcialmente el orificio de entrada a la vagina.

2.4.2.1.I. Himen Biperforado

Cuando la membrana mucosa que rodea normalmente la entrada a la vagina, y en este caso la cierra, presenta dos perforaciones.¹⁶¹

2.4.2.1.J. Himen Bilabiado

Su perforación o abertura normal es rasgada en forma oblicua vertical o trasversal.¹⁶²

2.4.2.1.K. Himen Cerrado

Cuando no hay perforación alguna del himen, ya que el pliegue mucoso cierra completamente el orificio de entrada a la vagina.

2.4.2.1.L. Himen Cribirforme

Bastante raro, se halla formado por una capa epitelialmucosa que cierra la entrada a la vagina y presenta múltiples perforaciones que recuerdan a un colador.¹⁶³

¹⁶¹ *Ibíd*, 66.

¹⁶² *Ibíd*.

¹⁶³ *Ibíd*.

2.4.2.1.M.Himen Estrellado

La forma del himen recuerda una estrella, por lo que se le llama himen estrellado que esta perforado en el centro; el orificio se halla rodeado por el pliegue mucoso, el cual presenta las entradas y las salientes, tal se ven en las estrellas.¹⁶⁴

Se establece en el examen médico legal si el himen se encuentra integro o con laceraciones las cuales serán establecidas y descritas en el orden de las horas en un reloj, por ejemplo “existe laceración antigua a las 6 según caratula de reloj” y se establecerá en este examen el “PARA” es decir partos, abortos, niños muertos, y niños vivos por ejemplo “presenta PARA 3021” lo que significa 3 partos 0 abortos 2 niños muertos y un 1 niño vivo. En esta etapa del examen la víctima será sentada en la mesa ginecológica “en posición usual del examen, se apartan lateralmente los labios menores y mayores; si no es suficiente así se halan primorosamente en dirección lateral los vellos de la zona genital de los labios mayores, evitando lo máximo posible la pena, la incomodidad y cualquier malestar doloroso.¹⁶⁵

2.4.2.1.N. Región Extragenital

Es el resto del cuerpo; una persona agredida sexualmente suele mostrar indicios en la nuca, muslos, glúteos, pechos etc. en estas zona se encontraran traumatismos varios “al examinar el cuerpo de la víctima se podrán apreciar múltiples traumatismos corporales de preferencia en los muslos, ya que el agresor trata a toda costa de separar los muslos de la víctima para dejar al descubierto los genitales.¹⁶⁶

En los muslos se pueden ver, arañes, laceraciones, pequeñas heridas, equimosis y petequias; zonas de hiperemia y edema, que son causados por las manos del agresor o los agresores. A veces es posible reconocer

¹⁶⁴ Ibíd.

¹⁶⁵ Ibíd, 67.

¹⁶⁶ Ibíd.

someramente la forma de los dedos causales de la lesión, denominados estos como estigmas ungueales. También habrá lesiones en los miembros superiores, la cara el cuello, el tórax y abdomen ya que muchos golpes son dados a la víctima con la intención de intimidarla o debilitarla, para alcanzar los objetivos. Cuando la violación se ha llevado a cabo estando la víctima inconsciente, o intimidada, posiblemente no habrá traumatismo extragenital”.¹⁶⁷

Son estas las principales anotaciones que se encuentran en un examen médico legal, las cuales se hacen con claridad y se menciona el significado del mismo con la finalidad de entender un examen de estos ya que no encontraremos comentarios tales como “es virgen”, “no es virgen” “no ha sido violada”, “si ha sido abusada sexualmente” ya que estas afirmaciones son subjetivas y únicamente puede hacer una descripción técnica de las lesiones orgánicas encontradas en la víctima al momento de realizar el examen.¹⁶⁸

2.4.2.2. ADN o DNA

Por sus siglas significa ácido desoxirribonucleico, y DNA, del inglés *deoxyribonucleic acid*, la importancia de esta prueba es que por medio de esta conocemos el contenido de la información genética única de cada persona, por lo que los resultados de esta prueba realizados de la manera correcta brindaran certeza, ya que mide la compatibilidad de muestras que posean la carga genética de una persona; por ejemplo cotejamos el semen encontrado en un hisopado vaginal con la sangre de los sospechosos para obtener si a alguno de ellos tiene la misma carga genética encontrada en el semen.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ibíd.

¹⁶⁸ Ibid, 68.

¹⁶⁹ “El ADN tiene como características, ser único, y analizado correctamente individualiza a cada ser de los demás seres humanos; Esta en todas las células, en todos los líquidos orgánicos (sudor, leche materna, orina, lagrimas, semen, saliva, sangre etc.); Lo

2.4.2.3. Usos de la prueba de ADN

La prueba de ADN tiene múltiples usos,¹⁷⁰ materias del derecho y en general nos sirve para:

2.4.2.3.A. Identificación de material genético

Determinar si una persona de la cual se obtuvo una muestra de ADN ya sea por su saliva, sangre o cualquier otro medio está relacionada a otra muestra tomada en otro lugar, para el caso un lugar relacionado con los hechos del delito que se estudia, este es el uso forense, que permite establecer por ejemplo si una persona está relacionada con una muestra que posea material genético, que pueden ser: pelos, semen, orina, piel, y sangre.¹⁷¹

2.4.2.3.B. Uso científico para investigación

La importancia de esta prueba genética en el delito de violación, es el grado de certeza y verdad absoluta que se descubre con ella, hay que recordar que si bien es cierto no será imposible conocer con certeza si una persona dice la verdad, la prueba científica es la que otorga la verdad respecto de hechos que al inicio de la investigación desconocíamos, es por ello que al tener fluidos corporales que relacionen a la víctima, al lugar

podemos encontrar mucho tiempo después de muertos y va a individualizar y excluir".
Ibíd.

¹⁷⁰ "Cuando se solicita que el sospechoso consienta la obtención de las huellas dactilares o de un análisis de ADN, no se le está exigiendo una declaración autoincriminatoria, sino tan sólo la verificación de una pericia técnica; de igual manera se configuran como diligencias, que por practicarse sobre el cuerpo del imputado, no pueden considerarse como pruebas testificales, sino como periciales, en los que aquél no es sujeto, sino objeto de pericia, es decir, el inculpado, además de sujeto del proceso, se convierte en objeto del mismo, constituyendo su propio cuerpo el objeto de la pericia judicialmente acordada; por lo tanto aunque el sometimiento de un sospechoso o imputado a un examen de alcoholemia o, en general, a una medida de intervención corporal no supone emitir una declaración en el sentido tradicional del término, ya que no se realiza verbalmente o por escrito una manifestación de conocimiento, sí constituye una declaración por los efectos prácticos que produce, es decir, porque se obtiene el mismo resultado tanto si el sujeto declara que son ciertos los hechos como si se comprueba que lo son a través de la correspondiente intervención corporal", señala la Comisión (*Código*, 1:824).

¹⁷¹ Señalan López y otros (*Prueba científica*, 41-42).

de los hechos y al imputado, será posible mediante esta prueba decir con certeza si son de los participantes tanto activa como pasivamente en el acto de violación.¹⁷²

2.4.2.4. Serología Forense

Es la usada en caso de encontrar fluidos corporales tales como sudor, saliva, sangre, semen etc., ya sean estos secos o líquidos, mediante el cual se pretende determinar el grupo sanguíneo al que pertenecen.¹⁷³

Servirán de gran ayuda en un proceso ya que si se tiene por ejemplo tres sospechosos y se cuenta con semen como indicio, al realizar la prueba se obtiene un tipo de sangre, se compara con el tipo de sangre de los sospechosos y así se podrá ir excluyéndolos. En resumen pues la serología forense es la encargada de determinar el grupo sanguíneo de un fluido corporal encontrado en la escena del delito, en la víctima o en el victimario ya sea que esta esté líquida o seca.¹⁷⁴

2.4.2.5. Lofoscopia

Encargada de verificar huellas dactilares, ya sean estas palmares o plantares. *“La palabra lofoscopia proviene de las voces griegas lofos (cresta, relieve) y skopeo (ver: observar, examinar): Por lo tanto, se trata*

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ “Sin embargo, hay considerar que previo a determinar el perfil genético, las diferentes evidencias antes descritas, deben ser sometidas a un proceso de análisis, en el caso de los fluidos corporales (sangre, fluido seminal, saliva, sudor, orina) se debe establecer en el área de serología forense, si la evidencia analizada pertenece a la especie humana o animal, una vez confirmada la naturaleza de la evidencia como humana, debe especificar el tipo; resulta oportuno aclarar, que la raza se determina a través de estudios antropométricos; en cuanto a los cabellos o vellos púbicos, deben ser analizadas en el área de físico químico, para determinar la especie, y en el caso de resultar de especie humana, se debe verificar la existencia entre la estructura del cabello o vello, si se encuentra el bulbo raquídeo del se puede obtener el ADN”, señala la Comisión (*Código*, 1:752).

¹⁷⁴ Señalan López y otros (*Prueba científica*, 44-45).

del estudio de las Crestas Capilares presentes en la piel humana: yema de los dedos, cara palmar de las manos y planta de los pies".¹⁷⁵

2.4.2.6. Peritaje Psicológico

Consiste en un interrogatorio por parte de un profesional en esta materia a la víctima, mediante el cual se pretenden ver los patrones de conducta presentados por la misma, con la finalidad de pronunciarse respecto si la víctima presenta las conductas que una persona agredida sexualmente manifiesta. "Para interrogar tanto a la víctima como el agresor siempre se toman en cuenta todas las técnicas y sistemas de interrogación criminal el interrogatorio tiene que ser imparcial, sin engaños, sin prometer lo que no se puede cumplir, cauteloso, veraz. Se les debe dar confianza a las personas interrogadas."¹⁷⁶

Se les debe facilitar un ambiente fresco, cómodo, bien ventilado e iluminado, se debe usar un lenguaje sencillo y práctico, que se entienda bien. Se evitara los medios que dificulten la obtención de la verdad o que propicien la mentira". Esta prueba permite conocer actitudes de la persona que manifiesta haber sido agredida sexualmente, que también permiten interpretar si estas pueden o no haber sido víctimas de un delito sexual, si bien es cierto no se sabe si lo que están manifestando es verdadero si existe la posibilidad de saber si presentan las características típicas de una persona que ha sufrido un daño psíquico debido a una violación.¹⁷⁷

El estado emocional de la víctima, *"es indudable que la persona violada que se siente ofendida profundamente, mostrara marcada alteración de tipo emocional: son personas que se enfurecen, lloran, se afligen, se pasean de uno a otro lado, fuman nerviosamente, platican sin hilaridad,*

¹⁷⁵ Elena Pijoan Laurri y otros, *Ciencias Penales: Monografías* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2000) 302.

¹⁷⁶ Señalan López y otros (*Prueba científica*, 46).

¹⁷⁷ *Ibíd.*

*etc., dependiendo dicho estado de animo de la edad de la víctima, su cultura y costumbres, así como también el tiempo transcurrido entre el hecho y el interrogatorio y el examen. Lógicamente que el estado emocional se hallara más alterado mientras más corto sea el tiempo transcurrido. La víctima siempre trata de enfatizar el hecho y busca los medios para comprometer más al hechor. No se contradice nunca, salvo que no entienda lo que se le pregunta, por su misma alteración emocional”.*¹⁷⁸

El estado emocional del agresor: *“el agresor o violador, en caso de ser culpable, se muestra preocupado, afligido, impaciente, nervioso, se pasea de un lado a otro, se ve pálido, sudoroso, enciende un cigarro y lo apaga casi de inmediato, al momento enciende otro, pudiéndose apreciar en general su inestabilidad emocional. Sin olvidar que el estado emocional del agresor también varía de acuerdo con varios factores, como la edad, su cultura, sus costumbres, estado mental, condición económica. Inclusive, también su estado emocional depende del tiempo transcurrido entre la violación y el examen, el cual debe practicarse inmediatamente después del hecho, de lo contrario el agresor estará tranquilo”.*¹⁷⁹

Con este peritaje se pretende, en términos generales, en cuanto a los imputados, determinar su imputabilidad o inimputabilidad, y en el caso de la víctima hacer un perfil psicológico, verificar el daño psíquico, las secuelas psicológicas y la credibilidad de su testimonio. Son estos, los peritajes forenses más relevantes y comunes dentro de la investigación de una violación, de acuerdo a los indicios que normalmente se logra encontrar en estas.¹⁸⁰

Se debe recordar siempre que la prueba principal en este delito es la víctima tanto física como psicológicamente, y que las mencionadas no

¹⁷⁸ Guillermo A., Alvarado Morán, *Medicina Jurídica*, 2ª ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2003) 931.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Señalan López y otros (*Prueba científica*, 47).

son las únicas. Existen otras pruebas tales como la balística, pruebas toxicológicas, análisis físico químico, documentoscopia, genética etc. o como las citadas en el código procesal penal como prueba mediante objetos art. 242 C.Pr.Pn. y prueba documental art. 244 C. Pr.Pn. y siguientes que para la investigación de una violación probablemente no son útiles o pertinentes ya que no permiten cooperar en el esclarecimiento del hecho.¹⁸¹

¹⁸¹ *Ibid.*

CAPTULO III

**CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES, LEGISLATIVAS Y
JURISPRUDENCIALES DE LAS GARANTÍAS PROCESALES
INVOLUCRADAS EN LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL DELITO
DE VIOLACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL SALVADOREÑO Y
EL DERECHO COMPARADO**

En este capítulo se abordarán las consideraciones constitucionales, normativas y jurisprudenciales aplicables al delito de violación en contra de la mujer y la violencia de género, desde la perspectiva de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, a la luz de la Constitución de la República. Seguidamente, se desarrollará el contexto normativo y jurisprudencial de las garantías procesales de las mujeres víctimas del delito de violación involucradas en la labor judicial de valoración probatoria dentro del proceso penal salvadoreño, en relación al derecho comparado e instrumentos jurídicos internacionales ratificados por el Estado salvadoreño aplicables a la materia.

3.1 Tratamiento del delito de violación en el Código Penal

3.1.1. La violación como delito relativo a la libertad sexual

A lo largo de la historia de la humanidad, se han registrado múltiples actos brutales, esos mismos poco a poco hicieron que la sensibilidad natural de la humanidad reconocieran esos actos como abominables y de ese pensamiento surgieron formas para evitar la posibilidad de revivir esos actos de barbarie¹⁸²; de ese sentir la sociedad vio el surgimiento y reconocimiento de los Derechos Humanos y uno de esos derechos propios e inherentes de la humanidad es el derecho a decidir acerca de su sexualidad.

¹⁸² Cortez, Alba Evelyn, *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios*, (El Salvador: Red Feminista Frente a la Violencia contra las Mujeres, 2016). (citado a partir de ahora en el texto como *LEIV con comentarios*).

Así pues, surge uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de proteger; el bien jurídico llamado libertad sexual¹⁸³. En los delitos comprendidos en el Capítulo I, Título IV del Libro II del Código Penal, el bien jurídico protegido es, como se menciona la libertad sexual, siendo aquella que hace referencia a aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo¹⁸⁴, en la doble vertiente positiva y negativa. Positivamente se ejerce la libertad sexual al decidir libremente implicarse en una situación sexual con otra persona, negativamente se ejerce al decidir con la misma libertad no implicarse sexualmente en un ambiente sexual.

3.2. Aplicación de la normativa penal vigente

Dentro del Código Penal salvadoreño se encuentra definido el delito de violación en su artículo 158, el cual literalmente dispone que: "El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años¹⁸⁵".

De ahí que, la violación es el ataque de máxima intensidad a la libertad sexual, y consiste en el acceso carnal o la penetración del miembro masculino en vía vaginal o anal de la víctima, realizado mediante

¹⁸³ La libertad sexual es una categoría de la libertad individual que, por su contenido, merece igualmente la tutela penal; sin embargo, en atención al principio de "Mínima Intervención", que caracteriza al Derecho Penal, sólo se reprimen aquellas conductas que en definitiva lesionan el bien jurídico de la libertad e indemnidad sexual. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de Casación, Referencia: 436-CAS-2011* (El Salvador, 2014) (citado a partir de ahora en el texto como *Casación 436-CAS*).

¹⁸⁴ Y es que, en la figura básica del delito de Violación, Art. 158 Pn., de forma concreta sanciona el "acceso carnal" mediante el uso de cualquier tipo de violencia. Obsérvese, que el "acceso carnal" por sí solo no configura dicho ilícito, pues la condición básica que se debe observar es que exista violencia y que ésta sea de tal magnitud que haya doblegado la voluntad de la libertad sexual de la víctima, siendo lo que finalmente el Legislador determina como Bien Jurídico merecedor de protección. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de Casación, Referencia: 151-C-2012* (El Salvador, 2013)

¹⁸⁵ El delito de violación, en su forma básica, efectivamente, requiere como elemento objetivo del tipo el uso de la violencia por parte del sujeto activo en cualquiera de sus formas-física o moral, la cual se emplea con la finalidad de doblegar la voluntad de la víctima y forzada a realizar un acto sexual del cual no ha prestado su consentimiento previo, afectándose así su libertad sexual. Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 86-C-2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012)

violencia¹⁸⁶. De esta definición pues se toman los elementos del tipo penal en estudio.

3.3. Derechos de las mujeres que son víctimas de violencia sexual en los Convenios Internacionales vigentes

3.3.1 La violación como delito de lesa humanidad

El delito de violación es un acto que deja un estigma inmenso en la víctima la cual recibe un daño irreparable con el que debe vivir el resto de su vida, es por ello que el Estatuto de Roma creado en mil novecientos noventa y ocho, y en el que se le da vida a la Corte Penal Internacional¹⁸⁷, se tipifica a la violación y otros actos sexuales en contra de la víctima, como un delito de lesa humanidad en el artículo siete numeral uno literal “g”.

Pero para saber que es un delito de lesa humanidad se debe encontrar el sentido del término, y este hay que verlo principalmente del significado de la palabra lesa, la cual hace referencia a una lesión, a un agravio o perjuicio el cual daña o insulta a la humanidad¹⁸⁸, al decir humanidad se hace referencia a que este delito ha generado indignación en cualquier persona consiente no importando su situación económica o ideológica, y

¹⁸⁶ El tratadista Creus, sostiene que esta especie de libertad es vulnerada al atacarse ilícitamente el ámbito de autodecisión de la persona, la cual consciente y libremente tiene la aptitud de resolver quién será o no admitido en su espacio esencial. Señala Sala de lo Penal (*Casación 436-CAS*).

¹⁸⁷ El Estatuto de Roma, en su art. 7 se dispone que.-“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. (Adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, y ratificado por el Estado salvadoreño mediante Acuerdo número 713/2014 del 19 de mayo de 2014)

¹⁸⁸ En relación con lo anterior, la Corte recuerda que, en virtud de la naturaleza coadyuvante o complementaria de la protección internacional, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.*, (Costa Rica, 2006) 144, párr. 66

es por ello que se declara un daño a la humanidad por el malestar que provoca en la población general la comisión de un delito de ésta índole.

Respecto a los crímenes de lesa humanidad “las violaciones directas al orden jurídico universal”¹⁸⁹, es por ello que se dice que un delito contra la humanidad es aquel que lesiona principios universales del derecho, los cuales se fundamentan en la conciencia general como un derecho que no es necesario de ser legislado para que tenga vigencia, sino que todos los seres humanos lo reconocemos y su lesión es reconocida como una acción delictiva la cual debe ser juzgada para determinar responsabilidades y castigar y rehabilitar al delincuente.

El no juzgamiento en instancia internacional de todos los casos de violación también se le infiere primeramente del hecho que se saturaría el trabajo de la Corte Penal Internacional la cual sería competente en todos los casos existentes en los países sometidos a su jurisdicción¹⁹⁰. Al observar el inciso primero del artículo siete del Estatuto de Roma se observa que uno de los elementos del delito de lesa humanidad hace referencia a la sistematización del delito, esto quiere decir que la comisión del delito ha sido de forma constante y planificada.

3.3.2. Instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico salvadoreño

La comunidad internacional, viendo la problemática generada por los delitos contra la libertad sexual en contra de las mujeres, se ha preocupado por condenar dichas acciones con cartas, tratados y demás cuerpos legales que muchos Estados han incorporado a sus legislaciones

¹⁸⁹ Señala Ramella (*Humanidad*, 166-168).

¹⁹⁰ La Corte reitera que los Estados tienen el deber de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Esto implica que el recurso judicial debe ser idóneo para combatir la violación, por lo que la autoridad competente debe examinar las razones invocadas por el demandante y pronunciarse en torno a ellas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (Costa Rica, 2017), 344, párr. 177

internas¹⁹¹. Buena parte de esos cuerpos legales que surgieron de la voluntad de los Estados Unidos para proteger y auto obligarse a condenar, investigar y sancionar dichas acciones han surgido a partir de sucesos que han marcado la humanidad tales como guerras mundiales, civiles.

En el ámbito internacional, el delito de violación ha sido regulado desde muchas perspectivas, como desde los derechos humanos, tomando la libertad sexual como un derecho humano, así como ha formado parte de tratados defendiendo los derechos de las mujeres, como de otros cuerpos legales internacionales¹⁹².

3.3.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

El concepto de derechos humanos internacionales tenía que ser acatado, la magnitud de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de proteger a las y los individuos de abusos a tal escala, ofreció

¹⁹¹ La violencia sexual se define como 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. Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, “Primer informe situación sobre violencia sexual en niñas y adolescentes” (2009): 13

¹⁹² La sociedad salvadoreña actual no asume la concepción social de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, tal como lo establece el marco legal salvadoreño. Esta concepción todavía está condicionada por una visión tutelar de inequidad y desigualdad. Se han identificado dos grandes causas inmediatas de esta situación. La primera hace referencia al desconocimiento de la sociedad salvadoreña sobre la conceptualización de la niñez y la adolescencia como sujetos de derechos; esto debido a una tradición de visión y cultura tutelar de la niñez, y a la insuficiente promoción de esta por parte de los entes obligados. La segunda causa inmediata se identifica en la práctica predominante del enfoque tutelar y adultocentrista en la educación de la niñez y la adolescencia. Esta tiene a la base como causas inmediatas, primero, una débil sensibilización y preparación de condiciones para la transición del enfoque tutelar hacia la doctrina de protección integral y, segundo, el reforzamiento generado por la violencia social e intrafamiliar instaladas en una larga historia de violencias en la sociedad salvadoreña, que inciden en el trato irrespetuoso de la dignidad de las personas y en la naturalización de las violencias, como lo es la estructural, social, económica, política, comunitaria, contra las mujeres, intrafamiliar, interpersonal y delincuencia. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, “Primer informe situacional sobre violencia sexual en niñas y adolescentes”, primera edición (El Salvador: Editorial Avanti Gráfica, 2018).

suficientes incentivos a los estados para acordar la necesidad de un sistema de protección de los derechos humanos; así se creó la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 3 se expone la libertad en general, siendo que el derecho de la libertad tiene múltiples aspectos, como lo son la libertad de tránsito, libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación, así mismo otro de esos ámbitos en donde se aplica este derecho es en el sexual, dándose a conocer como libertad sexual, la libertad de decidir el momento, la forma y la persona con la cual se desea llevar a cabo un determinado acto sexual¹⁹³. Dicha libertad se ve transgredida y vulnerada cuando por la fuerza se le obliga a otra persona a realizar y/o soportar actos sexuales contra su voluntad, lo cual constituye el llamado delito de violación.

Una vez dicho esto, corresponde hacer la aclaración que las libertades no son absolutas, y se encuentran limitadas al derecho y libertad de otros individuos, es decir entonces que al igual como se limita el derecho de estas libertades, la libertad sexual esta constreñida al respeto de los derechos y libertades de los demás en el contexto social¹⁹⁴; es decir, que

¹⁹³ Muchas prácticas inhumanas contra las mujeres han sido toleradas por las Naciones Unidas en aras de un respeto por las diferencias culturales, respeto que no sienten cuando de racismo se trata, por ejemplo, talvez porque el racismo afecta negativamente a muchos hombres mientras que el sexismo brinda privilegios a la mayoría de ello; las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, directa e indirectamente hayan manifestado que todas las formas de opresión son igualmente oprobiosas. en el fondo el sexismo no es entendido realmente como una forma de opresión tan nefasta como otras. Montejo, Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal* (Costa Rica: Editorial ILANUD, 1992) 45. (citado a partir de ahora en el texto como *Género suena*).

¹⁹⁴ El tema de la víctima de delitos sexuales no puede sustraerse del ámbito del derecho, sin que ello signifique su reducción a lo meramente legal. En este sentido, cuando en el Estado social y democrático de derecho se recurre al uso del *ius puniendi*, -que desde una visión garantista se rige por el principio de última ratio- le corresponde al Estado ejercer su libertad de configuración legislativa bajo la limitante de la protección exclusiva de bienes jurídicos tangibles que posibiliten unos mínimos de convivencia armónica en la sociedad. Afanador Contreras, María Isabel, "La violencia sexual contra la mujeres. Un

debe ser ejercida de forma limitada y responsable, sin afectar la esfera jurídica de los demás.

El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos manifiesta que nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, el contexto del presente artículo es enfocado a la protección de toda persona sobre su vida privada, es decir ese conjunto de actos efectuados en su carácter como individuo en la intimidad¹⁹⁵. En este orden de ideas, ninguna persona particular, funcionario o autoridad, podrá acceder, ni hacer del conocimiento general aspectos de la vida privada e íntima de las personas, a excepción de que existan elementos jurídicos suficientes para intervenir en esa esfera de privacidad e incluso dar a conocer públicamente aspectos privados.

Lo anterior tiene relevancia para el tema, pues siendo el delito de violación, un ilícito que ataca directamente la vida privada de un individuo, pues se ve forzada a manifestar tanto en la denuncia como en el proceso la forma en la que fue atacada sexualmente, las actividades a las cuales fue sometida u obligada a realizar y muchas veces es forzada por jueces, fiscales y defensores a hablar acerca de aspectos íntimos de su vida de los cuales no desea hablar, pudiendo generar en la persona vergüenza o culpa, esto causa a su vez que la personas sufra una doble victimización, viendo vulnerado su derecho de reserva¹⁹⁶, y como consecuencia directa

enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho”, *Reflexión Política*, vol. 14 n. 27 (2012): 128-130

¹⁹⁵ Este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad. Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, *Declaración Universal: versión comentada* (Guatemala: 2011) 24. (citado a partir de ahora en el texto como *Declaración comentada*).

¹⁹⁶ La victimización secundaria consiste en el agravamiento de la primera situación de víctima, debido a la falta de reacción por parte del medio social próximo a la víctima, y de sensibilidad en los órganos encargados del control social (policías, órganos sociales o instituciones sociales de atención de víctimas). También se ha definido como “los

de esa victimización pudiendo provocar el abandono del proceso por la víctima.

Es por ello que el Estado debe garantizar el respeto a la privacidad e intimidad de la persona¹⁹⁷, tanto fuera como dentro de un proceso penal, teniendo especial cuidado con la información que se maneja no dando a conocer detalles o elementos del caso que lesionen la dignidad y la moral de la víctima de violación.

3.3.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, y comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de estos derechos, es Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹⁸.

sufrimientos que experimenta la víctima en su paso por el sistema judicial o derivado de su interacción con el entorno. Albarrán, A., *Psicología Forense y Victimología*, primera edición (España: Editorial J. Urra & B. Vázquez, 1993) 42

¹⁹⁷ *En el marco de los conflictos armados el Estado suele aplicar medidas para controlar a las personas, como sucedió en el caso de Guatemala, donde los propios vecinos, compelidos a participar en las patrullas de autodefensa civil, asumieron tareas de inteligencia para vigilar a la comunidad tomando un papel que corresponde desarrollar al Estado. Pero también en la vida cotidiana encontramos hechos que vulneran la intimidad, como la difusión en los medios de comunicación de aspectos de la intimidad de funcionarios/as públicos, que son utilizados para atacarles, señala Comisión de Derechos Humanos (Declaración comentada, 23).*

¹⁹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A XXI, del 16 de diciembre de 1966) Preámbulo

Es así, como en su artículo 7 se dispone que nadie podrá ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, la violación es un delito que denigra gravemente a la víctima, haciéndola sentir sucia, utilizada y maltratada, además de ser un trato cruel puesto que un elemento del tipo es la violencia para dar lugar al acceso carnal, esa violencia puede ser ejercida de múltiples maneras causando un severo daño mental o físico, siendo el daño infligido innecesario para la consumación del acto¹⁹⁹, pudiendo llegar a tratos crueles incluso a la tortura, ningún ser humano debe ser sometido a tales actos que lesionan moral, física y psicológicamente a quien los recibe, es por ello que cabe dentro de la prohibición hecha en el presente artículo.

3.3.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 5.1 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, y en el caso de la violación, este es un delito que conlleva violencia, la cual causa lesiones físicas que dependiendo de la crueldad y la saña con la cual han sido realizadas así serán de graves y así tardarán en sanar, pero la integridad moral también es parte de la persona por ende la violencia psicológica ejercida para la consumación de una violación también debe ser sancionada, y aunque no se dice expresamente se sabe que los derechos humanos debe ser interpretados de una forma extensiva por ende se entiende que así como se reconoce la integridad física y se condena las conductas que tienden a lesionar dicha integridad²⁰⁰, así se reconoce y se condena aquellas

¹⁹⁹ Una de las formas de violencia más denigrante es la sexual, por las implicaciones médicas y psicoemocionales que conlleva, afectando la dignidad y bienes jurídicos como la libertad. Consiste en actos u omisiones que van desde negar las necesidades sexo-afectivas, hasta imponer actividades sexuales no deseadas o la violación. También los celos desmedidos para el control o manipulación de la pareja son formas de violencia. Núñez, G. "Reconociendo los placeres, desconstruyendo las identidades: antropología, patriarcado y homoerotismos en México", *Desacatos*, n. 6 (2001) 15-34

²⁰⁰ La tarea de la Corte Interamericana tiene un gran impacto hacia el interior de los Estados, a través de la resolución de conflictos en el caso concreto, el dictado de medidas de reparación y la supervisión de su cumplimiento. Muestra de ello es que las instituciones nacionales, como los órganos de la administración de justicia y sus operadores, han incorporado, paulatinamente, no sólo las normas de los tratados

acciones que conduzcan producir daños psicológicos y morales en la persona, puesto que lo que se protege es la integridad personal que reúne ambos caracteres.

La dignidad personal es un derecho que tiene muchos alcances, por ello el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace un reconocimiento a la dignidad de la persona, como el valor intrínseco e inherente de todo ser humano, por ese mismo valor que poseen todas las personas se prohíbe toda acción que menoscabe dicha dignidad, al realizarse el hecho delictivo en estudio se ve vulnerada, pues la víctima se siente menospreciada, es importante hacer ver que cuando se cometen este tipo de ilícitos contra la libertad sexual²⁰¹, se transgrede gravemente la dignidad de la víctima.

3.3.2.4. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres

Su artículo 3 menciona que los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales, lo anterior es un gran compromiso que han adquirido los Estados firmantes, pues son muchos los derechos humanos y libertades, siendo así obsérvese que el Estado salvadoreño al ser parte de esta Convención se ve en la obligación de crear políticas públicas y normas

internacionales de derechos humanos, sino también los criterios jurisprudenciales interamericanos, coadyuvando, a través de sus propios pronunciamientos, a la interpretación de los instrumentos internacionales y al desarrollo de nuevos estándares internacionales en la materia; al mismo tiempo, la Corte es receptora y se nutre de los pronunciamientos que los jueces nacionales hacen sobre la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos de la Convención e, inclusive, de las sentencias interamericanas. Steiner, C., *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014) 327

²⁰¹ “El bien jurídico objeto de tutela penal es la libertad sexual como parte básica de la libertad del individuo a la luz de los valores consagrados en la Constitución, Art. 2 Cn. Se trata de un objeto de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual. El delito se orienta al castigo de conductas entorpecedoras de la libre opción sexual a la que toda persona tiene derecho en un real Estado Social y Democrático de Derecho. La libertad sexual tutelada por la ley penal es sólo un fragmento del amplio derecho de libertad reconocida en el precepto constitucional antes citado;...” Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 194-C-2016 (El Salvador, 2016)

democráticas e inclusivas que determinen el fortalecimiento de los procedimientos ya existentes y la creación de nuevos²⁰², que conlleven al respeto y cumplimiento de las normas por parte de todos los miembros de la sociedad y así lograr que todos los miembros de esa sociedad gocen plenamente de sus derechos y libertades.

3.3.2.5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Este Instrumento fue adoptado el 9 de junio de 1994 en Belem do Para, Brasil, y ratificado por El Salvador, mediante Decreto Legislativo Número 430 de Fecha 23 de agosto de 1995, publicada en el Diario Oficial Número 154, Tomo Número 328, de fecha 23 de agosto de 1995. Dentro de sus considerandos se encuentra que indica: "Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y convencidos de que la eliminación contra la violencia en la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida"²⁰³.

²⁰² La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres se compone de 30 artículos en los que se define explícitamente la discriminación contra las mujeres y establece una hoja de ruta de acción nacional para poner fin a tal forma de discriminación; esta se centra en la cultura y la tradición como fuerzas influyentes que dan forma a los roles de género y a las relaciones familiares. También establece un programa de acción para poner fin a la discriminación por razón de sexo: los Estados que ratifican el Convenio tienen la obligación de consagrar la igualdad de género en su legislación nacional, derogar todas las disposiciones discriminatorias en sus leyes, y promulgar nuevas disposiciones para proteger contra la discriminación contra la mujer. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Aprobada en por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, y ratificada por el Estado Salvadoreño en todas sus partes por el Organismo Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores el 19 de noviembre de 1982)

²⁰³ "Que las desigualdades de poder entre hombres y mujeres perpetuadas a través de la violencia, no le permiten a la mujeres ejercer plenamente sus derechos en el campo social, político, económico, cultural y familiar, negándoseles el acceso a una vida libre de violencia, lo cual constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales; en razón de lo cual es necesario, legislar de manera integral a través de

El artículo 2 de esta Convención menciona algunos ámbitos de violencia contra la mujer, dentro de los cuales se entiende que se ejerce violencia sexual²⁰⁴, a su vez, es muy importante traer a cuenta el contenido de su artículo 3, el cual dice literalmente que: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”, este artículo es el medular de dicho cuerpo normativo, pues puede decirse que de esta disposición se derivan todas las demás.

3.3.2.6. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

En los 30 últimos años, la comunidad internacional ha ido reconociendo cada vez más la violencia contra la mujer como problema de salud pública, violación de derechos humanos y barrera al desarrollo económico; es así como en 1993, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció oficialmente el derecho de la mujer a vivir libre de violencia, derecho que también se reconoció en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) de 1994.

El artículo 2 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer expresa que una de las formas por medio de las cuales se ejerce

medidas que incluyan la detección, prevención, atención, protección, reparación y sanción de la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones.” Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, Considerando V

²⁰⁴ La violencia contra las mujeres contraviene el derecho de toda persona a ser tratada con dignidad y respeto, en un entorno libre de violencia y discriminación. Ante esto, los Estados del Continente Americano sumaron esfuerzos para crear, el 9 de junio de 1994, en el Pleno de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Este tratado internacional ha dado pauta para la adopción de leyes y políticas sobre prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres en los Estados Parte de la Convención; formulación de planes nacionales; organización de campañas e implementación de protocolos y de servicios de atención, entre otras iniciativas, y ha sido un aporte significativo al fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Ratificada por el Estado salvadoreño en todas sus partes el 16 de agosto de 1995, a través del Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones eXteriores, por medio de Acuerdo número 747 de fecha 10 de agosto de 1995.

violencia contra la mujer es la violencia sexual, es decir que dentro de este tipo de violencia se encuentra comprendido el delito de violación realizado en contra las mujeres en general, pues reconoce la violación dentro del matrimonio siendo el agresor el marido, esto es importante puesto que hasta hace muy poco habían autores que discutían la existencia del delito de violación dentro del matrimonio, pues se sostenía que el marido tenía derecho a poseer a la mujer cuando quisiera pues era uno de los deberes conyugales²⁰⁵. Luego, en su artículo 3 se reconoce el derecho de toda mujer a ser protegida y a gozar de sus derechos humanos, incluida el derecho a la libertad sexual.

El Estado debe establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia²⁰⁶, y adoptar medidas para la erradicación de la violencia contra las mujeres.

3.4 Ámbito constitucional y jurídico de la prueba en el proceso penal

3.4.1 Carácter normativo de la Constitución de la República

En la Constitución de El Salvador, el derecho a castigar (*ius puniendi*) se configura constitucionalmente como un atributo exclusivo del Estado, este poder público emana del pueblo, según el artículo 86 de la Constitución de la República, y es ejercido por el Organo Judicial, a quien corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁰⁷, con la sola excepción, respecto de la unidad y exclusividad jurisdiccional, de la

²⁰⁵ El hombre tiene el derecho de exigir el acto sexual y el deber de cumplirlo, el matrimonio confiere el derecho de exigir la prestación sexual, tanto para la satisfacción del instinto como para la preservación de la especie”, protegiéndose así a las mujeres incluso de sus maridos. Arias, Luis Bramont, *Manual de derecho penal: parte especial* (Lima: Editorial San Marcos, 1994) 154

²⁰⁶ Existe un trabajo poco reconocido en el que miles de mujeres realizan en hogares ajenos, con frecuencia en condiciones que violentan su dignidad, ganando menos del salario mínimo, sin prestaciones, sufriendo abusos por parte de sus empleadores está muy cerca de ser una forma moderna de esclavitud, señala Comisión de Derechos Humanos (*Declaración comentada*, 17).

²⁰⁷ Constitución de la República, artículo 172

jurisdicción militar, que conoce de los delitos y faltas estrictamente militares.

Por otra parte, el ejercicio de la jurisdicción penal ha de desarrollarse conforme a las exigencias del más estricto principio de legalidad²⁰⁸, penal y procesal, cuya plasmación normativa se encuentra en la Constitución de la República, en determinados tratados y convenciones internacionales sobre la materia suscritos por El Salvador, en el Código Penal y leyes especiales penales y en el Código Procesal Penal.

Dentro del principio de legalidad, existe lo que se conoce como legalidad procesal²⁰⁹, la cual significa que la titularidad estatal del derecho a imponer penas no puede ejercerse de cualquier manera, sino a través del proceso jurisdiccional²¹⁰, siendo la actividad probatoria que se desarrolla en su seno la de mayor trascendencia para la plenitud jurídica de la institución procesal. De la perfección técnica de dicha actividad, de naturaleza absolutamente reglada, depende, en efecto, por una parte, el

²⁰⁸ “El Art. 12 de la Constitución de la República, se traduce en el principio de legalidad, que es precisamente un derecho fundamental de carácter complejo, ya que del mismo surgen principios básicos del Derecho Penal, destinatarios diversos y obligaciones específicas a los órganos del Estado que intervienen en la creación y aplicación de las normas penales. En ese entendimiento, el contenido del principio de legalidad tiene una cuádruple significación tanto para el legislador como para el juez penal: El juez no puede aplicar normas en forma retroactiva en principio del imputado (prohibición de retroactividad: *lex praevia*). El juez contará con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *ex scripta*, principio de reserva de ley). El legislador formulará sus preceptos con tanta precisión, completitud y claridad (mandato de certeza: *lex certa*). El juzgador para imponer un castigo no puede basarse en la simple analogía o en criterios de arbitrariedad (*lex stricta*).” Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 67-C-2014 (El Salvador, 2015). (citado a partir de ahora en el texto como 67-C).

²⁰⁹ La interrelación entre el derecho penal material y el procesal penal se concreta en la respectiva preexistencia determinante del *ius perseguendi* como del contingente ejercicio del *ius puniendi*. Únicamente es perseguible aquella conducta que afirmada procesalmente se acredite constitutiva de una infracción penal atribuible al sujeto enjuiciado, pero siempre que se asevere su realización objetiva y subjetiva de acuerdo con la norma procesal que regula su enjuiciamiento. Consejo Nacional de la Judicatura, *Comentarios al Código Procesal Penal* (El Salvador: Escuela de Capacitación Judicial) 91. (citado a partir de ahora en el texto como *Comentarios al Código*).

²¹⁰ El Principio de Legalidad del Proceso contiene los principios de Legalidad penal, legalidad procesal y juez ordinario predeterminado por la ley, respondiendo a lo previsto en los artículos 11, 13 y 15 de la Constitución de la República, tales imperativos informarán la declaración y la eventual ejecución del mandato jurisdiccional. *Ibíd*, 95.

éxito de la persecución penal y, por otra, la garantía del goce la libertad y de los valores de justicia y seguridad jurídica²¹¹ que proclama el artículo primero de la Constitución de la República.

En el proceso penal, la prueba procesal podría entenderse como la institución jurídica que tiene por finalidad aportar los datos al juez que le permitan satisfacer la pretensión, para lo que bastará una resolución fundada en Derecho que responda, afirmativa o negativamente, a la reclamación o pretensión deducida en el proceso.

3.4.2 Principios de la actividad probatoria en la normativa procesal penal

En el Título I del Libro Primero del Código Procesal Penal se tratan los principios básicos y garantías constitucionales, mencionándose así los importantes principios de la actividad probatoria, entre los cuales se encuentra el del Juicio Previo²¹²; así también, en el Título IV del mismo libro, sobre los actos procesales, se regula el contenido de las actas que documentan las diligencias probatorias probatorias, reguladas en los artículos 139 y 140 del Código Procesal Penal, así como en el Título I del Libro Segundo, se trata sobre la instrucción en el procedimiento común,

²¹¹ En tal línea, el Estado liberal diseñó al Derecho Penal como su exponente más fino –y por cierto más democrático– en la medida que lo considerado por la voluntad general como nocivo socialmente era lo que debía recibir el calificativo de delito, el cual debía quedar plasmado de forma clara, precisa e inequívoca juntamente con la sanción que habría de recibir. De ahí que la codificación se constituyó en la respuesta razonable al anhelo de seguridad jurídica que los iluministas imprimieron en los primeros *corpus criminalis*. Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, *Fortalecimiento de la Institucionalidad relativa a la Calidad de Justicia y Seguridad por medio del Aumento de la Efectividad y la Reducción de la Impunidad en los Delitos contra la vida, la Integridad Física y la Violencia de Género en El Salvador*, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Ventana Jurídica número 10, volumen 1, 2013) 90

²¹² “En ese sentido, el Tribunal ha sostenido que no puede entenderse que el procedimiento abreviado importa automáticamente una condena o que los jueces tengan que ceñirse a la culpabilidad acordada; pues, en tal caso, estarían abandonando su papel de imparcialidad e independencia, dejando inerte la garantía de juicio previo.” Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 145-C-2015 (El Salvador, 2015)

las disposiciones alusivas a las actividades de investigación y prueba también resultan fundamentales.

Puede ser útil, en consecuencia, para facilitar una visión de conjunto de la materia, efectuar una síntesis de la regulación de la actividad probatoria en el Código Procesal Penal²¹³, entendiéndose por tanto lo referente a los actos de investigación como lo relativo a los actos de prueba. De esa forma se adquiere una visión general de la regulación procesal de la prueba y así con independencia de los principios estructurales del proceso penal, cabe citar los siguientes principios específicos de la prueba penal.

3.4.2.1. La presunción de inocencia

Partiendo del abordaje realizado por la Constitución de la República en su artículo 12, su significado más elemental es el de que “toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario en un verdadero proceso”, lo que significa que el imputado puede mantenerse en una actitud de absoluta pasividad respecto a la prueba, que la obligación de probar los hechos corresponde a las acusaciones²¹⁴, quienes ha de aportar suficiente prueba de cargo para la condena, debiendo dictarse un fallo absolutorio, en caso contrario, según criterio racional del tribunal.

²¹³ “De suyo se sigue que las pruebas deben caracterizarse por: ser practicadas ante el Juzgador (inmediación), permitir la intervención de la Defensa y el imputado (contradicción) y ser accesibles a las partes y a la sociedad en general (publicidad), con sus excepciones; todo ello mediante la oralidad.” Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 69-15-3 (El Salvador, 2015)

²¹⁴ “El Principio *In Dubio Pro Reo*, implica la existencia de una duda razonable en cuanto a los elementos probatorios que acreditan la supuesta participación y culpabilidad del imputado en determinados hechos; la función rectora de este Principio se refiere al campo de la prueba, ya que opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración de la misma y apreciación del material probatorio; es decir, funciona como una regla referente a la prueba y a la apreciación de los hechos.” Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 289-C-2014 (El Salvador, 2015)

Y por último, la prueba ha de realizarse en la fase plenaria del proceso, salvo justificadas excepciones²¹⁵, y con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad de los medios de prueba y su práctica.

3.4.2.2. La no obligación de declarar del imputado durante su interrogatorio

El artículo 12 de la Constitución de la República establece claramente que “las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor”²¹⁶, por lo que el derecho a no declarar del imputado, mas que una carga procesal o medio de prueba, es un medio de defensa expresivo del derecho al silencio, manifestación a su vez de la presunción de inocencia, lo que impide que el juez convierta en indicio incriminatorio tal actitud²¹⁷.

3.4.2.3. La posibilidad de prueba de oficio

En búsqueda de la verdad material, aunque, desde la perspectiva de la neutralidad procesal que impone al juzgador el modelo acusatorio, es rechazable el abuso de la referida facultad por parte del tribunal sentenciador, como se dijo anteriormente, en el Código Procesal Penal

²¹⁵ “La prueba anticipada, es aquella que se realiza antes del juicio dada la fuerte probabilidad de no disponibilidad del medio de prueba en el juicio (testigo o perito), a los efectos de asegurar el desarrollo de la información en el mismo, por lo que se aplican las condiciones del juicio (presencia judicial y de las partes).” Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 334-2016 (El Salvador, 2016)

²¹⁶ Al respecto, se considera oportuno expresar que el derecho a ser juzgado por un juez natural, independiente e imparcial, forma parte esencial del debido proceso y constituye un requisito indispensable de un Estado democrático de derecho. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 258C2015/420C2015 (El Salvador, 2016)

²¹⁷ Como se ha dicho, impartir Justicia, es mucho más que conocer el derecho y aplicar una o varias normas jurídicas. La ética aporta en esta tarea, la función de “determinar lo que se ha de hacer o no se ha de hacer. Han de tenerse presente pues, los valores que fundamentan la actuación práctica jurisdiccional, los cuales se hayan conectados al respeto y defensa de la dignidad humana, cuya manifestación más pura son los derechos humanos. Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, *Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (AECI - CNJ)*, volumen uno (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Ventana Jurídica número 5, 2005) 91

salvadoreño el objeto del proceso, que son los hechos, lo fijan los acusadores, según el principio acusatorio, el juez de instrucción puede ordenar, tras la celebración de la audiencia preliminar, prueba de oficio cuando lo estime imprescindible²¹⁸, y el tribunal sentenciador acordar prueba para mejor proveer con anterioridad a la discusión final y cierre del debate del juicio oral²¹⁹.

Ahora bien, si el juez ha tenido conocimiento de los hechos por las afirmaciones de las partes acusadoras y si del mismo proceso se desprende la existencia de fuentes de prueba relativas a esos hechos, nada puede impedir que utilice los medios de prueba ordinarios para introducir las fuentes en el proceso²²⁰; así pues, el artículo 177 del Código Procesal Penal establece los principios de la pertinencia y utilidad de la prueba, ya que según dicho artículo solo será admisible la prueba que resulte útil para la averiguación de la verdad y pertinente por referirse directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio, a la identidad y responsabilidad penal del imputado o a la credibilidad de los testigos o peritos.

²¹⁸ Sobre las circunstancias expuestas, se colige, que no estamos en presencia del primer precedente, cual es que el imputado puede ofrecer por sus propios medios en uso del derecho de defensa material prueba; lo que nos lleva al segundo criterio, el que tampoco se cumple, por no encajar en el supuesto de prueba para mejor proveer, puesto que por un lado los datos a incorporar al juicio a través de dicho medio siempre estuvieron al alcance de la defensa. No constituyendo un hecho desconocido que merezca ser acreditado con alguna fuente de prueba (documental). Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 4-CAS-2011 (El Salvador, 2012)

²¹⁹ Por otro lado, en cuanto a la oferta probatoria de las partes técnicas en juicio, se ha externado que: "...el legislador previó la posibilidad de que el Tribunal A quo pudiera ordenar aún de oficio o a petición de parte, prueba para mejor proveer. *Ibíd.*

²²⁰ El art. 15 inc.2° CPP en forma genérica sanciona expresamente la consecuencia legal aplicable a toda prueba ilícita a fin de tutelar los derechos fundamentales de las personas que se enfrentan a una investigación penal: "No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito". Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Referencia: 1-CAS-2014 (El Salvador, 2014). (citado a partir de ahora en el texto como 1-CAS-2014).

3.4.2.4. Principio de la libre valoración de la prueba

Este principio se basa en las reglas de la sana crítica y en la íntima convicción para el juicio de jurados, el sistema de la prueba libre impone al juez profesional una labor valorativa conforme a criterios de racionalidad y conciencia, aunque el jurado no tiene obligación de razonar su veredicto; es el sistema de la libre valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica²²¹ el que rige en el proceso penal salvadoreño, tal como lo establece el Código Procesal Penal en su artículo 175, relativo a otro de los grandes principios que rigen la actividad probatoria, como lo es la legalidad de la prueba, el cual ordena que los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente²²², y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda.

Este principio deberá ser complementado con los principios de la presunción de inocencia²²³ y el in dubio pro reo, la libre valoración por el juez o el tribunal de la actividad probatoria desarrollada durante el proceso conforme a las reglas de la sana crítica en modo alguno permitirá al órgano jurisdiccional actuar de un modo arbitrario o irracional,

²²¹ Esta Sala considera que el deber de motivar no exige del juzgador una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, pero sí le exige la utilización de criterios auténticos de razonabilidad que han de medirse caso por caso, sobre la base del juzgamiento o valoración de los hechos objetiva y legalmente ingresados, por supuesto sobre la base de los mínimos niveles de intelecto judicial que el momento procesal está demandando. Ibañez, Perfecto Andrés. Escuela de Capacitación Judicial. *Guía de trabajo para los textos de apoyo del curso: "valoración de la prueba en el proceso penal"*, volumen uno (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2010) 82

²²² "La concurrencia de las comentadas excepciones a la regla de exclusión de pruebas ilícitas debe analizarse por los jueces en cada caso, como parte del imperativo de admisión y valoración integral del conjunto de la prueba pertinente disponible, art. 130 CPP.", señala la Sala de lo Penal (1-CAS-2014).

²²³ El derecho a la presunción de inocencia exige que la persona imputada sea tratada en general como inocente, es decir, libre, de manera que las restricciones excepcionales de ese estado de libertad únicamente son admisibles dentro de los estrictos márgenes de tiempo que permite el legislador. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Habeas Córpus, Referencia: 374-2016 (El Salvador, 2018)

desconociendo los principios que rigen la prueba, enunciados en este precepto, estando además obligado a exteriorizar motivadamente sus decisiones.

3.4.3 Regulación del procedimiento probatorio en el procedimiento común

El llamado procedimiento probatorio común del proceso penal salvadoreño se articula en tres actos procesales fundamentales: la audiencia inicial, la audiencia preliminar y el juicio oral o plenario. En todos estos hitos fundamentales del proceso resulta indispensable, en mayor o menor medida, la actividad probatoria, regida por los principios de la inmediación y la contradicción, para que el juez o tribunal correspondiente, diferente en cada tipo de audiencia, adopte cada tipo de audiencia, y adopte las resoluciones pertinentes que la ley procesal establece para cada ocasión.

3.4.3.3. Fase Plenaria

Dentro de la fase plenaria del proceso penal, se hace una especial referencia al procedimiento probatorio, debido a que el análisis del procedimiento probatorio en el plenario presenta dos perspectivas: una, la del examen de las reglas comunes a todos los medios de prueba; otra, la referida al análisis particularizado de cada uno de ellos; esto es consustancial con el sistema acusatorio que las partes no sólo introduzcan los hechos objeto del proceso, sino que también propongan y ejecuten la prueba, siendo a las partes y no al juez²²⁴, a quienes se atribuye la iniciativa en materia de prueba, como lo ponen de manifiesto los artículos 356 y 358 del Código Procesal Penal.

²²⁴ Así considerada, la presunción de inocencia posee tres significados claramente diferenciados, éstos son: a) como *garantía básica del proceso penal*, constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad, una condena anticipada, y que conlleven al imputado la carga de probar su inocencia; b) como *regla de tratamiento del imputado durante el proceso*, implica que en la instauración y desarrollo del proceso penal debe partirse de la idea de que el imputado es inocente. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 130-2015 (El Salvador, 2015)

Haciendo un resumen de las tres fases del procedimiento común dentro del proceso penal salvadoreño, se tiene que dentro del procedimiento general probatorio, existen tres fases principales²²⁵ del mismo: la proposición, siendo la solicitud que el ministerio fiscal y las partes formulan ante el tribunal, para que se disponga la recepción de un medio de prueba, la cual viene a estar limitada por los principios generales de la pertinencia y utilidad de la prueba, regulados en el artículo 177 del Código Procesal Penal; en segundo lugar, se tiene la recepción, la cual ocurre cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que surja de su realización; corresponde ubicar en este momento, como actividad complementaria de él, la realización de las diligencias tendientes a lograr la recepción de la prueba admitida.

En esta segunda fase, cabe mencionar que tiene gran protagonismo el juez instructor, ya que finalizada la audiencia preliminar, el mismo resuelve inmediatamente, entre otras cuestiones, la admisión o rechazo de la prueba ofrecida para la vista pública, tal como se establece en el numeral 10 del artículo 362 del Código Procesal Penal, funcionando así como un filtro probatorio entre la fase inicial y la fase plenaria del proceso penal, y durante el juicio el tribunal debe, en principio, limitarse a recibir sólo las pruebas ofrecidas por el ministerio fiscal y las partes, salvo se trate de prueba anticipada o preconstituida²²⁶.

Por último, se encuentra la valoración, siendo la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de

²²⁵ Así, el argumento de la Juez sentenciadora se opone a los tres momentos que doctrinariamente se reconocen respecto a la actividad probatoria, siendo éstos: (a) Proposición, (b) Recepción, y (c) Valoración. Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Referencia: INC-332-SC-2014 (El Salvador, 2015)

²²⁶ El problema de la distinción entre prueba preconstituida y prueba anticipada debe abordarse partiendo de una idea básica, las notas esenciales de la prueba como actividad, así la prueba como medio de las partes en el proceso para lograr la convicción judicial en sentido favorable a sus pretensiones oslo puede ser la actividad desarrollada en el marco de los principios generales de la prueba. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 196-C-2015 (El Salvador, 2016)

prueba recibidos, tiende a determinar cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras cuál es el grado de conocimiento que puede aportar sobre aquél, esto en cumplimiento a la garantía constitucional del juicio previo, que consiste en que ningún juez o tribunal pueden imponer una pena o medida de seguridad sin que haya realizado un proceso que culmine con una declaración fundada en evidencia de culpabilidad²²⁷.

3.4.3.3.1. Práctica de la prueba testifical durante la vista pública

La recepción o práctica de la prueba durante la vista pública se regula, en concreto, en los artículos 386 y siguientes del Código Procesal Penal, en donde claramente se establece que queda a arbitrio de las partes el orden en que las prueba serán recibidas durante el juicio, es decir cada parte le debe informar al juez o tribunal en qué orden desea que se practique los interrogatorios de los medios de prueba; por ejemplo, primero los peritos, luego el testigo que acredita la existencia de evidencias físicas o documentos y a través de los cuales se introducirán estos medios de prueba, los testigos directos de los hechos, etc., siempre se debe presentar toda la prueba de cargo y posteriormente la prueba de descargo²²⁸.

Para la práctica de la prueba testifical durante el juicio el Juez o Tribunal deberá, conforme a los artículos 203, 209, 386, 388 del Código Procesal

²²⁷ El constituyente en el art. 11 Cn dispone que el Estado salvadoreño, especialmente el legislador, establezca un cauce procesal general, estable e inalterable que fije las etapas procesales para la investigación y juzgamiento de los delitos. Marco Tulio Garay Velásquez y Saúl Vásquez Landaverde, *Código Procesal Penal comentado*, primera edición (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2018) 423. (citado a partir de ahora en el texto como *Código Procesal Penal comentado*).

²²⁸ El art. 359 CPP regula los requisitos específicos para admitir la prueba testimonial que haya sido ofrecida por las partes procesales, siendo que la lista de los testigos deberá indicar para cada uno de ellos sus datos de identificación incluyendo además el lugar de residencia o donde puede ser localizado. En la realidad practica los testigos que han sido admitidos queda bajo responsabilidad de quien los propone hacerlos comparecer; el tribunal de sentencia entrega las citas correspondientes para que puedan ingresar al centro o distrito judicial correspondiente. *Ibíd*, 504.

Penal, 305 del Código Penal, 20, 354, 358 y 406 al 410 del Código Procesal Civil y Mercantil realizar lo siguiente: a) Identificar al testigo; b) Instruirlo sobre la obligación de decir la verdad sobre lo que sepa y le conste en forma clara y precisa; y, c) Tomar el juramento o promesa de decir la verdad²²⁹.

Durante el interrogatorio, este debe ser realizado por quien ofreció al testigo y debe referirse a los hechos, circunstancias relativas a la existencia del delito y la responsabilidad del acusado o sobre credibilidad²³⁰, en donde el Juez o el Presidente del Tribunal deben controlar las preguntas sugestivas, capciosas o confusas, preguntas que tiendan a ofender al testigo, preguntas impertinentes, preguntas repetitivas y las preguntas de referencia²³¹.

3.4.4. Anticipo de prueba

La prueba anticipada en El Salvador posee rango constitucional, tal como lo establece los artículos 11 y 12 de la Constitución de la República, el derecho a un juicio oral y público en el que se respeto el derecho de defensa, conforme a lo que, por otra parte, imponen los tratados y

²²⁹ Los requisitos para la validez de la prueba anticipada testimonial que son irrepitibles en la vista pública, en el que habrá de considerarse el “obstáculo difícil de superar” debido a circunstancias excepcionales propias del testigo (grave enfermedad) o extrínsecas como el riesgo o peligro en que se encuentre el testigo, su cónyuge, padres, hijos o hermanos a hechos de violencia o amenaza contra su vida o integridad personal; igualmente se pueden considerar riesgos intrínsecos el hecho que el testigo no tenga residencia fija en el país o aun teniéndola esté pronto a abandonarlo; y en los casos de rebeldía o incapacidad sobreviniente. Una circunstancia especial para la práctica de la prueba anticipada testimonial es que el testigo sea menor de doce años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico, que evalúe su condición física y psicológica. *Ibíd*, 1218.

²³⁰ La utilidad y pertinencia son características que imperiosamente deben concurrir en los elementos de prueba a producirse en el juicio; de hecho, son presupuestos tan necesarios para los fines del proceso que la función de la fase instructiva del proceso penal se basa en la averiguación, proposición y posterior discriminación de todos aquellos los elementos que cumplieren con tales requisitos. Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Referencia: 193-2016-5 (El Salvador, 2016)

²³¹ La Constitución de la República, tiende a garantizar la seguridad de una recta administración de justicia, lo que implica que, tal como se sostiene doctrinariamente, para que una sentencia sea legítima ha de ser motivada, pues la motivación constituye el cúmulo de razonamientos fácticos y jurídicos con los que el Juez apoya su decisión. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 333-CAS-2010 (El Salvador, 2011)

convenciones internacionales sobre la materia, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado y ratificado por El Salvador, en cuyo artículo 14.1 se establece el derecho de toda persona “a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente²³²”.

Hasta antes de la vigencia del código actual, lo usual era volver todo anticipo de prueba, con el actual Código, solo se puede anticipar la prueba testimonial, es así como, estando, no obstante el principio de recepción de la prueba en el juicio oral, se dan situaciones en la vida práctica en las que es imposible o muy difícil cumplir con este principio, por lo que se prevén en la ley excepciones procesales al mismo, siendo esta la prueba anticipada, prueba preconstituida o prueba adelantada²³³, pudiendo invocarse única y exclusivamente cuando se den una serie de condiciones que deberán ser suficientemente acreditadas.

3.4.4.1 Supuestos legales de la prueba anticipada

Tomando en consideración que solo se puede solicitar y anticipar la prueba testimonial, tal como se establece en el artículo 305 del Código Procesal Penal, si no se trata de prueba testimonial, no es posible anticiparla²³⁴. Ahora bien, para que proceda el anticipo de la prueba testimonial es necesario que concurren circunstancias, como que se esté ante un obstáculo difícil de superar, de una parte, y que debido a ese obstáculo se haga presumible que dicha declaración no podrá practicarse en la vista pública, que es en esencia el momento y oportunidad natural

²³² El principio de legalidad, por tanto, es una garantía fundamental de la libertad de las personas frente al derecho a castigar del Estado. Concretamente, dentro del Derecho Penal, se asimila como que ningún habitante puede ser perseguido o castigado penalmente por la comisión de un hecho que no esté perfectamente determinado como delito en la ley penal (precepto y sanción) antes que la conducta (acción u omisión) haya sido realizada, señala la Sala de lo Penal (67-C).

²³³ La prueba anticipada, es aquella que se realiza antes del juicio dada la fuerte probabilidad de no disponibilidad del medio de prueba en el juicio (testigo o perito), a los efectos de asegurar el desarrollo de la información en el mismo, por lo que se aplican las condiciones del juicio (presencia judicial y de las partes). Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Referencia: 334-2016 (El Salvador, 2016)

²³⁴ Cámara Especializada de lo Penal, Referencia: 423-APE-2013 (El Salvador, 2013)

de su práctica, las cuales ya han sido enumeradas por el artículo en mención; circunstancias que son aplicables también durante las diligencias iniciales de investigación en donde el fiscal podrá extender la investigación para la recolección de los elementos de prueba cuya pérdida es de temer, mediante la práctica de un acto urgente de comprobación o un actipo de prueba, tal como se establece el inciso segundo del artículo 270 del Código Procesal Penal²³⁵.

Es preciso que se den los presupuestos legales para la concurrencia de la prueba anticipada, no siendo un obstáculo cualquiera, ni dependiendo del capricho del solicitante, ya que el mismo Código Procesal Penal en el inciso segundo del artículo 305 cuales son estos obstáculos, siendo las siguientes situaciones en que pueda encontrarse el testigo, ya sea: a) Gravemente enfermo; b) Peligro de la integridad física o amenaza contra la vida del testigo, su cónyuge, padres, hijos o hermanos; c) No tenga residencia fija el país, o teniéndola esté próximo a abandonarlo; d) Casos de rebeldía o incapacidad sobreviniente; e) Testigo menor de 12 años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico, que evalúe su condición física y psicológica, siendo muy especial la forma de recibirla su declaración, debiendo seguirse las normas especiales y hacerlo mediante uso de la Cámara Gesell²³⁶.

²³⁵ Dentro de este rol investigativo el fiscal tiene la posibilidad de solicitar los actos urgentes de comprobación o los anticipos de prueba cuando exista riesgo de que algún elemento de prueba pueda desaparecer y sea importante para descubrir la verdad real de los hechos, siendo imposible la realización de dichos actos a futuro, esto responde a la necesidad de preservar esa prueba y al riesgo que se tiene de perderla. El código procesal penal derogado, abarcaba como prueba anticipada los registros, pericias, inspecciones, etc., el nuevo código procesal penal diseminó los medios probatorios, aquellas diligencias que requerirán o no de autorización judicial, a cuáles los llama "actos urgentes de comprobación" así como la modificación que reguló sobre el "anticipo de prueba", señala Landaverde (*Código Procesal Penal comentado*, 1123).

²³⁶ Para el presente caso, el recurrente apela de la resolución pronunciada en incidente interpuesto en la audiencia de vista pública de las once horas y diez minutos del día cuatro de septiembre del presente año; en el cual se autoriza el uso de la Cámara Gesell, para declaración de la menor víctima, como uno de las herramientas que buscan proteger sus derechos de intimidad y no revictimización. Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Referencia: INC-231-17 (El Salvador, 2017). (citado a partir de ahora en el texto como *INC-231*).

3.4.5. Jurisprudencia constitucional del debido proceso

El debido proceso se encuentra íntimamente vinculado con el derecho de defensa, del cual debe señalarse que en abundante jurisprudencia la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que es aquel del que goza cualquier persona señalada como autora o partícipe de un hecho delictivo y el cual se encuentra reconocido en el artículo 12 de la Constitución. La vigencia y revalidación de este derecho cobra vital importancia frente a la potestad sancionatoria del Estado y se manifiesta en dos formas: la defensa técnica y la defensa material.

De manera que, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ya ha sostenido en la sentencia de Inconstitucionalidad 8-2011, del 22 de febrero del año 2013, la referida imposibilidad de realizar el juicio sin la presencia del procesado, en virtud de que en éste se definirá su situación jurídica; y, por otra parte, sostiene una interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones legales que regulan la posibilidad de celebrar la audiencia inicial en ausencia del acusado, pero en presencia de su defensor, por tratarse de la etapa inicial del proceso, sin que ello coarte los derechos de defensa y audiencia de aquel²³⁷.

Dentro de un panorama principista de los derechos fundamentales²³⁸, se tiene la presencia gravitante del derecho al Debido Proceso como parte

²³⁷ Entonces, existe jurisprudencialmente una diferenciación respecto al pleno ejercicio del derecho del imputado a estar presente en las audiencias del proceso penal, que radica en la relevancia de dicha actuación conectada con la decisión que se pretende emitir en la misma; sin que ello signifique, de ninguna manera, descartar la exigencia general de garantizar la asistencia del procesado en cualquier audiencia programada en la causa que se le instruye. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 238-2016 (El Salvador, 2016)

²³⁸ La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa. Corte Interamericana de

integrante de los mismos, es así, como el derecho constitucional al debido proceso, en el ordenamiento jurídico Salvadoreño, según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma constitución prescribe para todo proceso o procedimiento²³⁹, aun no hay aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva.

En este sentido, la Sala limita el alcance del debido proceso, en primer lugar lo ciñe al ámbito del derecho procesal al expresar que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se refiere únicamente a la estructura básica constitucional de todo proceso y procedimiento, en segundo lugar le imposibilita influir en el ámbito de derecho sustancial cuando manifiesta que no se refiere a la aplicación razonable de las leyes materiales²⁴⁰, lo cual está sujeto a la discrecionalidad del juzgador.

3.4.6. La garantía del debido proceso en los instrumentos jurídicos internacionales

Hoy en día, la incorporación del debido proceso como una garantía de orden constitucional no plantea ningún problema en casi la totalidad de ordenamientos jurídicos en el planeta; esta masiva incorporación no solo ha sido a nivel de los ordenamientos jurídicos internos, sino, que además, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos la han

Derechos Humanos, *Sentencia de caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador* (Costa Rica, 2015) serie C, n. 303.

²³⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 32-2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019)

²⁴⁰ Se identifican los elementos de esta garantía y los intereses por ella protegidos de tal forma que cualquier limitación que se imponga a ellos por medio de una ley, acto administrativo o por resolución judicial, que conduzca a que, en la práctica, esos intereses se hagan impracticables o se les niegue una protección razonable, pueda entonces considerarse que son contrarias a la norma constitucional respectiva. La categoría de institución atribuida al Debido Proceso define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de este derecho fundamental de carácter instrumental. Hoyos, Arturo, *El Debido Proceso*, (Colombia: Editorial Temis, 1995) 51- 54. (citado a partir de ahora en el texto como *Debido Proceso*).

incluido en sus respectivas cartas de consagración de derechos como pilar de esos sistemas.²⁴¹

Los principios y garantías del debido proceso están reconocidos en pactos o convenios internacionales, pero también en importantes declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos adoptados por la Organización de las Naciones Unidas, ONU, la Organización de Estados Americanos, OEA entre los que podemos mencionar:²⁴²

3.4.6.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos contiene varias disposiciones en las que queda plasmada la garantía del Debido Proceso, entre ellas se dice que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, tal como lo establece su artículo 8, así también, que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, regulado por el artículo 9 de dicho cuerpo normativo.

Así pues, toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal y a que se lo

²⁴¹ Aguilar Araneda, Christian, *Delitos Sexuales, Doctrina y Jurisprudencia*, (Santiago de Chile, Metropolitana 2008) 20 Sobre las reglas de la sana crítica, y la valoración de la prueba, la Ex Corte Constitucional para el periodo de transición ha mencionado que: [...]En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción... la sana crítica es el mecanismo utilizado en la actividad judicial (...) práctica, y la valoración de las pruebas es un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material)

²⁴² Arteaga Zepeda, Gabriel de Jesús Ortiz Moreno, Rosa Elisa, *El respeto a la garantía del debido proceso en la aplicación de la ley de protección de víctimas y testigos*, (Tesis de grado para optar al título de la licenciatura en Ciencias Jurídicas, en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, 2010) 114

presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a los artículos 10 y 11 de la presente Declaración²⁴³.

3.4.6.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Según este pacto los Estados partes están obligados a garantizar a todo ciudadano que se le ha violado un derecho otorgado por el pacto un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege, de conformidad al artículo 2, apartado 3, incisos a, b y c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, el artículo 9 de dicho Pacto tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal, focalizándose especialmente el punto que consagra la garantía del debido proceso, según lo establece su artículo 14, el cual expresa que: “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

3.4.6.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

El derecho a un debido proceso legal es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal” es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de

²⁴³ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Sobre las reglas de la sana crítica, y la valoración de la prueba, la Ex Corte Constitucional para el periodo de transición ha mencionado que: [...]En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción... la sana crítica es el mecanismo utilizado en la actividad judicial (...) práctica, y la valoración de las pruebas es un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material)

procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro.

La Convención Americana en general, es para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que la Constitución es para un Estado democrático; por lo tanto, es responsabilidad de los Estados Parte en ella que no sea una pura ficción ideológica o una norma programática o bien, una convención nominal²⁴⁴. Surge así la necesidad de una jurisdicción interamericana de obligado acatamiento en que los Estados deben respetar los derechos humanos allí establecidos y de adecuar sus legislaciones internas, omisión que los convierte en potenciales violadores de obligaciones generales de carácter internacional.

3.4.6.4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Debres del Hombre sostiene literalmente en su artículo 25 que: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.” Lo cual viene a complementarse con su artículo 26, el cual dictamina el derecho a un proceso regular, en donde se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Así también se establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas²⁴⁵.

²⁴⁴ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed. (Barcelona: Editorial Ariel, 1957) 217-222.

²⁴⁵ Ahora bien, el ejercicio de este poder coercitivo –en términos históricos denominado como poder de policía.– se encuentra sujeto a los condicionamientos exigibles a cualquier actuación administrativa, a saber: (i) principio de habilitación previa, para intervenir negativamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos, la Administración necesita de un respaldo normativo explícito conforme a la reserva de ley

CAPÍTULO IV

EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO Y LA MUJER VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN

En el presente y último capítulo se abordará normativamente y de forma puntual el contenido de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, la aplicación de sus garantías procesales de las mujeres que se enfrentan a los tipos de violencia regulados por dicha ley con arreglo al debido proceso; así también, se desarrollará concretamente la labor judicial dentro del proceso penal salvadoreño, consistente en la valoración de la prueba, la motivación y fundamentación jurídica de sus decisiones, finalizando con la enumeración exacta de los mecanismos jurisdiccionales con los que cuenta el Estado salvadoreño para la protección de los derechos del imputado y la mujer víctima del delito de violación.

4.1 La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres

Las violaciones de los derechos humanos derivadas de las diferentes formas de violencia que afectan la vida, integridad y seguridad ciudadana, tienen un impacto diferenciado según el género de las víctimas; ya que toda agresión perpetrada contra una mujer, está directamente vinculada con la desigual distribución del poder y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres en la sociedad²⁴⁶.

4.1.1 Vigencia

A raíz de las graves violaciones de Derechos Humanos que las mujeres han estado sufriendo en los últimos años, y que el Estado no había tomado las medidas necesarias y urgentes para poder terminar con estas

formal. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 115-2012, (El Salvador: 2015)

²⁴⁶ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (Decreto Legislativo número 520, Diario Oficial número 2, Tomo 390, publicado el 4 de enero de 2011, entrando en vigencia el 30 de mayo de 2016) Considerando IV

violaciones, mediante el impulso generado por las organizaciones sociales de nuestro país, como ORMUSA, LAS DIGNAS, CEMUJER, entre otras, finalmente y a raíz de mucha presión, es aprobada por la Asamblea Legislativa en noviembre de 2010, y entra en vigencia el treinta de junio de 2017 la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres²⁴⁷, considerada una de las leyes más completas en lo que a protección de los derechos humanos de la mujer se refiere, ya que protege a las mujeres en su universo, desde el derecho a la vida hasta sus derechos patrimoniales, así como también las sanciones impuestas a los que transgredan esta norma, sean estas personas particulares o que forman parte de instituciones públicas.

4.1.2 Objeto

La determinación precisa del objeto jurídico es de trascendental importancia para establecer con absoluta especificidad el propósito de la ley penal²⁴⁸. Por otra parte, el objeto material del delito es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción u omisión del delito, considerando que en delitos contra las personas el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción, tal cual acontece en el homicidio, lesiones o violación.

La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres tiene como objeto proteger la integridad física y moral de la mujer, siendo dañada al convertirse en víctima del delito de violación²⁴⁹, esta ley pretende beneficiar a las mujeres que se encuentren en territorio

²⁴⁷ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (Decreto Legislativo número 520, Diario Oficial número 2, Tomo 390, publicado el 4 de enero de 2011, entrando en vigencia el 30 de mayo de 2016)

²⁴⁸ Hanz Welzel, Derecho Penal Alemán, traducido por los Profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, cuarta edición castellana (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993) 1-18

²⁴⁹ Chamul Larin, Zenia Marisol, “El matrimonio como determinante de la condición jurídica de la mujer salvadoreña” (tesis de licenciatura, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador, 1993), 40

salvadoreño sin distinción de cultura, religión, edad, identidad sexual, estado familiar, procedencia etc.

Es así como la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres busca 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 humana, la tutela efectiva, la seguridad personal, la igualdad real y la equidad²⁵⁰.

Por lo tanto, no solo basta el reconocimiento formal de todos los derechos antes mencionados, es necesario, contar con los mecanismos reales de protección para el ejercicio de los mismos; es así, como el artículo 2 de dicha ley se refiere también al goce, ejercicio y protección de los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales sobre la materia vigentes, en donde se incluyen una amplia gama de derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

4.1.3. Principios rectores

Para la aplicación de los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres tendrán que tenerse en cuenta las siguientes premisas interpretativas, como lo son el carácter personalista de la Constitución y lo estipulado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belem do Pará, así como de otros instrumentos tal como se establece en el artículo 11 de dicha ley. Por otra parte, esta Ley viene impulsada por instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes, por medio de los cuales con el pasar del tiempo se ha buscado

²⁵⁰ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (Decreto Legislativo número 520, Diario Oficial número 2, Tomo 390, publicado el 4 de enero de 2011, entrando en vigencia el 30 de mayo de 2016) Artículo 1

erradicar la violencia derivada de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres²⁵¹.

Así pues, el artículo 4 de la Ley en comento, contiene de manera puntual los principios en los que descansa su aplicabilidad, como lo son el de Especialización, Favorabilidad, Integralidad, Intersectorialidad, Laicidad y Prioridad absoluta, los cuales son manifestación lógica de un Modelo del Derecho Penal Sexuado, orientado por desigualdades que son en su esencia y en general, todas las relaciones sociales, siendo una característica de la modernidad y frente a ella han sido los modernos quienes, con la intervención del derecho, han requerido a este que traduzca en términos normativos una igualdad que no existe, así en este modelo de intervención se toma en cuenta que la víctima pertenezca al género femenino y el autor pertenezca al masculino, con lo que se trata de poner en igualdad jurídica a ambos²⁵².

4.1.4. Sujetos de los derechos

Tal como lo indica su denominación, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres está dirigida a la tutela jurisdiccional efectiva de las mujeres²⁵³, sin distinción de edad, que se encuentren en el territorio nacional, prohibiendo toda forma de discriminación, entendida ésta, como toda distinción, exclusión, restricción

²⁵¹ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (Decreto Legislativo número 520, Diario Oficial número 2, Tomo 390, publicado el 4 de enero de 2011, entrando en vigencia el 30 de mayo de 2016) Considerando V

²⁵² Alda Facio, *Los Derechos Humanos Desde una Perspectiva de Género y las Políticas Públicas*, *Revista Electrónica: Otras Miradas*, número uno, volumen tres (Universidad de los Andes Mérida, Venezuela, 2003) 15-26

²⁵³ Hoy se da un paso más adelante: se busca la igualdad real de todas las personas, por lo que se ha pasado de una igualdad entendida como no discriminación, a la de igualdad como protección de grupos vulnerables o subordinados, entre los que se ubican las mujeres. Por eso, el tema no parece ser que mujeres y varones tienen los mismos derechos, sino si las mujeres “deben tener derechos específicos, o sea, derechos que le sean atribuidos por el hecho de ser tales”. Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, *Monográfico en Derecho de Familia y Derechos de la Niñez Adolescencia: La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, segunda edición (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Ventana Jurídica No. 12, 2014) 337. (citado a partir de ahora en el texto como *Monográfico*).

o diferenciación arbitraria basada en el sexo, la edad, identidad sexual, estado familiar, procedencia rural o urbana, origen étnico, condición económica, nacionalidad, religión o creencias, discapacidad física, psíquica o sensorial, o cualquier causa análoga, sea que provenga del Estado, de sus agentes o de particulares, esto conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta Ley.

De los principales avances que se reconocen respecto a esta ley es el reconocimiento que la violencia de género tiene su origen en la relación desigual de poder o de confianza²⁵⁴, en la cual la mujer se encuentra en una posición de desventaja respecto de los hombres. Es por ello, que el objeto específico de especial protección de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres es únicamente erradicar las históricas relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres, en las cuales las mujeres han ocupado una posición de subordinación o desventaja únicamente por el hecho de ser mujeres y la violencia se ha mostrado como el principal mecanismo de opresión. Y tal condición, violenta el principio y garantía constitucional de igualdad de mujeres y hombres, así como la prohibición de discriminar a las personas en el goce de sus derechos por motivos de sexo²⁵⁵.

4.1.5 Derecho de género y perspectiva de aplicación en conductas misóginas

Para efectos de aplicación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, en ella se enmarcan las distintas definiciones desarrolladas por la misma, y que son de vital importancia para su correcta interpretación y aplicación penal de los casos en donde la mujer es víctima de cualquiera de las modalidades de violencia

²⁵⁴ Abramovich, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso "Campo Algodonero"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, I, 2013) 1148

²⁵⁵ Artículo 3.- Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. Constitución de la República de El Salvador

establecidas por esta ley; es así, como su artículo 8 establece entre dichas definiciones se mencionan las de mayor interés para la presente investigación, siendo las de la Misoginia, Revictimizar y Violencia contra las mujeres.

4.1.5.1. Misoginia

El literal d) del artículo 8 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres define la Misoginia como aquellas conductas de odio, implícitas o explícitas, contra todo lo relacionado con lo femenino tales como rechazo, aversión y desprecio contra las mujeres; para la doctrina, se designa una conjugación de temor, rechazo y odio a las mujeres, haciendo referencia a todas las formas en que ellas asignan ya sea esto negativo o positivo, tomado esto como una concepción del mundo, fundamento, motivación y justificación para inferiorizar a las mujeres, siempre ligada a la convicción masculina universal, que ser hombre siempre será mejor que ser mujer, en esta concepción todo lo que no es realidad o atributo de los hombres debe de ser inferiorizado²⁵⁶.

No obstante lo anterior, se considera que la misoginia estudiada como un problema únicamente social, teórico y jurídico no respondería a todas las respuestas de los altos índices de muertes violentas de mujeres; así también, cuando es víctima de una violación, no puede afirmarse que la misoginia siempre será un fundamento clínico-jurídico que lleva al agresor a cometer este tipo de delitos²⁵⁷.

²⁵⁶ Cazes Menache, Huertas Rojas, Daniel y Fernando, *Hombres ante la Misoginia, Miradas Críticas* (México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, 2005) 12

²⁵⁷ Teniendo claro que la jurisdicción especializada será competente para conocer en aquellos casos donde concurra alguna de las categorías de violencia de un hombre hacia una mujer; es necesario para la habilitación de esa protección, el elemento subjetivo de la misoginia, entendida, de acuerdo a la letra d) del artículo 8 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, como las conductas de odio, implícitas o explícitas, contra todo lo relacionado con lo femenino tales como rechazo, aversión y desprecio contra las mujeres. Ese elemento es el criterio diferenciador para aplicar una jurisdicción u otra para el conocimiento de los delitos del Código Penal que señala el decreto legislativo número 286. Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia de Conflicto de Competencia, Referencia: 17-COMP-2019 (El Salvador, 2019)

4.1.5.2. Revictimizar

Son las acciones que tienen como propósito o resultado causar sufrimiento a las víctimas directas o indirectas²⁵⁸ de los hechos de violencia contemplados o no en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, mediante acciones u omisiones tales como: rechazo, indolencia, indiferencia, descalificación, minimización de hechos, retardo injustificado en los procesos, falta de credibilidad, culpabilización, desprotección, negación y falta injustificada de asistencia efectiva, tal como lo establece el literal i) del artículo 8 de dicha Ley.

Siendo la victimización una consecuencia de la víctima, o dicho de otra manera son las secuelas que en ella quedan como consecuencias de un menoscabo de cualquier índole a su integridad física o psicológica; es por ello que, para cuando una mujer ha sido víctima de violencia sexual, como lo es el hecho de sufrir una violación, y esta se encuentra en una estado especial de vulnerabilidad o de riesgo²⁵⁹, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres establece una serie de garantías procesales que le asisten dentro de un proceso penal cuando enfrentan este tipo de hechos de violencia sin que se le revictimice o se menoscabe su dignidad.

4.1.5.3. Violencia contra las mujeres

La violencia realizada en contra de las mujeres es cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual

²⁵⁸ Es toda persona a quien se le vulnera el derecho a vivir una vida libre de violencia o que sufra daños al intervenir para asistir a la víctima directa o prevenir su victimización, indistintamente del tipo de relación que exista entre ellas. Artículo 8 literal m) de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres

²⁵⁹ "...la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU...La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer como parte del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos reconoce la revictimización como una forma de violencia estructural..." Cámara de la Cuarta Sección del Centro, Sentencia de Apelación, Referencia: 83-P-15 (El Salvador, 2015)

o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado²⁶⁰; así pues, como más adelante se desarrollará, una de sus manifestaciones es la violencia sexual, y más específicamente la violación, como un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores, y dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho²⁶¹.

4.1.6. Perspectiva de orientación

El histórico peso del sistema patriarcal ha propiciado escenarios en los cuales la mujer no es considerada como sujeta de derecho sino como medio para satisfacer los fines de otros. En tal sentido, son las mujeres quienes entran en un plano de desventaja en todas las esferas de la vida y en el ejercicio de derechos, principalmente en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia establecido en el Art. 11 de la Constitución.

Es preciso señalar que dicha ley constituye un mecanismo de intervención penal especial en el tratamiento de la violencia de género, encaminada eminentemente a la protección de los derechos de las mujeres que son víctimas de cualquier tipo de violencia. La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres está compuesta por 61 artículos, divididos en dos títulos: el primero referido a las garantías y aplicación de la ley, y se compone de siete capítulos y 43 artículos. El segundo trata sobre los delitos y sanciones, lo comprenden dos capítulos que contienen 18 artículos.

Para la presente investigación, es de vital importancia el primer título de esta Ley, referido a las garantías y aplicación de la misma, es por ello,

²⁶⁰ Artículo 8, literal k) de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres

²⁶¹ "...Dicho estándar es aplicable a las agresiones sexuales en general." señala la Escuela de Capacitación Judicial (*Monográfico*, 359).

que su artículo 56 establece que debe existir una política de persecución penal en materia de violencia contra las mujeres de acuerdo a los principios que rigen su aplicación, siendo uno de estos su Especialización²⁶².

Este principio es desarrollado en esta ley desde dos órbitas, la primera en relación a la existencia de una jurisdicción especializada en materia de género, siguiendo la misma estructura, grados de conocimiento e instancias que las del proceso penal común, atendiendo también a los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables y ratificados.

La segunda, no más importante que la anterior pero sí de especial atención en la presente investigación, está referida al derecho que tienen las mujeres a una atención diferenciada y especializada, de acuerdo a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y de manera especial, de aquellas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad o de riesgo, en la que se respeten las garantías procesales que les asisten dentro de un proceso penal cuando enfrentan hechos de violencia como lo es la violación.

4.1.6.1. Tipos de violencia

En el artículo 9 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres se definen los tipos de violencia de los que puede llegar a ser víctima una mujer, entre las que se encuentran la violencia psicológica y emocional, la cual se da cuando existe alguna conducta directa o indirecta que ocasione daño emocional, disminuya el

²⁶² Ahora bien, la creación de una jurisdicción especializada se fundamenta en las arraigadas violaciones a derechos humanos producidas mediante las diferentes formas de violencia y discriminación que afectan la vida, integridad y seguridad ciudadana de la mujer, lo cual está directamente vinculado a la histórica desigualdad tanto en las distribuciones de poder como en las relaciones entre mujeres y hombres en la sociedad. Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia de Conflicto de Competencia, Referencia: 47-COMP-2017 (El Salvador, 2017)

autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer²⁶³; y se manifiesta en conductas como las siguientes: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, indiferencia, descuido reiterado, chantaje, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias, o cualquier otra, que provoca en las mujeres alteración auto cognitiva y auto valorativo que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de su estructura psíquica²⁶⁴.

Así también, se encuentra un tipo de violencia más gravosa y reprochable respecto a los demás tipos de violencia, como es la violencia sexual, que es según la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir su vida sexual por ella misma, y no sólo el acto sexual sino también toda forma de contacto o acceso, genital o no genital por cualquier persona, resaltando que los efectos contraproducentes en las mujeres producidos por la violencia psicológica y emocional, pueden llegar a presentarse en una mujer que ha sufrido los demás tipos de violencia incluyendo la de carácter sexual²⁶⁵.

4.1.6.2. Violencia Institucional

La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres contempla en su artículo 10 las modalidades de violencia que pueden presentarse en los diversos ambientes de la sociedad en los que

²⁶³ Consiste en ver el mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano (...) hace referencia a la práctica, consciente o no, de otorgar a los varones o al punto de vista masculino una posición central en la propia visión del mundo, de la cultura y de la historia, señala Montejó (*Género suena*, 29).

²⁶⁴ Mario Sánchez, *Violencia de Género en el Ámbito Escolar* (San Salvador: Colección Estudios para la Paz, 2004) 44

²⁶⁵ La recomendación general 19 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer refiere que la pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata, existen nuevas formas de explotación sexual: el turismo sexual, contratación de trabajadoras domésticas en países en desarrollo y el casamiento de mujeres de países subdesarrollados con extranjeros. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación* (2011) 27

las mujeres pueden desenvolverse, una de ellas es la violencia institucional, y según el literal b) del referido artículo, es toda acción u omisión abusiva de cualquier servidor público, que discrimine o tenga como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y disfrute de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres; así como, la que pretenda obstaculizar u obstaculice el acceso de las mujeres al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar las manifestaciones, tipos y modalidades de violencia conceptualizadas en esta Ley.

Sobre este tipo de violencia se expresa que: “se manifiesta mediante la criminalización de la víctima en policías o juzgados, la negligencia para investigar las causas detrás de las demandas en los servicios de salud, la repetición traumática de la experiencia en todas las fases de la investigación, la lentitud y complejidad de los procedimientos en las etapas administrativas y judiciales, así como la mínima prioridad que representan en las políticas y presupuestos gubernamentales²⁶⁶”.

4.2. El debido proceso

El debido proceso, salvo su mención en el artículo 14 de la Constitución de la República, circunscrita al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, no tiene en el texto constitucional otro reconocimiento de carácter más general²⁶⁷; la garantía del debido proceso debe entenderse entonces que el derecho constitucional al *debido proceso*, en nuestro ordenamiento jurídico, se refiere exclusivamente a la observancia de la

²⁶⁶ Dentro de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres se sanciona este tipo de hechos mediante el delito de Obstaculización al Acceso a la Justicia en su artículo 47. Sonia Montañó y Diane Almeras, *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe* (Unidad Mujer y Desarrollo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Editorial CEPAL, 2007)

²⁶⁷ Los aspectos generales del contenido de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (i) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso; (ii) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas; (iii) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (iv) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 5-2010-HC (El Salvador: 2010)

estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y motivada de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia²⁶⁸.

Los Derechos Fundamentales como principio y fin, en la defensa de la persona humana, deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho²⁶⁹. En la estructura normativa, los Derechos Fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

El Derecho al Debido Proceso está concebido como garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales, connatural a la *Condición Humana*, y no sólo un principio o atribución de quienes ejercen la función jurisdiccional²⁷⁰.

²⁶⁸ *Ibíd.*

²⁶⁹ La convivencia pacífica es una aspiración legítima de todo cuerpo social. Sin embargo la vida en sociedad se caracteriza por las tensiones y las confrontaciones de los individuos y los grupos que la conforman. El conflicto y la violencia son rasgos que yacen bajo las relaciones sociales y que al emerger sin ningún tipo de control externo pueden desintegrar el tejido social y poner en serio riesgo la libre y pacífica coexistencia de personas y grupos sociales, en particular de aquellos que ocupan por diversas razones posiciones subordinadas en la estructura social, es decir los más débiles. En consecuencia, los ordenamientos jurídicos prevén como ilícitos determinados comportamientos antisociales y prescriben sus correspondientes sanciones que son impuestas por los Estados mediante la coacción, con el fin de asegurar la convivencia en un espacio determinado y la defensa intrínseca de los derechos fundamentales. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 411-2017* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

²⁷⁰ Por ello debe quedar en claro que el argumento dogmático que trasunta el “debido proceso” cuando preconiza el ideal de información y derecho de defensa, no puede resultar bastante para una sociedad moderna que exige participación plena y reconocimiento efectivo sobre la forma del debate. De Bernardis, Luis Marcelo, *Comentarios Constitucionales*, segunda edición. (México: Editorial El Fondo de Cultura Económica, 2001) 112

4.2.1 Garantías Institucionales de las mujeres

4.2.1.1. El ISDEMU como institución protectora de los derechos de las mujeres víctimas de violencia

Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos establecen la obligación de los Estados de actuar con diligencia para la erradicación de la discriminación y la violencia contra las mujeres. Esto implica la obligación de implementar acciones para erradicar los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades. La omisión del Estado de actuar, en este sentido, se configura en una violación a los derechos humanos de las mujeres²⁷¹. El funcionariado público está, por lo tanto, obligado a brindar sus servicios de manera diligente y con calidad humana.

Es así como se vuelve necesaria la creación del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer²⁷², en respuesta a los compromisos adquiridos por el Gobierno de El Salvador, en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing, 1995, como la Institución Nacional para el Adelanto de las Mujeres, con autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y con el objeto de diseñar, dirigir, ejecutar, asesorar y velar por el cumplimiento de la Política Nacional de la Mujer; promoviendo en tal sentido el desarrollo integral de la mujer salvadoreña.

4.2.1.2. Competencia

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer no recibe denuncias, sino que es una institución de atención especializada con la finalidad de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres,

²⁷¹ Además, en toda aplicación de la ley se debe efectuar primero el análisis de constitucionalidad y luego el de convencionalidad, tanto de las convenciones o tratados genéricos de derechos humanos, como la de los tratados de derechos humanos “específicos” de las mujeres, como son la Convención de Belem Do Pará y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación para la Mujer, conocida como CEDAW, entre otros. Señala Cortez (*LEIV con comentarios*, 11).

²⁷² Fue creado por medio de Decreto Legislativo Número 644, Publicado en el Diario Oficial Número 43, Tomo 330, de fecha 1 de marzo de 1996

con énfasis en el derecho a tener una vida libre de violencia. Por lo que su respuesta institucional es de contención emocional, asesoría legal, acompañamiento, orientación, atención psico-social e información de utilidad para las mujeres que enfrentan violencia.

Es la Institución rectora del fiel cumplimiento de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, tal como lo establece su artículo 12, por tanto, en el centro de atención integral para una vida libre de violencia el enfoque del servicio que brinda el Instituto está centrado en la autonomía y el empoderamiento de la mujer y la promoción del cumplimiento de su acceso a la justicia para lograr una reparación integral²⁷³.

4.2.1.3. Funciones

Entre las funciones que la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres establece para el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer en su artículo 13, se encuentra la de elaborar una política marco que sea la referente para el diseño de las políticas públicas a que se refiere dicha ley; esta política se define como el marco político-estratégico a largo plazo para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, a través de medidas que incluyen la detección, prevención, atención, protección y reparación y sanción de la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones²⁷⁴.

Así también, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres establece en su artículo 25, que será el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer será el encargado de velar y

²⁷³ Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (Decreto Legislativo número 644, Diario Oficial número 43, Tomo 330, publicado el 1 de marzo de 1996) Artículo 3, inciso 2°

²⁷⁴ La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en su artículo 1 dispone que. - "Por «violencia contra la mujer» se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. (Aprobada sin votación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993)

supervisar que la atención de las Unidades Institucionales de Atención Especializadas para las Mujeres.

Estas Unidades deberán existir en el Órgano Judicial, la Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Policía Nacional Civil, el Instituto de Medicina Legal, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y demás instituciones que tengan competencia en la materia, sea prestada en condiciones higiénicas y de privacidad, con atención con calidad y calidez, con prioridad a la atención en crisis; así como también, asesora e informar sobre los derechos que les asisten, las medidas relativas a su protección y seguridad, los servicios de emergencia y acogida, así como las garantías procesales que esta Ley les garantiza a las mujeres que enfrenten hechos de violencia.

4.2.2 Garantías procesales

En la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres se encuentran diseminadas varias normas con contenido procesal donde se establecen nuevos derechos y garantías procesales de las mujeres que enfrentan hechos de violencia por motivos de sexo²⁷⁵, derechos que como ya se dijo, deben respetarse en todo tipo de proceso donde comparezca una mujer a quien se le haya violentado su derecho a una vida libre de violencia de todo tipo y modalidad, con las particulares diferencias entre cada rama del derecho, estas normas procesales van encaminadas a evitar la revictimización, tanto secundaria como terciaria, de las mujeres.

El artículo 57 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres establece, además de los derechos procesales que ya

²⁷⁵ Los estudios sobre los Derechos humanos generalmente ven a las mujeres sobre todo como víctimas, asignándoles el lugar de la vulnerabilidad. Pero, aunque existe relación, no es lo mismo ser vulnerable que ser excluida. De modo que, al interrogar la experiencia de las mujeres, conviene recoger no sólo los aspectos en negativo de la misma, sino también los aspectos positivos. Magallón Portolés, *Las mujeres en los procesos de paz en el mundo. Pensamiento y Prácticas* (Zaragoza: Fundación Seminario de Investigación para la Paz, 2006) 19

existen en otros cuerpos normativos, otros nuevos derechos de las mujeres que enfrentan hechos de violencia, los cuales también deben ser garantizados tanto en sede judicial como administrativa²⁷⁶.

Así pues, el inciso final del referido artículo expresa que las mujeres que enfrentan hechos de violencia van a gozar de los derechos establecidos en dicha Ley, pero también, gozarán de los derechos establecidos la normativa nacional e internacional que la protege, al expresar textualmente que “las mujeres que enfrentan hechos de violencia, gozarán de todos los derechos establecidos en la presente ley, en el resto del ordenamiento jurídico y en los Convenios Internacionales vigentes”.

4.2.3 Garantías normativas: derecho de defensa y garantía de audiencia, presunción de inocencia, derechos de la víctima, Juez Previo y Proceso Previo

4.2.3.1. Ámbito normativo de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos

Para poder hablar sobre las garantías procesales que tienen los testigos acreditados dentro de un proceso penal y de manera especial, de aquellas personas que tienen la calidad de testigos como de víctimas que han sufrido un menoscabo de sus derechos, como el caso de una violación, es necesario mencionar el mando constitucional del artículo 194 ordinal 3, el cual establece que el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y el Procurador General de la República tendrán la función de asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los derechos humanos²⁷⁷, siendo aquí donde se da la pauta para la protección de las

²⁷⁶ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, artículo 57

²⁷⁷ Los derechos humanos son universales, el principio de universalidad significa que todos los seres humanos tienen derechos inherentes a su humanidad; por lo tanto, todas las mujeres de cualquier etnia, edad, clase, condición, capacidad, etc., al ser igualmente humanas que los hombres, tienen derecho al goce y ejercicio de todos ellos. Ana Guezmes y María Claramunt. *La Violencia Contra la Mujer: un problema de salud pública y una violación a los Derechos Humanos*. (Santo Domingo: Pro familia, 2004) 20

víctimas que han sido transgredidas en sus derechos y como el Estado tiene que estar vigilante en la restitución de los mismos.

La creación de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos surge con el fin de proteger a toda aquellas personas que de alguna manera se vean amenazados por la intervención o colaboración en la investigación de un delito o en un proceso judicial el cual surge como una evidente necesidad de proteger y brindar seguridad jurídica²⁷⁸.

Otro de los grandes objetivos de esta Ley, no menos importante que el anterior, es el de evitar que se vulneren los derechos y garantías procesales de las personas que intervienen en un proceso penal, por ello, se busca garantizar la eficacia del proceso judicial mediante la protección de las víctimas y testigos ya que antes de entrar en vigencia la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, no existía la normativa que regulara de manera objetiva la protección de estas personas, ni mucho menos las instituciones encargadas de dar seguimiento a dicho régimen y por lo cual era necesario establecer de manera adecuada su funcionamiento y el establecimiento de medidas de protección²⁷⁹; las cuales sido respaldadas por la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres en su artículo 57, mediante la inclusión de las garantías procesales con las que cuentan las mujeres que han sido víctimas de hechos de violencia, como es la violación, teniendo derecho a

²⁷⁸ “Como concepto inmaterial, constituye la certeza del Derecho, en el sentido de que los destinatarios de este puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. Aunado a lo anterior, se debe precisar que la “*certeza del Derecho*”, a la cual la jurisprudencia constitucional ha hecho alusión para determinar el contenido del citado derecho fundamental, deriva –principalmente– de que los órganos estatales y entes públicos realicen las atribuciones que les han sido encomendadas con plena observancia de los *principios constitucionales* –como lo son, a título meramente ilustrativo, el de legalidad, de cosa juzgada, de irretroactividad de las leyes y de supremacía constitucional, regulados en los arts. 15, 17, 21 y 246 de la ley suprema.” Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo, Referencia: 113-2017-Amparo (El Salvador, 2018)

²⁷⁹ “A las mujeres que enfrenten hechos de violencia se les garantizará: Que de manera inmediata se decreten las medidas emergentes, de protección o cautelares establecidas en ésta o en el resto de las Leyes vigentes.” Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, artículo 57, literal k)

prestar su testimonio dentro de un proceso penal en condiciones especiales de protección y cuidado²⁸⁰.

4.2.3.2. Derechos procesales del imputado y la víctima en el delito de violación

Dentro del Título III del Código Procesal Penal vigente, se encuentran definidos los sujetos procesales que intervienen dentro del proceso penal, así pues, uno sobre los cuales versan distintas garantías procesales de carácter consuetudinario, es el imputado; es por ello que, el artículo 81 del referido Código, establece entre los derechos con los que cuenta el imputado, como lo es el derecho de defensa material²⁸¹, siendo ese el de poder intervenir personalmente y por medio de su defensor en todos los actos procesales y audiencias que impliquen la producción e incorporación de elementos de prueba en el proceso penal que se lleve en su contra, y a formular él o por medio de su defensor, las peticiones que se consideren pertinentes.

Ahora bien, el imputado goza de muchos más derechos que el expresado en el artículo 81 del Código Procesal Penal, y estos se encuentran regulados en el artículo 82 del mismo Código, entre los cuales se pueden destacar el de ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad competente a cuya orden

²⁸⁰ Esta protección esta dirigida a aquellas personas que tengan la calidad de víctimas y testigos que se encuentren en riesgo o peligro por su intervención directa o indirecta en la investigación del delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos. Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, artículo 2

²⁸¹ En el presente artículo del Código, se pone el énfasis en los derechos del imputado en el momento de la detención y en el deber de las autoridades administrativas y judiciales de facilitar al mismo información inmediata y comprensible sobre los referidos derechos. La primera cuestión esencial es la referida a los requisitos materiales y formales de la detención, estableciéndose al respecto al inciso 1º. del art. 13 Cn que, salvo en el caso de detención infraganti por cualquier persona, para entregar al detenido inmediatamente a la autoridad competente, ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión, si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Consejo Nacional de la Judicatura, *Código Procesal Penal Comentado* (El Salvador: Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos AECI -CNJ) 372

queda detenido, así como a que no se empleen contra el mismo actos que pongan en peligro su dignidad.

Ahora bien, en cuanto a los derechos procesales que le asisten a la víctima de un delito como lo es la violación, primero es necesario traer a cuenta cuando una persona tiene la calidad de víctima dentro del proceso penal salvadoreño; en ese sentido, el artículo 105 del Código Procesal Penal, establece ante todo que se considerará víctima a la persona directamente ofendida por el delito que se cometa, en la presente investigación, en relación al delito de violación, la persona que sufre directamente la vulneración a su indemnidad y libertad sexual. Es por ello que, el artículo 106 del referido Código, enumera cada uno de los derechos procesales que tendrá toda víctima de un delito, de lo cuales se infiere que los mismos no se restringen en caso de no apersonarse en el proceso penal, hipótesis en la que subsiste su derecho a que se le informe de sus resultados, a ser oída antes de cada resolución susceptible de extinguir o suspender la acción penal siempre que así lo solicite y a impugnar el sobreseimiento definitivo o la absolución²⁸².

4.2.4. Principio de la Dignidad Humana en el proceso penal

Atendiendo a la universalidad de los derechos humanos, como característica esencial de los mismos, y esta exige que todos los seres humanos tienen derechos inherentes a su humanidad; de ahí que, la dignidad es inherente a la persona humana; por tanto, tanto hombre como mujeres de cualquier etnia, edad, clase, condición, capacidad, etc., al ser igualmente humanos tienen derecho al goce y ejercicio de esta, tal como fue establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁸³.

²⁸² Señala el Consejo Nacional de la Judicatura (*Comentarios al Código*, 133).

²⁸³ Esta Declaración considera que la libertad, la justicia, y la paz en el mundo tienen por base, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, proclamando la igualdad de derechos entre hombre y mujeres. Declaración Universal de Derechos Humanos (Paris: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

En ese orden, tanto el imputado como la víctima dentro de todo proceso penal tienen derecho a ser tratados con el debido respeto a su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral, tal como lo establece el artículo 4 del Código Procesal Penal. Por ese motivo, la autoridad judicial en ningún caso permitirá que los actos procesales que se realicen en la ventilación de procesos penales, en especial, relacionados al delito de violación, se dañen la salud moral o psicológica del imputado y la víctima que intervinieren en los mismos.

4.2.5. El debido proceso en general

El debido proceso,²⁸⁴ es considerado como una serie de principios constitucionales que pretenden articular esencialmente todo el desarrollo del procedimiento penal, para permitir que la investigación del ilícito y la determinación de la participación sean conforme a los parámetros previamente establecidos por la normativa constitucional y procesal penal. Además de manera conjunta se informan otras garantías, como la presunción de inocencia, el ejercicio de la defensa y la igualdad procesal, que hacen posible que el nuevo procedimiento penal sea una garantía eficaz y segura para el respeto de los derechos fundamentales de las partes y esencialmente del imputado.²⁸⁵

4.2.6. Dimensiones del debido proceso

El debido proceso presenta dos dimensiones: una procesal, que es aquella que engloba las instituciones jurídicas necesarias para obtener un

²⁸⁴ “Respecto de la mencionada garantía en la rama penal, la misma consiste fundamentalmente en que el justiciable disponga de oportunidad suficiente para participar provechosamente en el proceso, para lo cual se requiere: (1) tener noticia o conocimiento del proceso y de cada uno de sus etapas; (2) ser oído; (3) ofrecer y producir prueba; (4) ser enjuiciado conforme a la vía procesal que la ley previamente ha señalado para el conocimiento de cada clase de pretensión y (5) Recurrir ante quien pueda reparar los perjuicios que las resoluciones le causan”, señala la Comisión (*Código*, 1:6).

²⁸⁵ Gabriel de Jesús Arteaga Zepeda, Rosa Elisa Ortiz Moreno, “El respeto a la garantía del debido proceso en la aplicación de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos” (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2010) 68. (citado a partir de ahora en el texto como *Víctimas y Testigos*).

proceso formalmente válido; y otra sustancial la cual se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, y por tanto, determina la prohibición de cualquier decisión arbitraria. Se hace referencia al debido proceso como una realidad sustantiva, material, necesaria para el recto ejercicio de la función jurisdiccional y el logro de la tutela judicial efectiva.²⁸⁶

4.2.6.1. Naturaleza Jurídica del Debido Proceso

La incorporación del debido proceso como una garantía de orden constitucional plantea, múltiples interrogantes, entre las cuales se destaca la naturaleza jurídica de dicha garantía y las funciones que cumple dentro del sistema jurídico general. De la visión respecto de la naturaleza jurídica que se tenga del debido proceso dependerá en gran medida la interpretación que pueda darse a la norma que lo consagra.²⁸⁷

Entonces, la garantía constitucional del Debido Proceso Legal es una institución porque constituye una idea común, compleja y objetiva integrada en un todo unitario que es la Constitución- a la cual adhieren las voluntades de los justiciables, para que el Estado en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca una tutela judicial que permita a las personas la defensa y el goce efectivo de los Derechos.²⁸⁸

El Debido Proceso Legal, como institución instrumental, que engloba una amplia gama de protecciones y dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones, por lo que se dice que es compleja, sirve de medio de instrumento para que puedan defenderse efectivamente y satisfacerse los derechos de las personas, las cuales, en ejercicio de su derecho de acción formulan pretensiones ante el Estado para que este decida sobre ellas conforme a derecho.

²⁸⁶ *Ibíd.*

²⁸⁷ *Ibíd.*

²⁸⁸ Señala Hoyos (*Debido Proceso*, 51-54).

4.2.6.2. Garantías constitucionales del debido proceso

4.2.6.2.1. Garantía de Defensa

Según se sostiene en la doctrina: *“es el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad. Este derecho está fundamentado constitucionalmente en el Art. 12 Cn, que 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”*.²⁸⁹

El derecho de defensa cumple dos funciones básicas: actúa en forma conjunta con las demás garantías y es la garantía que torna operativas a todas las demás partes. A toda persona detenida debe garantizársele su defensa, ser asistido y defendido, esto desde el inicio de las diligencias que se instruyen en su contra. Por tanto, la Garantía de Defensa es un derecho humano fundamental e inalienable que ha sido reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos.²⁹⁰

4.2.6.2.2. Garantía de Presunción de Inocencia

La Constitución determina que es un derecho constitucional fundamental, que implica que el Estado debe tratar a una persona imputada o acusada de un hecho como “inocente” en tanto un juez o tribunal no haya dictado su culpabilidad en un juicio oral y público con todas las garantías para su defensa. El derecho a la presunción de inocencia inicia desde que una persona es considerada como sospechosa por la policía o la Fiscalía de un hecho punible, así como en las diferentes etapas subsecuentes del proceso penal. La presunción de inocencia, interpretada como principio constitucional, le otorga al indiciado una protección reforzada frente a posibles actuaciones arbitrarias o abusivas del Estado durante la

²⁸⁹ Señala Vélez (*Derecho Procesal*, 125).

²⁹⁰ *Ibíd.*

investigación del hecho punible, con el objeto de garantizar un debido proceso y defensa.²⁹¹

4.2.6.2.3. Garantía de Juicio Previo

La garantía del Juicio Previo consiste en que el juez natural no puede imponer una pena sin que haya realizado un proceso que culmine con una declaración fundada de culpabilidad. Requiere mínimamente la fijación legal de un programa de carácter general e inalterable, para la investigación y juzgamiento de delitos, en el que se resguarde la observancia de formas relacionadas con la acumulación, defensa, prueba, sentencia y recursos.²⁹²

Sobre el contenido de esta garantía, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que “la exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia”.²⁹³

Esta garantía constitucional la encontramos en los Artículos 11 y 14 de la Constitución. El proceso previo que exige la Constitución, no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes; al contrario ha de tratarse de un procedimiento imparcial, que permita al imputado amplias oportunidades de defensa.

²⁹¹ Señala la Comisión (*Código*, 1:36).

²⁹² Señala Zepeda (*Víctimas y Testigos*, 92).

²⁹³ *Ibíd.*

4.2.7. Principios y derechos constitucionales del debido proceso

4.2.7.1. Principio de legalidad

Es necesario partir de la idea de que el principio de legalidad consiste en que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho penal aplicable (arts. 8 y 15 Cn) , del mismo modo lo reconocen el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la legislación salvadoreña en el art. 2 del Código Procesal Penal.²⁹⁴

En ese sentido es posible acotar que el principio de legalidad constituye una manifestación del derecho de defensa en la medida que la sanción o una medida debe estar precedida de una norma clara que tipifique que una conducta es antijurídica y de un proceso donde haya habido paridad en el desfile probatorio. Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9, establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas.²⁹⁵

4.2.7.2. Derecho al Juez Natural

En este derecho se plantea en la exigencia de que el Juez o tribunal sean realmente imparciales e instituidos con anterioridad, evitando en lo posible los tribunales especiales como los militares; este principio es entendido no solo como una exigencia de que el juez, que ha de conocer el caso sea el predeterminado por la ley sino también como una prohibición de que el conocimiento del caso se atribuya a jueces especiales. El juez ordinario no puede ser otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente.²⁹⁶

Juez natural resulta aquel que tiene competencia asignada por vía legal o reglamentaria para entender en cada supuesto litigioso. En los procesos

²⁹⁴ Señala la Comisión (*Código*, 1:66).

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ Señala Zepeda (*Víctimas y Testigos*, 97).

penales la predeterminación es un presupuesto obligado, pues tiene a evitar la manipulación sobre el órgano jurisdiccional evitando cualquier sospecha sobre la imparcialidad del procedimiento a encausar. La finalidad esencial que porta esta garantía para el justiciable es la de priorizar la independencia e imparcialidad del órgano, impidiéndole al legislador o a la administración crear una competencia especial o una jurisdicción arreglada a la medida del hecho que se debe resolver.²⁹⁷

4.2.7.3. Principio de “Nom bis in ídem” o Única Persecución

El principio de única persecución se deriva del derecho de toda persona de gozar de la libertad personal, seguridad y certeza jurídica. Estos derechos evitan que un individuo pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, aun y cuando no haya sentencia definitiva en uno de ellos. El principio de “única persecución” (*ne bis in ídem*) tiene la función de limitar el *ius puniendi* del Estado pues una persona no puede ser procesada dos veces por los mismos hechos.²⁹⁸

Este principio prohíbe al Estado iniciar una nueva investigación, requerimiento fiscal o acusación por los mismos hechos sobre los que se encuentra siendo juzgado; o ha habido una sentencia judicial absolutoria (incluso un sobreseimiento) o condenatoria, pues hay que recordar que el proceso penal salvadoreño separa la función requirente de la juzgadora, y que el monopolio de la acción penal pública la tiene la Fiscalía General de la República.²⁹⁹

4.3. Valoración de la prueba

4.3.1. La Sana Critica como sistema de valoración de la prueba en el proceso penal salvadoreño

En la historia del proceso penal se han utilizado distintos sistemas en la valoración de la prueba, acorde con la evolución del derecho y las formas

²⁹⁷ Ibíd.

²⁹⁸ Señala la Comisión (*Código*, 1:45).

²⁹⁹ Ibíd.

como los pueblos conceptuaban la justicia, culminándose por atribuir al juez la facultad de apreciar las pruebas con reglas lógicas, debidamente razonadas.³⁰⁰ No obstante, el ordenamiento procesal penal salvadoreño, establece en diversos artículos que la sana crítica será el sistema de valoración probatorio a los que los jueces estarán sometidos al momento de ponderar en juicio las pruebas ofertadas por las partes; lo cual, se encuentra regulado en los artículos 175, 179, 394 inciso primero y 400 numeral 5, del Código Procesal Penal, dicho sistema se integra por las leyes de la lógica, reglas de psicología y las máximas de la experiencia.

4.3.2. Definición de Valoración de la prueba

Los doctrinarios definen a la valoración de prueba como: *“el proceso que implica adherirse a una determinada política procesal, la cual, determinará necesariamente la adecuación de todo el proceso a una serie de particularidades propias del sistema escogido, que fijará los criterios por los cuales el juez ha de valorar y ponderar la eficacia de las pruebas introducidas al proceso, y cómo debe expresar sus conclusiones en base a la valoración efectuada”*³⁰¹.

Por otro punto, uno de los conceptos que son de vital importancia para esta investigación es el de “las reglas de la prueba”, el cual, es definido por los autores doctrinarios, de la siguiente forma: *“Las reglas de prueba son un conjunto de normas establecidas en el Código Procesal Penal de El Salvador que regulan todo lo relativo a la forma en que se recoge,*

³⁰⁰ Pablo Sánchez Velarde, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Perú: IDEMSA, 2004) 710. No obstante, Jordi Ferrer Beltrán sostiene que: “La concepción racionalista basa la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probado. Es cierto que nadie puede escapar a sus creencias; ahora bien, la pregunta relevante es ¿qué justifica la decisión, el hecho de tener creencias o el hecho de que el contenido de ésta, la hipótesis este corroborada? optando por la segunda alternativa podemos empezar a diseñar métodos de valoración de la prueba, y dispondremos, por otra parte, de criterios para juzgar si el juez se equivocó o no en la valoración de la prueba realizada”. Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007) 65

³⁰¹ José Antonio Neyra Flores, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral* (Perú: IDEMSA, 2010) 554

*prepara, descubre, ofrece, admite, excluye, practica y valoran los medios que las partes utilizan para llevar al juez el conocimiento sobre los hechos que son objeto del debate en el juicio oral, y sobre los cuales el juez debe tomar una decisión declarando o no la responsabilidad penal de la persona acusada y las consecuencias propias del delito*³⁰². Asimismo, estos autores advierten de la importancia de las reglas de la prueba manifestando que las reglas de la prueba sirven para garantizar que los medios de prueba que se recogen, preparan, descubren, ofrecen, practican y valoran sean legales, pertinentes y confiables³⁰³.

4.3.3. Definición de la Sana Crítica como sistema de valoración de prueba

La sana crítica es el sistema de valoración judicial en materia penal, según mando legislativo contenido en los artículos 175 párrafo 2° y 179 CPP, ante ello, debe recordarse que la valoración de la prueba: *“es un proceso de justificación (no un proceso de convencimiento subjetivo) en el que el juez debe exponer las razones para aceptar que un hecho ocurrió (no se trata de comunicar una convicción psicológica y la “ruta mental” o la “estructura lógica del pensamiento” que sigue, el juez para llegar a ella)*”³⁰⁴.

Tal como se dijo anteriormente, la valoración es entonces: *“una actividad intelectual compleja en la que el juez aprecia la prueba producida para determinar su eficacia o ineficacia. La eficacia está conformada por su poder de convicción sobre el juez acerca de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado o de la verdad o falsedad de determinadas afirmaciones de hecho*”³⁰⁵. Retomando en ese sentido, el método

³⁰² Señalan Aldana y otro (*Reglas de la Prueba*, 17).

³⁰³ *Ibíd.*, 19-21.

³⁰⁴ Cámara Segunda de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, *Recurso de Apelación*, Referencia: 20-2019 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019). (citado a partir de ahora en el texto como 20-2019).

³⁰⁵ *Ibíd.*

utilizado, es de una libre convicción respecto de la valoración de las pruebas.

El cual, se sustenta en un sistema de íntima convicción, del cual la sana crítica es una modalidad del mismo; siendo el aspecto central, que no se predeterminan parámetros de valoración respecto de las pruebas como se haría en un modelo de prueba legal pero con más o menos rigurosidad se determina la necesidad de que el juez exprese las razones de su decisión. Siendo así, que sin fijarle un estándar previo para que se le conceda valor positivo o negativo a una prueba, se permite que el juez fije libremente su convicción judicial, con la exigencia que exprese las razones del porque le convencen o no, tal o cual pruebas; en tal sentido, el proceso de valoración de prueba tiene como finalidad determinar la veracidad o falsedad de las teorías fácticas y de los hechos que se pretenden acreditar³⁰⁶.

El código Procesal Penal Comentado sostiene que: *“la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivos de análisis y vinculados al thema probandum; la sana crítica como forma de la libre valoración de la prueba supondrá libertad para apreciar el conjunto de pruebas que se han incorporado”*.³⁰⁷

Por su parte, los doctrinarios definen a este sistema como: *“La regla o método para la apreciación del valor de la prueba, que se fundamenta en una aplicación razonable que hace el juez de las reglas de la lógica y de la experiencia, para apreciar los hechos que se pretenden probar”*.³⁰⁸

³⁰⁶ Señala la Comisión (Código, 1:717).

³⁰⁷ *Ibíd.*

³⁰⁸ Señalan Aldana y otro (Reglas de la Prueba, 9).

Asimismo, la jurisprudencia actual sostiene que *“el sistema de valoración de la sana crítica, viabiliza la exclusión de juicios de valor falsos, contradictorios y que no gozan de razón suficiente, a través de la aplicación de las reglas del recto entendimiento humano, sintetizadas en las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común las cuales se unifican por parte del juzgador para asegurar el más certero razonamiento decisivo sobre una cuestión sometida a su conocimiento”*.³⁰⁹

4.3.3.1. Las reglas de la Sana Crítica

Las reglas de la sana crítica constituyen el sistema de valoración de la prueba que impera en el Proceso Penal salvadoreño, es así, que la característica principal de tal sistema es que el juez no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre de apreciarlas y esta es definida como un sistema de valoración de prueba intermedio, que no depende de una tasa legal de prueba y no se equipara a la íntima convicción, sino que busca el convencimiento razonado del juzgador basado en la aplicación de las reglas del pensamiento humano. Se suele indicar que la sana crítica está conformada por las reglas de “la lógica, la experiencia y la psicología”.³¹⁰

En principio, la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis.³¹¹ De ello,

³⁰⁹ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Recurso de Apelación, Referencia: INC-138- 2018* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

³¹⁰ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Recurso de Apelación, Referencia: INC-106- 2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019). (citado a partir de ahora en el texto como *INC-106*).

³¹¹ Pablo Talavera Elguera, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la Valorización de las pruebas en el Proceso Penal Común* (Perú: Academia de la Magistratura, 2009) 110. <https://escuela.fgr.gob.sv/wp->

se tiene que la sana crítica consiste en principios lógicos formales que hacen que el raciocinio judicial, al valorar las pruebas, se traduzcan en un silogismo que consiste en analizar las consecuencias después de evaluar la prueba.³¹²

El criterio valorativo está basado en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a su juzgamiento, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Más que reglas específicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para que el juez forme su convicción sobre los hechos. Más que reglas específicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para que el juez forme su convicción sobre los hechos.

4.3.3.2. Reglas de la lógica

En la doctrina se dice que: *“los principios o reglas de la lógica, vienen a estar conformados por las leyes o principios lógicos que informan de la validez del juicio de valor finalmente expuesto en los autos. Estos principios nos van a permitir evaluar si el razonamiento, en tanto estructura discursiva, es formalmente correcto; es decir, si no ha violado alguna ley del pensar”*.³¹³

En la actualidad, la jurisprudencia sostiene que: *“las leyes de la lógica, se ocupan de examinar los diversos procedimientos teóricos y experimentales que se utilizan del conocimiento científico y de analizar la*

content/uploads/Leyes/Leyes-2/La_Prueba.pdf. (citado a partir de ahora en el texto como *Derecho Probatorio*).

³¹² Señala la Cámara de lo Penal (*INC-106*).

³¹³ Es así, que el actual código Procesal Penal comentado sostiene que: “Las cuestiones de la lógica deben matizarse en el ámbito jurídico, no se trata de un análisis de la prueba sujeto a la formalización del pensamiento lógico en un sentido estrictamente formalizado, en cual la veracidad de las proposiciones son necesarias para la afirmación de la conclusión; se requiere más de un fundamento lógico de la decisión sustentado en la coherencia y la derivación, pero vinculados a la cuestión penal, y particularmente a la probatoria, que debe afirmar los hechos tenidos como ciertos”, señala la Comisión (*Código*, 1:717).

estructura de la ciencia misma, en otras palabras, estudia los procesos del pensamiento para descubrir los elementos racionales que los constituyen y las funciones que los enlazan. Esta, a su vez, se compone de dos leyes: la ley de coherencia de los pensamientos, y la ley de derivación de los pensamientos".³¹⁴

4.3.3.2.1. Ley de coherencia de los pensamientos

La Sala de lo Penal, en este caso ha establecido que: *"se entiende por coherencia de los pensamientos, la concordancia o conveniencia entre sus elementos, de las que se derivan los principios de identidad, no contradicción y tercero excluido"*.³¹⁵ Por lo que, la ley de coherencia del razonamiento consiste en: *"la concordancia entre las afirmaciones y conclusiones que hace el juez respecto de la prueba y los hechos probados, sin que concurren contradicciones sustanciales; y la derivación significaría una relación entre las afirmaciones y las conclusiones; de tal manera que cada afirmación tenga su razón; o en términos de valoración probatoria, que cada hecho afirmado, tenga a su base una prueba que lo sustente"*. En ese sentido, Los principios o reglas básicas de la lógica son:

4.3.3.2.2. Principio de Identidad

El principio de identidad exige que en el contexto de un mismo razonamiento, a determinado concepto se le asigne siempre el mismo significado,³¹⁶ asimismo, este principio se visualiza cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero. Según algunos doctrinarios, el principio de identidad se formula cuando se afirma que una cosa es lo que es, es decir, que una cosa es idéntica a sí misma, tiene una absoluta

³¹⁴ Señala la Cámara de lo Penal (*INC-106*).

³¹⁵ Sala de lo Penal, *Recurso de Casación, Referencia: 204C2018* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

³¹⁶ Cámara Especializada de lo Penal de Santa Tecla del Departamento de La Libertad, *Recurso de Apelación, Referencia: 259-APE-2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019)

universalidad porque significa no sólo la identidad de los objetos en sí mismos, sino la identidad de los conceptos consigo mismo.³¹⁷

La importancia del principio de identidad estriba en las deducciones que se basan al resolver; conforme el transcurso del juicio, desde la acusación que le atribuyen al sujeto, la aportación o acreditación de la prueba para incriminarlo o determinar su inocencia ya que desde un inicio hasta el fin del proceso deben de saber identificar cada definición sin equívocos es decir cuál es el tipo penal, la prueba idónea relacionada al hecho o hechos que se le está acusando o la prueba pertinente, porque en caso contrario se estaría empleando otra “realidad” por ser identidades diferentes y decayera en una falsa declaración.³¹⁸

4.3.3.2.3. Principio de Contradicción

Los doctrinarios definen a este principio de la siguiente forma: *“no se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo, es decir, la misma cosa no puede ser y no ser a la vez, y bajo el mismo respecto. Por lo tanto, no es correcto afirmar y negar a la vez la existencia de un hecho, la calidad de una cosa, la aplicación de una norma, etc. se viola este principio cuando se afirma y se niega conjuntamente una cosa o una característica de un mismo objeto”*.³¹⁹

³¹⁷ Diógenes Gamarra Gómez, Fortunato Severo, *Lógica Jurídica y Principio de razón suficiente* (Lima: Editorial Fondo, 2004) 45. (citado a partir de ahora en el texto como *Lógica Jurídica*).

³¹⁸ Jocelyn Yamileth Benítez Alas, Irene Beatriz Flores Hernández, Raynoldo Augusto Rosales Sosa, “El control de los vicios en la fundamentación de la sentencia penal pronunciada en el proceso común” (Tesis para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2017), 122. (citado a partir de ahora en el texto como *Vicios*).

³¹⁹ No obstante, según la actual jurisprudencia, “este principio (a veces llamado sólo principio de contradicción) establece que una persona o cosa no puede ser y no ser a la misma vez, de modo que no pueden ser válidos dos juicios, de los cuales uno expresa que alguien o algo es y el otro dice que ese alguien o ese algo no es. No pueden ser verdaderos a la vez los juicios “A es B” y “A no es B”. Cámara Especializada de lo Penal de Santa Tecla del Departamento de La Libertad, *Recurso de Apelación, Referencia: 320-321-322-APE-2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019). Señala Elguera (*Derecho Probatorio*, 110-111).

Si bien es cierto, que el principio de no contradicción establece que “es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido o en la misma dirección: también agrega algo más: dice que la realidad es una y no dos. No pueden ser verdaderos los dos; puesto que la realidad es la que es y no otra.³²⁰ Es decir que obligatoriamente se deduce, que uno de los dos juicios ya sea contradictorio o no contradictorio es falso porque no se puede afirmar y negar una formulación del mismo objeto y sujeto al mismo tiempo, es por ello que, como consecuencia a un nivel lógico y jurídico, carece de validez y no puede servir como fundamento de una conclusión, puesto que es un razonamiento erróneo sobre cualquiera de las circunstancias fácticas o probatorias.

4.3.3.2.4. Principio del Tercero excluido

El principio del Tercero Excluido³²¹ establece que: *“la realidad es un sistema de partes determinadas recíprocamente que todo tiene que ser o no ser, no pueden ser falsos los dos; es decir si niego cualquiera de esas dos proposiciones no tengo más alternativa que afirmar la otra y ante cualquier proposición me basta decir “sí” o “no” para tener la seguridad de que estoy en la verdad o en el error. Toda vez que siempre, al juzgar, estoy en la verdad o en un error”*.³²²

Es decir, que este principio se refiere a la oposición contradictoria entre juicios jurídicos, y establece que: dos juicios jurídicos contradictorios no pueden ambos carecer de validez, de ello se infiere que solamente una de las normas jurídicas opuestas es necesariamente válida. Por lo que, no constituyen un criterio para decidir, en un caso concreto, cuál de los

³²⁰ Señala Gómez (*Lógica Jurídica*, 45).

³²¹ “Por su parte, la actual jurisprudencia lo define como: los juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible”. Cámara Tercera de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, *Recurso de Apelación*, Referencia: INC-138-2018 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

³²² Señala Gómez (*Lógica Jurídica*, 73).

juicios jurídicos es válido o inválido, tal razón para solucionar antinomias está contenida en las leyes.³²³

Para finalizar, los autores doctrinarios explican que este principio consiste en: *“dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero. Se sostiene la verdad de uno y la falsedad del otro enunciado opuesto contradictoriamente, aunque sin precisar cuál de ellos es el verdadero y cuál el falso. Este principio es similar al de contradicción; enseña que entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falsa, y que ambas no pueden ser verdaderas y falsas a la vez. Se afecta este principio, por citar un ejemplo, si se valora un medio probatorio que momentos antes fue declarado improcedente por ser manifiestamente impertinente (en efecto, al valorarlo se está reconociendo su pertinencia, a pesar de que momentos antes se dijo todo lo contrario); o cuando se dice que un testigo es idóneo para acreditar determinado hecho y acto seguido que no lo es”*.³²⁴

4.3.3.2.5. El principio de verificabilidad o de razón suficiente

El Principio de Razón Suficiente,³²⁵ prescribe que nada existe sin una razón suficiente y que nada puede explicarse de la realidad si no se halla una razón suficiente que lo explique, es decir que si todo lo que es puede ser pensado, la razón del ser es al mismo tiempo la razón del pensar, ya

³²³ Fernando Javier Rosales Gramajo, *Lógica Jurídica* (Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010) 239. Actualmente en la doctrina salvadoreña se maneja a este principio como: “dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos, es verdadero y ninguno otro es posible”, señala la Comisión (Código, 1:719).

³²⁴ Señala Elguera (*Derecho Probatorio*, 111).

³²⁵ “Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad”. Por su parte, la Cámara Segunda de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, ha establecido actualmente que este principio consiste en lo siguiente: “todo juicio, para ser verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad, por extraerse de la citada ley; también se vulneró el presente caso, pues el razonamiento no está constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas que desfilaron durante los debates es decir, que no existe una razón suficiente que justifique las consideraciones del A-quo...”, señala la Cámara de lo Penal (20-2019).

que, la lógica es coextensiva y la necesidad que hace que tal ser sea tal ser y no otro, hace también que el juicio sea de determinada manera y no de otra. Es decir, que el principio de razón suficiente se aplica al ser y, entonces, es el principio por el cual el juez establece la razón de ser de las cosas, al devenir, es decir a la sucesión de hechos en el tiempo y espacio, entonces, se le llama principio de causa o causalidad.³²⁶ No obstante, la doctrina establece que: *“este es el principio de soldadura entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia. La ley de la razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada; es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera, este permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material fáctico en particular, están lo suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas”*.³²⁷

4.3.3.2.6. Ley de derivación de los pensamientos

La actual jurisprudencia establece que: *“Las Reglas de la Derivación, consisten en que frente a un elemento de prueba que se dé por acreditado debe existir la razón suficiente para sostener que los hechos tengan correspondencia con la prueba aportada, cuando ésta ha sido contundente en demostrar- que sucedieron tal como se han probado, lo que se materializa en la fundamentación intelectual, que la absolución del imputado no obedece precisamente al material probatorio que desfiló durante la vista pública”*.³²⁸

³²⁶ Señala Alas (*Vicios*, 119).

³²⁷ Señala Elguera (*Derecho Probatorio*, 111-112).

³²⁸ Cámara Segunda de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, *Recurso de Apelación, Referencia: 20-2019* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019). En el sentido de enriquecer aún más el presente texto se encuentra en el Código Procesal Penal Comentado que la Ley de Derivación consiste en: “una relación entre las afirmaciones y las conclusiones; de tal manera que cada afirmación tenga su razón; o en

En conclusión, la derivación consiste en el hecho que cada pensamiento provenga de otro, con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir de un juicio que no es derivado, sino, el punto de partida para otros; es decir el análisis de las funciones cognitivas de un juez, que revela la estructura fundamental del proceso lógico en derivar un juicio de otro. A su vez, de la ley de la derivación se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o se niega con la pretensión de que sea verdad.³²⁹

4.3.3.3. Las Reglas de la Psicología

Como pilar fundamental de las reglas de la sana crítica, la jurisprudencia nacional ha hecho énfasis en las Reglas de la Psicología³³⁰ y el auxilio que las mismas pueden brindar al juzgador al momento de apreciar los hechos, siendo así, que según la jurisprudencia actual: *“Las reglas de la psicología buscan entre otras cosas, dotar al juez de la causa, de elementos cognitivos y deductivos que le permitan realizar el ejercicio de valoración probatoria de manera consistente e integral, ya que siguiendo líneas jurisprudenciales desarrolladas por la Sala de lo Penal se puede concluir que el Tribunal de Sentencia en la selección de la prueba incorporada al proceso aplicará los principios de la psicología, en virtud de desarrollarse aspectos que han sido presenciados de manera directa, los cuales deben valorarse”*.³³¹

términos de valoración probatoria, que cada hecho afirmado, tenga a su base una prueba que lo sustente”, señala la Comisión (Código, 1:720).

³²⁹ Señala Alas (Vicios, 120).

³³⁰ Según Miguel Clemente Díaz: “La psicología en conocimiento general se sabe que es la ciencia que estudia el desarrollo de la mente humana, los aspectos biológicos, sociales y culturales del comportamiento de este, en sus diversas áreas biológicas y sociales. En el área jurídica la psicología consiste en el estudio, asesoramiento e intervención sobre el comportamiento humano que se desarrolla en un ambiente regulado por normas legales”. *Psicología aplicada a la labor judicial (El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2008)* 1-8

³³¹ Señala la Cámara de lo Penal (20-2019).

Sin embargo, de las reglas de la psicología debe matizarse,³³² que no se trata de una consideración fundada en la disciplina como tal, sino en ciertos aspectos que son imprescindibles en el ser humano al momento de conocer un hecho, y poder posteriormente racionalizarlo en su sentido más general; la apreciación de las reglas de la psicología, no estarían sustentadas en las bases epistemológicas del saber psicológico como disciplina especializada, sino en algunas de las manifestaciones exteriores del ser humano, que ante la realidad externa e interna, desarrolla procesos sensoriales, afectivos, racionales, cognitivos, etcétera., sobre los cuales el juez podría desarrollar determinadas valoraciones que no implican un saber especializado, sino un análisis general y de conjunto.³³³

4.3.3.4. Las Máximas de la Experiencia

Algunos autores definen a las máximas de la experiencia, de la siguiente manera: *“Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes, de los casos particulares e cuya observación se han inducido y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*.³³⁴

³³² Según Jocelyn Yamileth Benítez Alas, Irene Beatriz Flores Hernández, Raynoldo Augusto Rosales Sosa: “Es por ello que la psicología es de mucha importancia aplicarla en la actividad probatoria, por asistir en los errores al momento de producir y valorar la prueba. Por ejemplo, en la prueba testimonial; al estudiar las actitudes, comportamientos en su forma de declarar sobre los hechos objetos del conflicto deben de tener la debida relación con la respectiva acusación o las demás pruebas documentales aportadas, sin dejar a un lado las pruebas que requieren de conocimientos más especializados ya sean técnicos o científicas –peritajes-en las etapas del proceso penal, ayudando a determinar con exactitud y credibilidad la veracidad de lo que se ha ido desarrollando en el proceso y llegar al acto final que es la Sentencia Penal con el único propósito de resolver las controversias del juicio. A consecuencia deben de ser lógicos todos los análisis fundados en la psicología para que esto no caiga en vicios al momento de fundamentar la Sentencia”, señala Alas (*Vicios*, 120).

³³³ Señala la Comisión (*Código*, 1:721).

³³⁴ Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos* (Colombia: Temis, 1988) 27

En ese sentido, la actual doctrina define a las máximas de la experiencia de la siguiente forma: *“Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Siendo que sirven como parámetros que sirven para interpretar circunstancias puramente fácticas que pudieron concurrir en el hecho”*.³³⁵

Las máximas de la experiencia son necesarias cuando se determinan consecuencias jurídicas; una de ellas es al momento de dictar sentencia debidamente fundamentada, se debe de valorar la prueba donde el juez no debe desvincularse de los hechos y estos deben estar previos en la legislación en este caso derecho penal y con ello garantizar que la aplicación de la ley penal corresponde a sus características intrínsecas.

4.4. Motivación de la decisión

4.4.1. Hechos acreditados

La mención del hecho que se ha tenido por comprobado, forma parte del contenido extrínseco de la sentencia, de vital importancia, pues las formas esenciales establecen el marco referencial, a partir del cual los jueces realizan un ejercicio intelectual exhaustivo, coherente y motivado conducente a la decisión respectiva. Constituye una unidad material y formal, de manera que la alegación válida de un vicio por la ausencia de alguno de los elementos fundamentales que la conforman, implica la omisión absoluta en el texto del proveído³³⁶.

4.4.2. Valoración de la prueba en el proceso penal

Debe comenzarse señalando que el método utilizado, es de una libre convicción respecto de la valoración de las pruebas, el cual se sustenta

³³⁵ Señala Alas (*Vicios*, 124).

³³⁶ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 107-CAS-2010 (El Salvador, 2011)

en un sistema de íntima convicción, del cual la sana crítica es una modalidad del mismo, la apreciación o valoración de la prueba practicada en el juicio oral y público, o de la necesaria para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar, conforme al artículo 358, numeral 12 del Código Procesal Penal, deberá ser realizada en base a las reglas de la sana crítica³³⁷, la cual se encuentra integrada por regla general conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos ³³⁸.

Ciertos autores, al evaluar el papel que desempeñan las reglas de la sana crítica, son enfáticos en señalar que constituyen: "Indicaciones que la ley hace al Juez del modo de valorar la prueba. La ley no impone al Juez el resultado de la valoración, pero sí le impone el camino o el medio, en concreto el método de cómo hacer la valoración: ese método es la razón y el de la lógica".

Es el artículo 179 del Código Procesal Penal el que establece literalmente que: "Los jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles y que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código." Al respecto debe considerarse algunas breves apostillas sobre un aspecto que es decisivo en la valoración de la prueba, es decir el método que se expresa por ley para la valoración probatoria, la cual según se indica debe regirse por las reglas de la sana crítica, sistema de valoración que, si bien establece la más plena libertad de convencimiento, exige que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye.

³³⁷ Es en la parte intelectual de un pronunciamiento donde se podrá identificar cómo el Juez evalúa la veracidad de los elementos de prueba, otorgándoles determinado valor a través de juicios lógicos y razonables. Y es que, si bien es cierto, la ley no indica el peso que debe otorgarse a determinada prueba, sí establece los parámetros o cánones que corresponde observar en la estimación del plexo probatorio, señala la Cámara Tercera de lo Penal (*INC-231*).

³³⁸ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 321C2018 (El Salvador, 2018)

En cuanto a la fundamentación de la prueba, en base al artículo 144 del Código Procesal Penal, se establece la obligación del juzgador o tribunal de fundamentar sus resoluciones, ya sea sentencias, autos y aquellas providencias que lo ameriten, en las que se deberá expresar con precisión los motivos de hecho y de derecho en lo que descansan las decisiones tomadas, como el valor que se le otorga a cada uno de los medios de prueba, bajo de pena que se produzca la nulidad de sus decisiones.

4.4.2.1. Régimen constitucional

En los Estados constitucionales, la función más importante de los juzgadores, es garantizar los derechos de las personas. Una de las garantías fundamentales del derecho al debido proceso establece que la decisión judicial, ya sean autos y sentencias³³⁹, sean motivadas, dejando de lado la arbitrariedad al no basarse en razonamientos sólidos y fundamentados. En especial, la motivación de las sentencias judiciales es una garantía para las partes procesales y constituye un control efectivo de la actividad de los jueces.

La Constitución de la República no contiene expresamente el mandato de que los componentes del Órgano Judicial fundamenten sus resoluciones; sin embargo, como vemos, dicho deber de fundamentación deriva implícitamente de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la presunción de inocencia, garantizados ya por los artículos 3, 11 y 12 de la Constitución.

Como se dijo anteriormente, al producirse la nulidad de las decisiones judiciales por falta de fundamentación, quiere decir que no hay nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio, si no existe perjuicio y no influya o pudiere influir en la decisión de la causa. Pero, la falta o deficiente motivación casi siempre

³³⁹ De ahí que los criterios jurisprudenciales en materia constitucional se erijan como una base normativa idónea y suficiente para fundamentar en ellos, jurídicamente, las resoluciones judiciales y administrativas. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: HC 445-2014 (El Salvador: 2014)

afectará el derecho constitucional a la defensa, tal como se establece en el artículo 346 numeral 7 del Código Procesal Penal, aunque, en realidad, no es la nulidad propiamente dicha el efecto, sino la determinación para obtener agravios directos por esa ausencia de razones que habilitarían el recurso correspondiente, el cual eventualmente puede conducir a la nulidad.

4.4.2.2. Derecho comparado

Todo juzgador con jurisdicción, al emitir alguna resolución o tomar decisiones que afecten derechos o disuelvan situaciones jurídicas existentes, deberá fundamentar esas resoluciones o decisiones que haya emitido por cuanto la ley así lo ha prescrito tal como podría observarse en el artículo 144 del Código Procesal Penal, que éste obliga al juzgador o Tribunal a fundamentar bajo pena de nulidad las sentencias, los autos, y aquellas providencias que lo ameriten.

En relación al principio de la libertad probatoria, se dice que este determina esencialmente que todos los hechos relacionados al objeto del proceso, pueden ser comprobados por cualquier medio legal de prueba de los establecidos en la normativa procesal penal; es fundamental la operatividad del principio, puesto que quiebra la visión tradicional de la prueba tasada, y permite que los hechos, puedan ser objeto para su comprobación de cualquier medio de prueba de los previstos legalmente³⁴⁰.

En la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España relativa a la valoración de la prueba en el proceso penal, se establece que han de concurrir varios requisitos que aparecen certeramente expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo 812, 97, de 30 de mayo, en donde se

³⁴⁰ Así puede sostenerse que en nuestro sistema procesal penal de tradición jurídica continental no campea un modelo de libertad probatoria abierto, es decir un modelo de los llamados *freedom of proof* como el que se recepta en los modelos anglosajones. Marina Gascón Abellan, *La Interpretación Constitucional*, 1º edición (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2004) 66.

reproduce una elaborada doctrina jurisprudencial que manifiesta que para que la prueba practicada en la fase de instrucción pueda ser tomada en cuenta para fundar la condena es preciso que verse sobre hechos o actos que por ser propias características no pueden volverse a repetir, de ahí que la jurisprudencia se refiere a la idea de fugacidad como definitoria de las pruebas sumariales.

Así pues, *en cuanto a la consideración de los hechos psicológicos como “juicios de valor”*, se trata de una constante en la jurisprudencia de la Sala Segunda, expresada en ocasiones de forma tan exuberante como cuando se dice que “el ánimo homicida, o *animus necandi*, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir, racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para lo cual, los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis”.

Respecto al anticipo de prueba regulado por el Código Procesal Penal salvadoreño en su artículo 305, en el caso de España, para la valorabilidad de una prueba sumarial, entendida como el conjunto de diligencias que por su naturaleza no son susceptibles de ser repetidas o reproducidas durante el juicio oral, que se preconstituyen probatoriamente³⁴¹.

En el caso del Código Penal Chileno, la libertad de prueba es definida en su artículo 295, en donde establece que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución el caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley; así mismo, el artículo 297 del mismo cuerpo normativo define la valoración de la prueba como aquella libertad en que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

³⁴¹ Código Penal Español, edición 2000.

Así mismo, en el artículo 280 del Código Penal chileno, se establece que durante la audiencia de preparación el juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191 del mismo cuerpo normativo³⁴²; así mismo prevé que se podrá solicitar la declaración de peritos únicamente, de conformidad a las normas del Párrafo 30 del Título VIII del Libro Primero del referido Código, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrara en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por algunas de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.

Así pues, la actividad probatoria impulsada por el principio general de la libertad probatoria, no se habla de una libertad absoluta, puesto que reconoce límites, uno de ellos, es por ejemplo la licitud, otro es la pertinencia, puesto que los hechos a probar deben estar relacionados directa o indirectamente al objeto del proceso³⁴³.

4.4.3. Valoración del testimonio de la víctima

Cuando de las diligencias de investigación solamente se ha recabado como fuente de prueba, la víctima y como consecuencia de ello, los actos de investigación se han practicado con intervención única de ésta, el análisis valorativo de dicho testimonio debe ser más riguroso, auxiliándose en el juicio de la principal herramienta de la que dispone el juzgador, cual es la inmediación y oralidad, a fin de comprobar si con certeza el testimonio es fiable y robusto como para acreditar las circunstancias fácticas del hecho punible y los partícipes dentro del mismo³⁴⁴.

³⁴² Código Penal Chileno, edición 2000.

³⁴³ Señala Schmidt (*Fundamentos*, 198).

³⁴⁴ Es decir, el testimonio único de la víctima, se admite como prueba de cargo para acreditar hechos, pero también debe estar respaldado por otros elementos concomitantes y posteriores que permitan arribar al estado de certeza respecto de la culpabilidad, es decir, el nivel de participación del imputado en el hecho en estudio. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 42-CAS-2009 (El Salvador, 2012)

Sobre este particular. la doctrina expone: "Cualquier víctima que declara como testigo obliga a apurar el análisis sobre la credibilidad de su testimonio, (...) para esa viabilidad probatoria es necesario no sólo que no se den razones objetivas como para dudar de la veracidad de la víctima, sino también que por los jueces se proceda a una "profunda y exhaustiva verificación" de las circunstancias concurrentes en orden a esa credibilidad que va de la mano de la verosimilitud."³⁴⁵

4.4.3.1. Valoración de testigos, fiabilidad y verosimilitud

Es indispensable, en concreto, que la apreciación del testimonio venga condicionada por la ausencia de incredulidad subjetiva, a cuyo servicio están las preguntas generales que han de ser hechas a cada testigo antes del interrogatorio sobre los hechos, por lo que, el juez examina el hecho y la prueba frente a la previsión abstracta de la norma, reconstruye el hecho con base a la prueba, y se evidencia el elemento de convicción: que la reconstrucción sea posible por razón de la prueba misma y no por sustitución intelectual. El juez debe extraer la identidad natural de la prueba y reconstruido el hecho procede a la subsunción, a la adecuación típica, examinando el texto de la ley, verificando su sentido.

De acuerdo a lo expuesto, el problema que plantea la existencia de un testigo único a los efectos de pronunciar una condena no es de orden legal (pues no existe prohibición al respecto), es decir, no carece de fuerza probatoria la deposición única por esa sola circunstancia, sino lógico jurídico, dado que exige una motivación robusta, a través de la cual efectivamente se destruya el principio de inocencia, ya que el juzgador debe explicar de manera clara las razones por las que dicho testimonio resulte suficiente para causar convicción en su ánimo, con la exigencia de que las conclusiones a que se arribe, sean fruto de las pruebas, de manera que existan elementos que refuercen su contenido y permitan establecer con rigor la credibilidad y verosimilitud del testimonio

³⁴⁵ Climent Durán, Carlos. "La Prueba Penal". (España: Editorial Tirant lo Blanch, 1999) 138

inculpatorio y además, utilicen como soporte los principios de Derivación y Razón Suficiente³⁴⁶.

De tal forma, el referido testimonio debe ser purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, lo que obliga al operador de justicia a profundizar más en el estudio o examen de la declaración, pero no por ello, se tendrá en menor estima o no alcanzar el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena³⁴⁷.

4.4.4. Valoración de peritos

Según jurisprudencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, se sostiene que si bien la impresión del sello profesional es un requisito formal para la validez de los dictámenes, informes, estudios, opiniones o consultas, que desarrollan las personas autorizadas para el ejercicio de la contaduría, su incumplimiento en el caso concreto no le viene a restar eficacia probatoria como dictamen pericial; ni la calidad habilitante del perito, ni la autenticidad del dictamen, dependen de la impresión del sello en el documento, además al notificársele a las partes el nombramiento de dicho perito, tuvieron igualmente en su momento la facultad de impugnarlo en caso que el designado careciera de los requisitos habilitantes, o bien por padecer de alguna incapacidad o incompatibilidad³⁴⁸.

4.4.5. Estipulación probatoria

La estipulación de prueba significa, un acuerdo mediante el cual las partes de manera unánime convienen la admisión o la producción total o

³⁴⁶ Precisamente aquí, el juez debe apreciar el dicho del deponente concatenado con los medios de prueba aportados al proceso, aplicando el criterio de valoración de la sana crítica, y emprender así un trabajo analítico de comparación conjunta, corroborando circunstancias periféricas de carácter objetivo. En ese entendimiento, toda aquella prueba que torne creíble el testimonio, ya sea por vía indirecta o referencial sobre aspectos accesorios de su declaración, a fin de dotarla de la verosimilitud para ser apreciada como prueba de cargo suficiente. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 368C2018 (El Salvador, 2018)

³⁴⁷ *Ibíd.*

³⁴⁸ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 31-CAS-C2010 (El Salvador, 2014)

parcial de una prueba (pericial, documental o mediante objetos), evitando la autenticación prevista en los artículos 243 y 249 del Código Procesal Penal, y lograr un desarrollo más ágil en el juicio, obviando con ello la admisión o producción de pruebas sobre las cuales no existe desacuerdo entre las partes, como podría ser, que no declare el perito responsable de la experticia, el agente captor o investigador que efectuó la captura, registro o decomiso, el autor de un determinado documento, evitar la lectura de un documento sea total o parcialmente, o limitar su incorporación a una breve relación del mismo y su ubicación dentro del expediente judicial; pactar la no exhibición del objeto que se ofreció, entre otras³⁴⁹.

No obstante la libertad de ejercicio de la anterior facultad de que gozan las partes, debe quedar claro que dentro de dichas estipulaciones jamás debe incluirse su ponderación probatoria; porque la valoración de las pruebas y sus conclusiones son aspectos del deber de fundamentación que, bajo pena de nulidad, corresponde exclusivamente a la labor judicial, según lo dispuesto en los artículos 144 y 179 del Código Procesal Penal³⁵⁰.

4.4.5.1. Acreditación o desacreditación de peritos

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado respecto a esta temática, y efectivamente los peritos que realicen el análisis forense debe cumplir con los parámetros legales establecidos en el Código Procesal Penal, al respecto el artículo 226 del precitado cuerpo legal establece que los peritos serán de dos clases, permanentes y accidentales y que entre los primeros nombrados se encuentran también los técnicos y especialistas de la Policía Nacional Civil³⁵¹. De igual forma

³⁴⁹ La finalidad de este tipo de acuerdos es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de hechos o sus circunstancias frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia los derechos constitucionales. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 382C2016 (El Salvador, 2017)

³⁵⁰ *Ibíd.*

³⁵¹ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Referencia: 030-2016 (El Salvador, 2016)

el artículo 227 del referido Código establece la exigencia de la calidad habilitante de los peritos, ya sean permanentes o accidentales, deberán tener título en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse.

4.4.6. Valoración de la declaración del imputado

El inciso primero del artículo 381 del Código Procesal Penal establece las condiciones necesarias para desarrollar una correcta intimación, pues de ello depende que, a lo largo de la tramitación procesal, el imputado y su defensor, realicen una adecuada defensa; sin perjuicio que la descripción del hecho atribuido o acusado, es el límite del pronunciamiento judicial, a partir del principio de congruencia³⁵².

Así también, el artículo 11 de la Constitución de la República establece el deber de generar el espacio real dentro de la tramitación procesal para oír al imputado, y en esos mismos términos se impone la carga estatal en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al reiterar el derecho a ser oído y a recibir detallada comunicación de la acusación formulada.

4.4.7. Valoración de otros medios de prueba

Para llegar a la conclusión acerca de la determinación de la culpabilidad y subsiguiente responsabilidad penal en la comisión del hecho delictivo, es requisito indispensable que el juzgador analice pormenorizadamente los elementos probatorios debatidos en el contradictorio y su comparación entre sí, para que surja en consecuencia la verdad procesal en la cual se fundará la providencia judicial³⁵³.

La garantía de motivar las resoluciones judiciales, consiste en que, mientras por un lado se deja al juzgador la libertad de apreciación de la

³⁵² Consejo Nacional de la Judicatura, *Código Procesal Penal Comentado* (El Salvador: Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos AECI -CNJ) 1476

³⁵³ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 54-CAS2006 (El Salvador, 2008)

prueba documental, pericial y otros medios de prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por otra, éste queda obligado a expresar la correlación lógica de los argumentos, demostrando su conclusión a efecto de prevenir la arbitrariedad. La motivación debe responder a las máximas que presiden el entendimiento humano, estructurada de acuerdo a los principios de identidad, contradicción y tercero excluido y además, debe ser concordante y derivar de elementos de convicción verdaderos, suficientes, que hayan sido incorporados legalmente al juicio³⁵⁴, respetando los principios de razón suficiente, la psicología y la experiencia común, de ahí que, los hechos acreditados en la sentencia deben tener sustento en la prueba que se incorporó legalmente al juicio.

4.5. Fundamentación jurídica

4.5.1. Fuentes del Derecho

Al analizar las fuentes formales del ordenamiento jurídico salvadoreño, la Constitución de la República, se encuentra como la fuente principal y de óptimo nivel jerárquico, al mismo tiempo dispone, organiza y determina el valor formal de cada una de las fuentes formales productoras de normas de derecho; la cual regula la ley (...), su procedimiento de creación, los tratados, los reglamentos, los decretos, los acuerdos, las resoluciones, las ordenanzas, aunque no se establece ningún tipo de elaboración de estos últimos así como los principios generales constitucionales³⁵⁵.

4.5.2. Jerarquía de las normas

La mayor autoridad formal es la Constitución y su carácter rígido impide que el legislador pueda vulnerar o transgredir, a través de las leyes, los preceptos constitucionales que estatuyen derechos; asimismo, que el contralor de la constitucionalidad, mediante los procesos de inconstitucionalidad de las leyes y amparo, imposibilitan o reducen las

³⁵⁴ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 475-CAS-2009 (El Salvador, 2012)

³⁵⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 184-2016 (El Salvador, 2019)

desviaciones legislativas de naturaleza constitucional, y tales mecanismos imponen a los parlamentos la obligación de acomodarse a los principios y letra de la Constitución, cuando desarrollan los principios constitucionales, que incluyen necesaria y preferentemente las garantías constitucionales.

4.5.3. Métodos de argumentación

4.5.3.1. Gramatical o semántico

Tiene su base en el lenguaje estructurado: esta clase de interpretación, aparte de ser denominada como una de carácter exegético, se fundamenta en los mandatos normativos o prohibitivos que cuentan con una redacción específica para cada contexto (Ej.: en qué forma fueron colocados los signos de ortografía en un determinado precepto legal, llámese éste, código o ley especial), pues la misma redacción implica un sentido que no se debe dejar de lado.

4.5.3.2. Histórico

Una de las fuentes esenciales del Derecho es, sin duda, la doctrina. Ésta no ha surgido de un día a otro, sino, por el contrario, se ha ido forjando paulatinamente con el devenir de la historia: toda situación existente en la actualidad es producto de acontecimientos anteriores (Ej.: los fiscales, antes de sostener sus acusaciones, no simplemente revisan su Código Laboral, sino que se remiten al dogma que los estudios de esa especialidad jurídica han impartido para la enseñanza de la misma: sería poco mesurado limitar el análisis a lo establecido –quizás– en un párrafo de cuatro o cinco líneas, sin tener en cuenta lo plasmado en la doctrina particular).

4.5.3.3. Lógico

En esta clase prevalece la pluralidad de juicios, pues, se requiere de razonamientos que han sido adquiridos con anterioridad, a fin de que cumplan la función de hipótesis: consiste en tomar afirmaciones como un punto de partida para llegar a otras que prosiguen o derivan de éstas (Ej.:

los jueces tienen como consideración analítica a las máximas de experiencia –premisas– para llegar a una suerte de respuesta en un determinado caso –conclusiones–).

4.5.3.4. Teleológico

“La teología se define como la teoría de las causas finales, de los fines últimos a los cuales está destinada determinada institución”. Este método de interpretación “supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma” (Ej.: el análisis del Código penal, representante directo del Derecho penal, debe ser comprendido como “un sistema construido con el objeto de *neutralizar las pulsiones del estado de policía bajo la forma de poder punitivo*”).

4.5.3.5. Analógico

Un importante doctrinario considera a la jurisdicción como una garantía básica y en un modelo de derecho penal mínimo cree que debe buscarse una verdad procesal empíricamente controlable y controlada. Las garantías procesales funcionan así no sólo como de libertad sino también como de verdad. Por lo mismo pide por un juez espectador, popular y sabio que desconfíe del poder como fuente de la verdad³⁵⁶.

4.5.3.6. Sistemático

Se trata de un sistema de normas interrelacionadas entre sí con cierto grado de dependencia unas de otras. De tal, manera que no funcionan separadamente, pero unidas logran el objetivo común. Cuando se interpreta una norma no se puede estudiar aisladamente; debe realizarse en el contexto del resto de las normas del sistema. Generalmente la

³⁵⁶ Mario Alberto Portela, *Argumentación y Sentencia*, primera edición (Argentina: Universidad Nacional de Mar del Plata) 338

interpretación constitucional se realiza en el contexto de todas las normas que la integran porque es un sistema³⁵⁷.

4.6. Valoración de prueba por indicios

La naturaleza probatoria del indicio es producto del fruto lógico de una relación con una determinada norma de la experiencia, a través de un procedimiento silogístico, donde el hecho indicado se toma como premisa menor y la referencia basada en la experiencia funciona como premisa mayor, por consiguiente la conclusión surge de la relación entre ambas, lo que le otorga fuerza probatoria al indicio³⁵⁸.

4.6.1. Principio de congruencia de la sentencia

La doctrina, define el Principio de Congruencia como: "El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas".

En términos generales, se puede decir que el principio de congruencia, es la correspondencia entre la petición de las partes y la sentencia, lo cual a su vez hace concurrir lo que se conoce como la fijación del objeto del debate, que al mismo tiempo pretende preservar la vigencia del derecho de defensa, dando de este modo vida al proceso acusatorio³⁵⁹, pues el imputado debe saber con suma claridad de que se le acusa para poder ejercer una correcta y atinada defensa, debiéndose tener en cuenta desde luego, que esto no solo es en relación al aspecto penal, sino también en lo relativo a la responsabilidad civil.

³⁵⁷ Belquis Cecilia Sáez, "El método sistemático en la interpretación", (México: Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, número 272, 2018) 58

³⁵⁸ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 139C2015 (El Salvador, 2015)

³⁵⁹ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 29-C-2013 (El Salvador, 2013)

4.7. El debido proceso en la protección de los derechos del imputado y la mujer víctima del delito de violación

4.7.1. Perspectiva de la misoginia en el cometimiento del delito de violación

Al haberse abordado la perspectiva orientadora de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres en el delito de violación, tomando como parámetro el concepto abordado por dicha Ley, como lo es la misoginia³⁶⁰, se establece que para determinar que el delito de violación en contra de la mujer haya sido perpetrado con misoginia, deben concurrir las conductas de odio, implícitas o explícitas, contra todo lo relacionado con lo femenino tales como rechazo, aversión y desprecio contra las mujeres, de acuerdo a la letra d) del artículo 8 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.

Así pues, no puede generalizarse que todas las formas de violencia de un hombre hacia una mujer lleven consigo conductas misogínicas, elemento que vendría a convertirse en el criterio diferenciador para aplicar una jurisdicción especializada u otra para el conocimiento de los delitos del Código Penal, como lo establece el Decreto para la Creación de los Tribunales Especializados para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres³⁶¹, quedando claro que cuando la mujer es víctima de una violación por parte de un hombre, no puede afirmarse que la misoginia siempre estará presente en este tipo de delitos.

Los artículos 2 del Decreto Legislativo 286 de fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, publicado en el Diario Oficial número 60, tomo 411 del cuatro de abril de dos mil dieciséis, en consonancia con el artículo 60

³⁶⁰ El elemento subjetivo misoginia acotado por el Tribunal de Segunda Instancia no se materializó como tal en el hecho realizado por su representado, ya que en criterio del recurrente, la conducta del imputado no se puede adecuar al tipo penal de F. sin que se demuestre el elemento subjetivo distinto al dolo (misoginia). Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 400C2015 (El Salvador, 2016)

³⁶¹ Decreto Legislativo 286 de fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, publicado en el Diario Oficial número 60, tomo 411 del cuatro de abril de dos mil dieciséis.

del Código Procesal Penal establecen que los juzgados para una vida libre de violencia y discriminación para las mujeres tendrán competencia, entre otras, sobre los asuntos que le sean remitidos por las sedes judiciales de paz en aplicación de los delitos establecidos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres; así como la competencia por conexión y cualquier otra cuestión al respecto que no se encuentre regulada, se regirá por lo establecido en la normativa procesal de la materia que se esté conociendo³⁶².

4.7.2. Protección jurisdiccional de los derechos del imputado y las garantías procesales de la mujer víctima del delito de violación

El derecho a la protección jurisdiccional conlleva a la posibilidad de que aquellas personas legitimadas puedan acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión o a oponerse a la ya incoada y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones o su resistencia, a través de un proceso equitativo tramitado de conformidad con la Constitución y las leyes correspondientes³⁶³.

Para ello la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado en su Sentencia de Inconstitucionalidad bajo referencia 40-2009, de fecha 12 de noviembre del año dos mil diez, en donde se apuntó que esta protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro grandes rubros: “a. el acceso a la jurisdicción; b. el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; c. el derecho a una

³⁶² Corte Suprema de Justicia en Pleno, Referencia: 55-COMP-2017 (El Salvador: 2017)

³⁶³ En efecto, en la sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003, esta Sala afirmó que el derecho a la protección jurisdiccional —protección en la defensa por entes jurisdiccionales— se ha instaurado con la esencial finalidad de permitir la eficacia de los derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica de la persona, al permitirle reclamar válidamente, en aquella sede, frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos y a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. 23-2015 Inconstitucionalidad Sala de los Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las once horas con veinte minutos del día veintisiete de mayo de dos mil quince.

resolución de fondo motivada y congruente; y, d. el derecho a la ejecución de las resoluciones.”.

De esta protección emana también el derecho de defensa del imputado, el cual incluye el derecho a obtener de las autoridades judiciales resoluciones motivadas, de modo que el juez que conoce de un proceso, debe exteriorizar las razones de su resolución, es decir, debe explicitar los elementos de convicción y fundamentos jurídicos que lo llevaron a tomar la decisión judicial³⁶⁴.

Así también, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres contempla en su artículo 47 el delito de Obstaculización al Acceso a la Justicia, el cual es un delito especial, que requiere que el sujeto activo tenga una calidad especial de brindar un servicio público, refiniendo el mismo una de las modalidades de violencia en contra de las mujeres reguladas por dicha Ley, como lo es la violencia institucional, manifestándose en la repetición traumática de la experiencia en todas las fases de la investigación, la lentitud y complejidad de los procedimientos en las etapas administrativas y judiciales, así como la mínima prioridad que representan en las políticas y presupuestos gubernamentales.

4.7.3. Mecanismos reales de protección de los derechos de la mujer víctima de violación

El artículo 57 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres establece las garantías procesales específicas que a las mujeres se les confiere cuando se enfrentan a hechos de violencia, derechos que como ya se dijo, deben respetarse en todo tipo de proceso donde comparezca una mujer a quien se le haya violentado su derecho a una vida libre de violencia de todo tipo y modalidad; y para asegurar el

³⁶⁴ De acuerdo a lo establecido, puede afirmarse que el deber de motivación de las resoluciones judiciales, persigue una doble finalidad: por un lado, evitar la arbitrariedad judicial, y por otro, evitar privar a la parte afectada del ejercicio efectivo de los recursos que otorga el ordenamiento jurídico. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 54-2003, (El Salvador: 2004)

respeto de tales derechos se han identificado tres mecanismos de protección jurisdiccional, que pueden garantizar en gran medida 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.

4.7.3.1. Figura del Anticipo de prueba dentro del proceso penal en protección de los derechos de la mujer víctima de violación

Tomando en cuenta lo establecido en el artículo 305 del Código Procesal Penal, relativo al anticipo de prueba testimonial dentro del proceso penal, donde no fuere posible practicar su recibiendo durante la vista pública, deben concurrir los supuestos enumerados por dicho artículo, entre los cuales se encuentra el caso en que exista peligro de la integridad física o amenaza contra la vida del testigo, su cónyuge, padres, hijos o hermanos.

Para ello, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, establece en el literal m) de su artículo 57 la posibilidad para aquella mujer que ha sido víctima del delito de violación y se encuentre en estado de vulnerabilidad y de riesgo inminente para comparecer a rendir su declaración al juicio, de prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado, así como, a utilizar la figura del anticipo de prueba.

4.7.3.2. Implementación del sistema especial de Cámara Gesell en la declaración de la víctima

En nuestro país, la Cámara Gesell tiene su fundamento legal en los artículos 3, 106, numeral 10, letra e), 213 letra b) y 305 del Código Procesal Penal, como una herramienta que debe ser utilizada en todo tipo de proceso, sea judicial o administrativo, que garantiza un ambiente no hostil para la protección reforzada de las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia, pronta, cumplida y no hostil en el sector justicia, así también, como de otras personas que se

encuentran en condición de vulnerabilidad aunque no sean menores de 18 años de edad, como las personas víctimas de trata de personas y las mujeres en situación de violencia de género por su condición de mujer.

La utilización de la Cámara Gesell para recibir la declaración de las mujeres que son víctimas de hechos de violencia, como lo es la violación, es un mecanismo de protección de sus derechos y garantías constitucionales, dando cumplimiento así a lo preceptuado en el literal m) del artículo 57 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, referente a poder rendir su declaración o prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado,

4.7.3.3. Aplicación de un Régimen de Protección a la mujer víctima de violación según la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos

Uno de los fines de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos es el de evitar que se vulneren los derechos y garantías procesales de las personas que intervienen en un proceso penal, por ello, se busca garantizar la eficacia del proceso judicial mediante la protección de las víctimas y testigos y cualquier otra persona que se encuentre en situación de riesgo o peligro, como consecuencia de su intervención en la investigación de un delito o en un proceso judicial, tal como se establece en su artículo 1.

Es por ello que, para poder garantizar los derechos de las mujeres que han sido víctimas del delito de violación, y deban intervenir en las diferentes fases del proceso penal, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres prevé dentro de las garantías procesales de las mujeres que enfrentan este tipo de hechos de violencia, su derecho a que se proteja debidamente su intimidad y se aplique la reserva total o parcial del expediente, para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de sus familiares,

de conformidad al literal e) del artículo 57 de la referida ley; lo cual viene a ser complementado por el artículo 13 literales b) y c) de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, referentes que tienen las personas sujetas a medidas de atención o protección.

CONCLUSIONES

En primer lugar, en El Salvador existen tres mecanismos de protección jurisdiccional que pueden garantizar en gran medida el 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 de las mujeres que son víctimas de cualquiera de las modalidades de violencia contempladas por la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, así como para la protección del derecho de defensa y presunción de inocencia del imputado, siendo la utilización de la figura del anticipo de prueba dentro del proceso penal, y de esta manera salvaguardar la intimidad, la seguridad física y emocional de las mujeres que son víctimas del delito de violación; la implementación del sistema especial de Cámara Gesell al momento de que una mujer que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad y riesgo para rendir su declaración en un ambiente más privado y cómodo; y la aplicabilidad de un Régimen de Protección a la mujer víctima de violación según la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, para proteger su identidad, intimidad y su seguridad física y moral y demás derechos y garantías que la Constitución de la República le confiere.

En segundo lugar, la estipulación probatoria entendida como un acuerdo entre las partes intervinientes en el proceso penal mediante el cual las partes de manera unánime convienen la admisión o la producción total o parcial de una prueba (pericial, documental o mediante objetos), evitando la autenticación prevista en la ley, es uno de los métodos procesales que procuran la celeridad procesal y una tutela judicial efectiva, siendo de vital importancia, cuando se trata de un delito de violación perpetrado en contra de una mujer, se necesita la inmediatez y la rapidez con la que un caso de tal índole puede ser tramitado, a fin de evitar su revictimización y vulneraciones a derechos fundamentales.

En tercer lugar, las diferentes modalidades de violencia reguladas por la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres conlleva ciertos elementos específicos que pueden determinar la concurrencia de manifestaciones de violencia de género o no, es así el caso de la misoginia, la cual debe quedar claro que la misma no es un elemento imprescindible en todos los delitos de violación perpetrados en contra de la mujer, puesto se estaría generalizando erróneamente, que todas las conductas tendientes a menoscabar la integridad sexual de las mujeres son producto del odio al sexo femenino, de discriminación a la mujer, etc.

RECOMENDACIONES

Primero, se recomienda la utilización de los mecanismos de protección jurisdiccional que con los que el Estado salvadoreño cuenta al momento de judicializar los casos relativos al delito de violación en los que una mujer es víctima, extendiendo la implementación y uso del sistema de Cámara Gesell no solo a aquella población menor de edad que ha sufrido un hecho delictivo, sino también a las mujeres general, no importando su edad, puesto que las mismas pueden encontrarse en un estado de vulnerabilidad o riesgo, pudiendo ocasionarse una revictimización de la misma, y más afectación a su salud física y mental que la ya producida.

Segundo, se hace la recomendación de implementarse la herramienta procesal de la estipulación probatoria en debida forma, puesto que es importante que se procuren los derechos fundamentales y garantías procesales de los involucrados en un proceso penal, no obstante, es necesario buscar la celeridad procesal a fin de evitar dilataciones innecesarias en la tramitación de un juicio penal, en donde se necesita resolver con rapidez la situación jurídica del justiciable, como la reparación el daño ocasionado a la víctima.

Tercero, se recomienda establecer más específicamente y claramente los elementos que diferencian una jurisdicción especializada y una común, en la judicialización de los casos relativos al delito de violación cometido en contra de la mujer, puesto que tales conflictos de competencia, se miran envueltos en una dificultad probatoria de los elementos puntuales que constituyen violencia de género y que pueden ser abordados mediante una normativa especial, como lo es la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres o el Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Arroyo de las Heras, Alfonso. Manual de Derecho Penal: El Delito. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.F.

Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: 4ª Ed., 1994.

Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona: 2ª Edición, Ariel, 1991.

Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal, parte general. Bogotá: volumen I, Editorial Temis.

Chávez Mata, Jairo Daniel y Santos Cecilio Treminio Salmerón. Autoría y Participación en el Injusto Penal. San Salvador: Imprenta Universitaria, 2009.

Alvarado Morán, Guillermo A., "Medicina Jurídica", 2da Edición, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2003.

Brown, Guillermo, *Limites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal*, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, 2000.

Caferrata Nores, José I. *La prueba en el Proceso Penal*, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Casado Pérez, José María, *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Poder Judicial, Administración de Justicia, Sistema Judicial, impreso en Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2000.

Couture, Eduardo J. Las Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Impresora Uruguaya. Número 680. Diario de 27-VIII- 1940. Montevideo, 1941.

Couture, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal. Tomo II Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1949.

Estrampes Miranda, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso pena*, 2ed. Editorial. J. M. Bosch. Barcelona, 2004.

Fernández, Diana y otros, "Técnicas de Investigación del Delito", Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, S. Ed. San Salvador 2004.

Hurtado Pozo, José, *Derecho Penal y discriminación de la mujer*, *Anuario de Derecho Penal 1999-2000*, 1ª Edición, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2001.

Laurri Pijoan, Elena y otros, *Ciencias Penales: monografías*, 1ª Ed. , Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2000.

Montoya Reyes, Tania Beatriz, Fiscalía General de la Republica, Manual Operativo Para La Cadena de Custodia, con el apoyo de USAID, Departament Of Justice.

Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis, *Código Penal Comentado*, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, República de El Salvador, 1999.

Ramella, Pablo A., *Crímenes Contra La Humanidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.

Ramírez Torres, Ana Cristina y otros, Formas de Probar la Cadena de Custodia de la Prueba en el Proceso Penal, Consejo Nacional de la

Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Programa de Formación Inicial para jueces, San Salvador, 18 de Junio de 2008.

Sánchez Vásquez, Juan José, *Apuntes Sobre Derecho Procesal Civil*, Ediciones Último Decenio; Ministerio de justicia, San Salvador, El Salvador, 1992.

Silveyra, Jorge, *La Escena del crimen*, Ediciones La Roca, Buenos Aires Argentina, 2007.

Tenca, Adrián Marcelo, *Delitos Sexuales*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Washington Ábalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Cuyo, Tomo III, Buenos Aires Argentina, 2008. 124

Tesis o Trabajos de Grado

Argueta Amaya, Adán Patricio, Asturias Umanzor, Elliot Abraham y González Ventura, Rubén Antonio, *La Violación en menor e incapaz en el departamento de San Miguel 2003-2005*, Tesis de grado, Facultad Multidisciplinaria Oriental , Universidad de El Salvador, San Miguel, El Salvador, 2005

Chávez, Cándida y Rodríguez, Mirna, *Versión preliminar para normalización y estandarización forense de la prueba pericial en víctimas de delitos sexuales*, Tesis de grado para optar al título de especialista en medicina forense, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad Católica UNICA, Managua, Nicaragua, 2007

Pacheco, Sara, Parada, Leonora Elisa y Pérez Ventura, José Matías, *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 grado,

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2007.

Legislación

Constitución de la Republica de El Salvador, Decreto Legislativo No. 38, Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281, publicado el 16 de diciembre de 1983.

Código Penal de El Salvador. Decreto Legislativo No. 1030, Diario Oficial No. 125 105, Tomo No. 335, publicado el 10 de junio de 1997.

Código Procesal Penal de El Salvador. Decreto Legislativo No. 733, Diario Oficial No. 20, Tomo 382, publicado el 30 de enero de 2009.

Ley Especial Integral para una Vida libre de Violencia para las Mujeres. Decreto Legislativo No. 520, Diario Oficial No. 02, Tomo 390, publicado el 4 de enero de 2011.

Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Ratificada por El Salvador el 23 de Noviembre de 1978 y entrando en vigencia el 23 de mayo de 1979.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Decreto No. 1 del 15 de octubre de 1979, Diario Oficial No. 194, Tomo 265 de la misma fecha.

Declaración Universal de Derechos Humanos Acuerdo No. 41 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 13 de noviembre 1979, Decreto No. 25 del 23 de noviembre, Diario Oficial No. 218, Tomo 265

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales Acuerdo No. 43 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 13 de

noviembre 1979, Decreto No. 25 del 23 de noviembre, Diario Oficial No. 218, Tomo 265

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Acuerdo No. 42 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 13 de noviembre 1979, Decreto No. 25 del 23 de noviembre, Diario Oficial No. 218, Tomo 265 126

Convención Sobre los Derechos del Niño. Decreto Legislativo No. 487, Diario Oficial No. 108, publicado el 9 de mayo de 1990.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 48/104 de fecha 20 de diciembre de 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Decreto Legislativo No. 319, Diario Oficial No. 82, Tomo 327, publicado el 5 de mayo de 1995.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Decreto Legislativo No. 430, Diario Oficial No.154, Tomo No. 328, publicado el 23 de agosto de 1995.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Decreto No. 430 del 23 de agosto de 1995, Diario Oficial No. 154, Tomo No. 328 de la misma fecha.

Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños. Dada el 24 de Agosto de 1996, Estocolmo.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobada el 17 de Junio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. El Salvador no es parte del Estatuto de Roma.

Jurisprudencia Institucional

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 321C2018 (El Salvador, 2018 Resolución 53/144 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998)

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo*, Referencia: 32-2019 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (Costa Rica, 2017), 344, párr. 177

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua*, (Costa Rica, 2018)

Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 12-17 (El Salvador, 2017)

Sentencia Definitiva, Referencia: 23-10-02 (El Salvador, 2002)

Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia de Conflicto de Competencia, Referencia: 47-COMP-2017 (El Salvador, 2017)

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Primer informe situacional sobre violencia sexual en niñas y adolescentes*, 1ª Ed. Impreso en Avanti Gráfica, S.A de C.V, San Salvador, El Salvador, 2009.

Revistas

“Revista Internacional de Derechos Humanos”, Número 10, 2009.

Giraldo, Octavio. Revista Latinoamericana de Psicología “El machismo como fenómeno psicocultural”, Número 3, 1972.

Belquis Cecilia Sáez, Revista de la Facultad de Derecho de México. “El método sistemático en la interpretación”, Tomo LXVIII, número 272, México, 2018.

Diccionarios

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*, tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1997.

Voltaire, *Diccionario Filosófico*, 6 volúmenes, Sociedad Editorial Prometeo, Valencia, 1920.

Páginas Web

Huizingalaan, Johan, <https://blog.signaturit.com/es/la-prueba-electronica-y-su-valoracion-por-un-juez-o-tribunal>

Ulloa Hernández, Marie Justine,
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/3e69b6f1d9df5d430625768700745ecd?OpenDocument>.

Alvarado Romero, Sofía del Carmen,
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/fa264cb5e6d61d65062576c600675c81?OpenDocument>.

Alvarado Romero, Sofía del Carmen,
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/fa264cb5e6d61d65062576c600675c81?OpenDocument>.