

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES**  
**PERMANENTE Y TRANSITORIA**

**ACUERDO PLENARIO N° 4-2015/CIJ-116**

**FUNDAMENTO:** Artículo 116° TUO LOPJ.

**ASUNTO:** Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

**ACUERDO PLENARIO**

**I. ANTECEDENTES**

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIANA PASTRANA, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en las sesiones de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Renzo Riega Cayetano.

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

5°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda a las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **§ 1. La prueba pericial**

6°. En el proceso penal, frente a problemas acerca de la determinación de la causa de la muerte, el tipo de sangre, el daño psicológico, etc., no es suficiente el conocimiento privado del juez, sino que se requiere que un profesional calificado explique la materia desconocida [JAUCHEN, Eduardo M: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 375]; el perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria [ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires,

2000, p. 238]. Por ello, a la prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [CAFERATTA NORES, José: *La prueba en el proceso penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 53] –ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia –y de las explicaciones del perito en el acto oral– sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos [ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 239].

7°. La prueba pericial tiene un aspecto documental referido a la redacción de los métodos usados para llegar a la conclusión que se presenta respecto del objeto peritado –que está precedido de la actividad perceptiva y analítica del perito–. Además, necesita de un órgano de prueba, el cual es necesario que comparezca al juicio y explique el significado de su pericia –que es lo que define su carácter de prueba personal, en cuanto declaración de conocimiento del perito–. Los casos en el proceso de conocimiento técnico-científico que se sitúan fuera de la cultura media que el juez normalmente posee no son nuevos, de allí que el problema de la prueba pericial se presenta en términos bastante diferentes y complejos.

8°. Más allá de la importancia de este acto procesal, es necesario que la Corte Suprema establezca reglas generales sobre la valoración de la prueba pericial, sin poner el acento exclusivamente en ciertos aspectos, tales como quién designa al que labora el dictamen pericial (oficial o de parte). Es evidente que las reglas de la sana crítica, los conocimientos científicos o técnicos se aplican, en la valoración del dictamen emitido por el perito oficial designado por el Ministerio Público, o por el juez, según el caso, o, por las partes procesales, sin que necesariamente deba prevalecer el primero, aunque goce, en su origen, de mayor objetividad sobre el de parte, en la medida que es escogido por quien puede controlar el resultado. Lo decisivo es la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia y la mayor o menor fundamentación del perito [ABEL LLUCH, Xavier: *Valoración de los medios de prueba en el proceso civil*. Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>].

Asimismo, como afirma ANDRÉS IBÁÑEZ, también el trabajo de profesionales, incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su imparcialidad subjetiva (caso de los peritos de oficio), está expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva [ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto / TARUFFO, Michele: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 89].

Lo expuesto no hace sino destacar las dos notas características del perito: (i) imparcialidad –el perito oficial puede ser recusado en caso de parcialidad, a lo que es ajeno el perito de parte– y (ii) la fiabilidad –cualidad común a ambos peritos que

depende de la apreciación de su dictamen y de las ulteriores explicaciones en el acto oral, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional [conforme: STSE de 5 de marzo de 2010].

## **§ 2. Etapas de la actividad probatoria pericial**

9º. La investigación preparatoria es una etapa procesal previa al enjuiciamiento, encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor, donde se practican variados actos de investigación y se adoptan medidas de distinta naturaleza. La pericia, por el tiempo que requiere su elaboración, se practica regularmente en dicha etapa procesal –sus pasos referidos al análisis del objeto peritado y aplicación de la metodología científica o técnica correspondiente, así como a la elaboración del informe o dictamen pericial–. En este procedimiento, el Ministerio Público recolecta los elementos de convicción –materiales de instrucción– que fundamentarán una futura acusación o la propia defensa, y por el plazo con que se cuenta de ciento veinte días más sesenta en el proceso común y de ocho meses, prorrogables a ocho meses más en casos complejos. Excepcionalmente, la pericia puede realizarse después, incluso durante el desarrollo del juicio oral –siempre que lo permita el principio procedimental de concentración– cuando la entidad o característica del delito la justifique, cuando la información para elaborarla recién se haya obtenido, o cuando por su complejidad no se haya podido terminar durante la investigación.

10º. Para la actividad pericial, como establece el artículo 173º del NCPP, el juez o fiscal competente según la etapa del proceso, nombrará un perito –salvo el caso de las instituciones dedicadas, por su objeto, a la labor pericial–. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado. Este prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento.

La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando para su determinación al perito y a las partes. El artículo 176º del NCPP establece que el perito tiene acceso al expediente y demás pruebas materiales que estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido.

11º. El artículo 178º del NCPP determina el contenido del informe pericial oficial: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. d) La motivación o fundamentación del examen técnico. e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma.

La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: a) La información en cualquier soporte para elaborarla –es la percepción o reconocimiento del objeto

peritado: actividad perceptiva-. b) El informe escrito –que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico-. Y c) La sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado.

Como se sabe, en el caso de pericias institucionales, en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los gabinetes, laboratorios y servicios técnicos de las entidades públicas especializadas, se propicia la validez *prima facie* de sus dictámenes e informes, sin necesidad de su ratificación en el juicio oral, siempre que no haya sido objeto de impugnación expresa, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria, siempre, claro esta, que ésta no sea meramente retórica o abusiva [conforme: SSTSE de 29 de enero de 2004 y de 2 de noviembre de 2006].

12°. Una vez efectuada la pericia, de acuerdo a las pautas que establece la Ley Procesal Penal, el fiscal podrá ofrecerla como medio probatorio que acredita su acusación o la defensa como descargo, o incluso ofrecer una pericia de parte. El análisis que se hace para la admisión de los medios de prueba en la audiencia de control de acusación, de conformidad con el artículo 352° del NCPP, solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, sólo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento, y si es compatible con el fin propuesto, así como si no es sobreabundante.

Ese es el marco de decisión porque esta etapa tiene por función analizar la viabilidad del juicio oral y no la valoración de la prueba que se hace en el juicio oral.

13°. El juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se “resuelve” o “redefine” de un modo definitivo el conflicto [BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 233]. Al ser el escenario clave o central del proceso penal, es donde las partes aportan todos los datos para valorar la prueba que presentan y el juez obtenga un resultado probatorio con el que realizará la reconstrucción de los hechos relevantes.

14°. Es en esta etapa que el informe pericial es oralizado, el perito es examinado y ambos debatidos contradictoriamente. El apartado 5) del artículo 378° del NCPP estatuye que “el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial (...)”. Por otra parte, el apartado 1) del artículo 181° del NCPP dispone que “el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión”.

### § 3. Criterios para la valoración de la prueba pericial

15°. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

16°. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

17°. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede “descalificar” el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.

En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia [BANACLOCHE PALAO, Julio: *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 268].

Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre].

Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad.

18°. Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "Pruebas científicas y estándares de calidad", en *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] –sobre la base de la experiencia judicial norteamericana– ha propuesto los criterios siguientes:

- A) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
- B) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.
- C) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.
- D) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Este criterio de la aceptación general "general acceptance" deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [SANDERS, Joseph: "La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos", en *Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. 110].

19°. A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas.

20°. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas

en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica.

21°. No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172° del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N° 03-2012-CG/GCAL).

22°. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial:

- A) La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte.
- B) El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral. Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó.
- C) Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo.
- D) Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

23°. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [TARUFFO, Michele: *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100].

Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fático o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [CLIMENT DURAN, Carlos: *La prueba penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da.edición, 2005, p. 847].

#### § 4. El examen médico legal en delitos sexuales

24°. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [PACHECO DE LA CRUZ, José Luis/ PACORA PORTELLA, Percy/DE LA CRUZ CHAMILCO, Nancy/ DÍAZ CUBAS, Noelia: *Violencia y abuso sexual contra la mujer: Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente*. Disponible en línea: <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/números/2012/oct-dic/189-197.html>].

25°. En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, acto contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo. El profesional examinador, además de apreciar estas zonas físicas, deberá obtener todo vestigio material que se relacione con este delito, tal como vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros. Siendo el pene, los dedos u otros objetos duros de superficie roma, agentes clasificados como contundentes, se observarán lesiones denominadas contusas. Así, pues, las lesiones del himen relacionadas a un abuso sexual serán identificadas y evidenciadas como desgarros o laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal.

26°. Respecto al examen proctológico, la exploración médica implica la inspección del área perianal. Se inicia en el esfínter anal, observando sus características, que pueden ser alteradas por la violación anal en el siguiente sentido: borramiento de pliegues del esfínter por edema traumático, desgarros, fisuras, despulimiento de las mucosas [GRANDINI GONZALES, Javier: *Medicina forense*, Mc. Graw Hill, México D.F., 2010, p. 101].

27°. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar

capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennización del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

### § 5. La pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio

28°. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos [UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS, FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: *Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonios*, Santiago de Chile, 2008, p. 37].

29°. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente [DE GREGORIO BUSTAMANTE, Álvaro: *Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas*. Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208.]:

- A) El evaluado tiene capacidad para testimoniar.
- B) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
- C) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.
- D) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.
- E) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30°. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

- A) Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).
- B) Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

31°. Sin embargo, es pertinente precisar: **Primero**, que la valoración de esa modalidad de pericia psicológica presupone una declaración prestada en forma legal, y con todas las garantías procesales y constitucionales. **Segundo**, que el análisis crítico del

testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. **Tercero**, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. **Cuarto**, que el informe pericial no puede decir, ni se les pide que lo hagan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad, la cual es tarea del órgano jurisdiccional que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación [conforme: STS de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio].

#### **§ 6. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales**

**32º.** El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento –que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado– y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, “Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos”, en *Psicothema*. Vol. 14(2002), pp. 139 y 140].

**33º.** La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés postraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión [ASENSI PÉREZ, Laura Fátima: “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* N° 21, enero-junio de 2008, p. 19].

**34º.** De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado; es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, “Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos”, en *Psicothema*. Vol. 14 (2002), p. 140]. Por esta razón, la pericia

psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial [POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Criminalística, Dirección de Criminalística*, Lima, 2006, p. 356].

35°. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ii) historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, iii) examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos, iv) reactivos psicométricos (pruebas psicológicas).

36°. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto:

A) La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.

B) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.

C) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.

D) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M. Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover, test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.

E) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes<sup>1</sup> no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas<sup>2</sup> tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difícil de falsear porque son pruebas enmascaradas [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, Paz: "Auto informes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas", en *Análisis y modificación de conducta*, Vol. 29. N° 126 (2003), pp. 139 y 140.

<sup>1</sup>Los autoinformes son cuestionarios que consisten en listas de preguntas sobre formas de conducta, referencias personales, sentimientos, actitudes, opiniones, etcétera, los errores se presentan por ignorancia sobre lo que se pregunta, falta de motivación para responder, simulación, deseabilidad social (aparentar) distorsiones de la memoria.

<sup>2</sup>En éstas también hay errores por cuanto no hay baremos estandarizados para hacer entrevistas, el entrevistador puede anotar síntomas inexistentes, no percatarse de indicios no verbales clínicamente significativos, inducir respuestas, etc.

Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios [DEMUS: *Justicia de género. Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado*, Demus, Lima, 2010, p. 6].

37°. Como se ha fundamentado, para la realización de las tres pericias analizadas es necesario comprobar su solvencia o confiabilidad científica, según su naturaleza, para asignarle valor debiendo atenderse los criterios expuestos.

### **III. DECISIÓN**

38°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

#### **ACORDARON:**

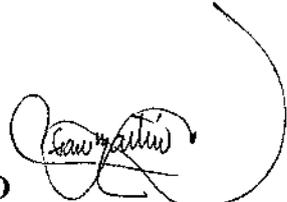
39°. **ESTABLECER** como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15° al 36° del presente Acuerdo Plenario.

40°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

41°. **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, sólo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

42°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial *El Peruano*.  
Hágase saber.

Ss.

  
**SAN MARTÍN CASTRO**

  
**VILLA STEIN**

  
**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRIGUEZ TINEO**

**PARIONA PASTRANA**

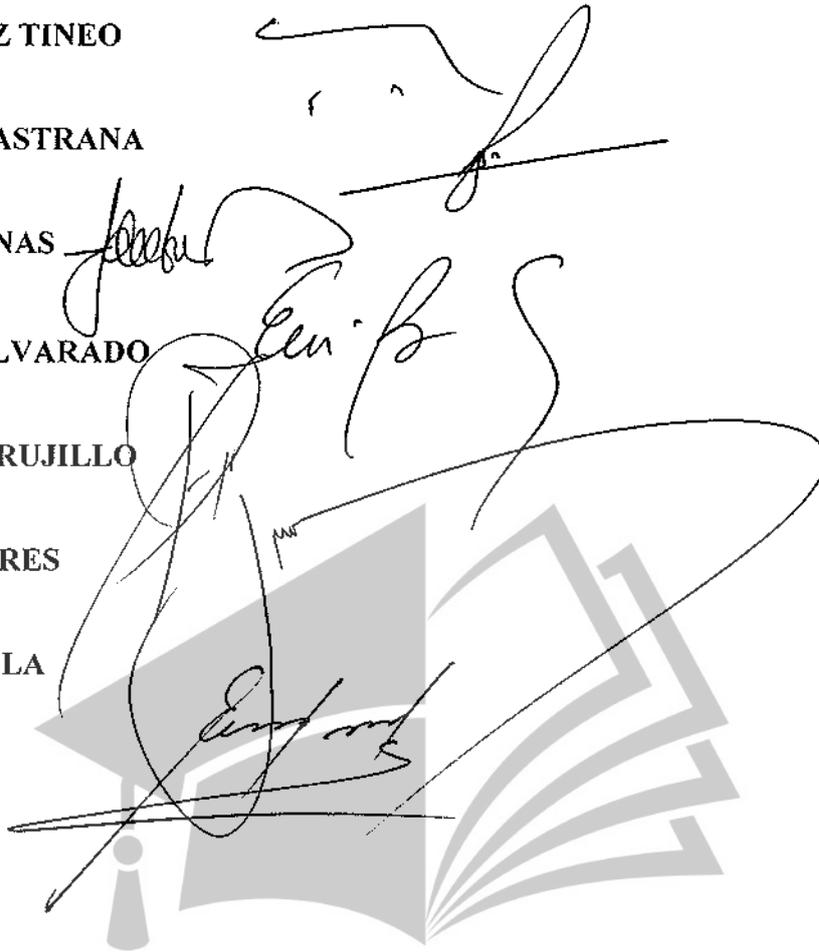
**SALAS ARENAS**

**BARRIOS ALVARADO**

**PRINCIPE TRUJILLO**

**NEYRA FLORES**

**LOLI BONILLA**



metodológicas aceptadas por el Tribunal Constitucional en la STC número 12-2006-AI, F.J. 32, de 15-12-2006, la limitación que entraña el citado artículo 161 del Código Procesal Penal al derecho de los reincidentes y habituales de acogerse a una disminución de la pena por su cooperación con la justicia, no es idónea para lograr el apoyo del imputado al esclarecimiento de la justicia –que sea reincidente o habitual no dice nada respecto a su admisión de los cargos–, tampoco es necesaria porque el objetivo propuesto por la norma, por el contrario, se dificulta con ese impedimento y, finalmente, no es estrictamente proporcional porque no existe equivalencia entre el objetivo de atender a la colaboración con la justicia y la exclusión impuesta, pues desalienta esa finalidad sin beneficio tangible alguno para la sociedad.

En consecuencia, el artículo 161 del Código Procesal Penal, en cuanto excluye de la disminución de pena por confesión a los reincidentes y habituales, no debe ser aplicado por los jueces ordinarios por vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad en relación con los derechos afectados por una indebida exclusión de la aminoración de pena.

### III. DECISIÓN

24.º En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

#### ACORDARON

25.º **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 a 15 y 17 a 23 del presente Acuerdo Plenario.

26.º **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

27.º **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

28.º **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. **HÁGASE** saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERÓN CASTILLO

J-1576279-4

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

#### ACUERDO PLENARIO N.º 5-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ

**ASUNTO: Delitos de Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. *Ámbito procesal:* Ley N.º 30364.**

Lima, doce de junio de dos mil diecisiete.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

#### ACUERDO PLENARIO

##### I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.º El X Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis que necesitan de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas, se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. De ellas, en la sesión de 31 de agosto de 2016, se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas: 1. Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad. 2. Participación del *extraneus* en delitos especiales. 3. Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

En la sesión del 7 de septiembre de 2016 se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en la Audiencia Pública.

3.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Hicieron uso de la palabra sobre el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores abogados: Branko Yvancovich Vásquez, Ivonne Macassi León, Jesús Heradio Viza Ccalla y Cristian Roberto Carlos Becerra.

4.º La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a los señores Barrios Alvarado (coordinadora), San Martín Castro y Salas Arenas para la formulación de las ponencias referidas a "los delitos de violencia contra la mujer y de miembros del entorno familiar". En atención a la amplitud de la temática examinada, solo fueron objeto de examen tres subtemas: el delito de feminicidio, las lesiones psicológicas y aspectos procesales de los delitos materia de la Ley antes citada.

5.º Presentada la ponencia pertinente, sobre los aspectos procesales de los indicados, a cargo del señor San Martín Castro; integrados al Pleno los señores Jueces Supremos, titulares y provisionales, como consecuencia de la creación de la Segunda Sala Penal Transitoria; tomado conocimiento

por los magistrados que se incorporaron al Pleno de los informes orales a través del vídeo de la audiencia pública; y, realizadas diversas sesiones de presentación de la ponencia, análisis, debate, deliberación y votación, en la fecha se acordó preferir el presente Acuerdo Plenario.

6.º Este Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. Aspectos generales de la Ley 30364 y su Reglamento

7.º La Ley número 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (en adelante, la Ley), de 23-11-2015, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número 009-2016-MIMP (en adelante, el Reglamento), de 27-7-2016, tiene un impacto relevante en el Derecho Penal y Procesal Penal.

∞ La Ley no solo (i) estableció lo que debe entenderse por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar –al igual que sus modalidades o tipología, en tanto entiende que ese tipo de violencia, en especial contra la primera, se expresa en un contexto de dominación y, por ello, merece una protección penal reforzada–, y (ii) orientó acerca de los enfoques necesarios para su interpretación y aplicación –entre los que destacan los enfoques de género, integralidad, interculturalidad y de derechos humanos– (artículos 1, 3, 5, 6 y 8); sino que, en lo pertinente, (iii) configuró una amplia gama de medidas de protección y coercitivas civiles –que rotula de “cautelares”–, así como (iv) instauró medidas de seguridad y tratamiento que el juez penal debe imponer, tanto para el agresor cuanto para la víctima.

∞ El artículo 8 de la Ley describió puntualmente los tres tipos de violencia contra la mujer: física, psicológica y económica o patrimonial, que han sido precisadas y, hasta cierto punto, ampliadas por el Decreto Legislativo número 1323, de 6-1-2017, en el ámbito de la violencia psicológica al excluir el daño síquico como resultado necesario de la violencia psicológica, al introducir expresamente la conducta omisiva, y al comprender las acciones u omisiones que tienden a humillar, estigmatizar y estereotipar a la víctima.

∞ De otro lado, la Ley, procesalmente, (i) constituyó especialidades procedimentales en materia de prueba, (ii) introdujo nuevas reglas de estructuración de la sentencia penal, así como (iii) vinculó el proceso penal con el proceso de protección o cautelar incoado en sede de la justicia de familia.

8.º La Ley, en el ámbito del Derecho Penal material, modificó parcialmente el Código Penal, Parte General y Parte Especial. Sus términos, en lo relevante, son los siguientes:

∞ En la Parte General, como fundamento de la determinación de la pena, estatuyó que el juez penal debe tener en cuenta: “*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad*” –el subrayado es nuestro– (artículo 45 del Código Penal). La vulnerabilidad tiene una definición legal amplia, que se centra en aquellas personas que “[...] se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (artículo 4.4. del Reglamento). La Ley, además, creó una circunstancia agravante genérica cualificada, circunscripta al agente que, para delinquir “[...] se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima” (artículo 46-E del Código Penal).

∞ Es pertinente destacar, respecto de las indicadas reformas, primero, que su fundamento se encuentra en la circunstancia de indefensión en que las víctimas se encuentran por razón de su edad, incapacidad o situación; segundo, que, en relación con la mujer, la gravedad del injusto se debe a que se trata de una violencia claramente cultural, con efectos discriminatorios de esta frente a su agresor; y, tercero, que la expresión “vulnerabilidad” lleva a cabo una función de objetivación de las características de la víctima, de forma que únicamente se exija al agresor

el conocimiento del carácter vulnerable de aquella, sin requerir que además este tuviera la intención de aprovecharse de tal circunstancia [SIERRA LÓPEZ: “La expresión ‘persona especialmente vulnerable’ en el ámbito de la violencia de género”. En: *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género* (Núñez Castaño: Directora), 2009, pp. 212-213].

∞ El Decreto Legislativo número 1323, de 6-1-2017, incorporó una circunstancia agravante genérica en el artículo 46.2, n) del Código Penal. La norma se refería, entre otros supuestos, a la víctima siempre que sea niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad o adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia. En estos casos, conforme al artículo 45-A del Código Penal, la pena concreta será determinada –si no concurren tanto circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, como, desde otra perspectiva, circunstancias específicas–, dentro del tercio superior o, si concurre con una circunstancia de atenuación, dentro del tercio medio.

∞ En la Parte Especial, siguiendo la lógica impuesta con motivo de la incorporación al ordenamiento punitivo del delito de feminicidio (inicialmente comprendido en el artículo 107 del Código Penal, por la Ley número 29819, de 27-12-2011, como una modalidad de parricidio, pero luego autonomizado por la Ley número 30068, de 18-7-2013, y ampliado por la Ley número 30323, de 7-5-2015: artículo 108-B del Código Penal), sancionó como circunstancia agravante específica de los delitos de lesiones graves y leves los mismos supuestos antes agregados y los extendió al entorno familiar (artículos 121-A, 121-B y 122 del Código Penal). Por último, en concordancia con la definición de *violencia psicológica* establecida en el artículo 8, literal b), de la Ley, instituyó una regla para la calificación de la lesión psicológica en faltas, lesiones leves y lesiones graves, y reconoció el gran valor que a estos efectos le corresponde a la labor pericial. El Reglamento, incluso, encargó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses establecer los parámetros médicos legales para la calificación del daño físico, psicológico y psíquico (Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento), los cuales han sido fijados mediante las guías pertinentes por el referido Instituto y aprobadas por la Fiscalía de la Nación por Resolución número 3963-2016-MP-FN, de 8-9-2016.

∞ El Decreto Legislativo número 1323, de 6-1-2017, hasta el momento la última norma en vigencia –cuyos aspectos de mayor polémica pública no están vinculados a los puntos que a continuación se consignan, y que han dado lugar a un proyecto de ley aprobado por el Congreso, hasta la fecha no promulgado–, presenta, en lo pertinente, los siguientes cambios:

Primero, incorporó, en el ámbito de las circunstancias agravantes de feminicidio, cuando la víctima es adulta mayor, cuando fue sometida a cualquier tipo de explotación humana –no solo de trata– o cuando el feminicidio se cometió a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado; además, extendió las incapacitaciones del artículo 36 del Código Penal, no solo la señalada en el inciso 5).

Segundo, agregó, como supuestos del delito de lesiones graves (artículo 121 del Código Penal), cuando la agresión determinó un nivel grave o muy grave de daño síquico, o cuando se genere una afectación psicológica como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho. Asimismo, introdujo como agravantes de segundo grado cuando la víctima es servidor civil y es lesionada, como en los otros supuestos ya existentes, y la agresión se produjo en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas; cuando la víctima es una persona menor de edad, adulta mayor o discapacitada y el agente se aprovechó de dicha condición; cuando el agente utilizó un arma, objeto contundente o instrumento con capacidad de poner en riesgo la vida de la víctima; y, cuando el delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

Tercero, añadió semejantes circunstancias de agravación en el delito de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar: artículo 121-B del Código Penal, al igual que en el delito de lesiones leves: artículo 122 del Código Penal, y en las faltas de maltrato: artículo 442 del Código Penal.

Cuarto, fijó los criterios técnicos y, esencialmente, de apoyo pericial para fijar el nivel de daño síquico y de afectación psicológica: artículo 124-B del Código Penal.

Quinto, excluyó de la excusa absolutoria por delitos patrimoniales (hurtos, apropiaciones, defraudaciones o

daños), "cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar": artículo 208 del Código Penal.

∞ La Ley también (i) incorporó medidas de seguridad obligatorias, que se imponen conjuntamente con la pena, a semejanza del tratamiento terapéutico para delitos sexuales –de fuente francesa– fijado por el artículo 178-A del Código Penal. El artículo 20.3 de la Ley ordenó el tratamiento especializado al condenado, que según el artículo 37.3.4 del Reglamento es "reeducativo o terapéutico", lo que en todo caso será definido o concretado por los peritos correspondientes. De igual manera, (ii) estipuló un tratamiento terapéutico a favor de la víctima (artículo 20.2. de la Ley), en coherencia con el hecho de que el artículo 10, literal c), de la Ley indicó que la atención y recuperación integral de la salud física y mental de las víctimas de violencia es un derecho y le corresponde prestarlo a los establecimientos de salud del Estado. Esto último es a lo que se denomina, más ampliamente, "medidas de carácter social", las cuales (i) comprenden derechos de asistencia y de protección, de asistencia jurídica, de derechos laborales y derechos educativos; (ii) importan la creación de servicios de atención y prevención contra la violencia, y abarcan la creación de hogares de refugio temporal; y (iii) institucionalizan servicios de reeducación de las personas agresoras (artículos 9-12 y 27-32 de la Ley).

9.º La Ley, en la esfera del Derecho Procesal Penal, introduce nuevas normas y modifica el CPP.

En el primer espacio:

A. En caso de sentencia absolutoria, permite que las medidas de protección a favor de la víctima puedan continuar, pero sujetas a un término determinado que se fijará en la sentencia, no así las medidas de coerción civiles que cesan en el acto.

B. En caso de sentencia condenatoria, dispone la continuidad y modificación de las medidas de protección, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima, el tratamiento especializado al condenado, la continuidad o modificación de las medidas coercitivas civiles, la emisión de providencias de implementación del cumplimiento de las medidas de protección y de cualquier otra medida a favor de las víctimas o sus deudos (artículo 20).

C. Prohíbe la confrontación entre víctima y agresor –en pureza, "careo", conforme con el artículo 182 del Código Procesal Penal–. Estatuye que la reconstrucción, de ser el caso, se realice sin la presencia de la víctima, salvo que ésta, siempre que sea mayor de catorce años de edad, lo solicite, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194, apartado 3), del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, esto es, que tal diligencia no la afecte psicológicamente (artículo 25).

D. Los certificados de salud física y mental, que expidan los médicos de los establecimientos públicos de salud del Estado –nacional, regional y local–, tienen valor probatorio, al igual que los expedidos por los centros parroquiales y privados autorizados por el Ministerio de Salud, en tanto cumplan con los parámetros médico legales fijados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En esa línea, los informes psicológicos de los Centros Emergencia Mujer y otros servicios del Estado de salud mental también tienen valor probatorio –se entiende, bajo las pautas arriba indicadas–. No se requiere, además, que esas pericias sean objeto de examen pericial –se utiliza el término ya superado de "ratificación pericial"– (artículo 26), lo que en buena cuenta se les homologa al carácter de "pericia institucional".

10.º En el segundo espacio, el cambio esencial es el siguiente:

∞ Modifica el artículo 242 CPP, sobre los supuestos de la prueba anticipada. Introdujo el literal d), en el apartado 1, en que sin necesidad de un motivo específico de indisponibilidad o irrepetibilidad, procede anticipar prueba en los casos de declaraciones de niños, niñas y adolescentes agraviados en los procesos por delitos de trata de personas, violación contra la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad. Una modalidad especial de actuación de la referida prueba personal es la intervención de psicólogos especializados –quienes intervienen en ella pero no la dirigen, en tanto se trata de una potestad exclusivamente jurisdiccional– "[...] en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público" (modalidad parecida a la prescrita en el artículo 171.3 CPP).

∞ Cabe acotar lo insólito del último extremo del aludido enunciado normativo, pues las actuaciones judiciales se realizan regularmente en las instalaciones del Poder Judicial, no de una institución ajena a la institución judicial, menos del órgano acusador –más allá de la posible explicación presupuestal que entraña–. Ello, por consiguiente, obligará al Poder Judicial a implementar Salas de Entrevistas propias y bajo sus específicos parámetros de ordenación procesal, pues de otra forma no se cumpliría a cabalidad el rol directivo del proceso por el juez y su condición de órgano suprapartes.

10.º El Reglamento regula, de modo específico, lo relativo a las medidas de protección, a su variabilidad, así como a la consideración de reglas de conducta (artículo 55) que le atribuye, de suerte que, de ser así, permitirá la revocatoria de la suspensión condicional de la pena o de la reserva del fallo condenatorio y, adicionalmente, por expresa remisión legal, del procesamiento penal del culpable en caso de incumplimiento.

∞ Las medidas de protección (i) deben entenderse como medidas provisionales que inciden, de uno u otro modo, en el derecho a la libertad del imputado –y también, según la Ley, en el derecho de propiedad, aunque en este caso su calidad cautelar es indiscutible–, y buscan proteger a la víctima de futuras y probables agresiones, con lo que cumplen su función de aseguramiento y prevención [GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2015, p. 700]; (ii) buscan otorgar a la víctima la debida protección integral frente a actos de violencia [DÍAZ PITA, "Violencia de Género: el sistema de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas". En *Estudios* (...), Valencia, p. 338]; (iii) inciden en el *periculum in damnum* –peligro fundado en la reiteración delictiva–, pero es apropiado enfatizar que apuntan a otorgar a la víctima la protección necesaria para que pueda hacer efectivo el ejercicio cotidiano de sus derechos [FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Madrid, 2009, p. 73].

∞ Tres son sus notas características. Primera, son aquellas que se reconocen en el artículo 22 de la Ley y 37 del Reglamento, entendiéndose como medidas específicas. Segunda, incoado el proceso penal, bajo la dirección del juez penal, también pueden imponerse, sin perjuicio de aquellas, otras previstas taxativamente en los artículos 248 y 249 CPP. Tercera, como medidas provisionales, están sujetas al principio de variabilidad, como lo definen el artículo 41 del Reglamento y, especialmente, el artículo 250 CPP.

∞ Siendo provisionales, las medidas de protección están sujetas a los principios de intervención indiciaria (sospecha razonable de comisión delictiva por el imputado) y de proporcionalidad (cumplimiento de los subprincipios de necesidad, adecuación y estricta proporcionalidad –en orden a los fines de protección: aseguramiento y prevención–). La revocatoria de la medida y la aplicación de una medida de restricción más intensa de la libertad –expresión de su variabilidad–, se tendrá en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar [GIMENO SENDRA, *Obra citada*, p. 700].

∞ De otro lado, el Reglamento instaura reglas de valoración de la prueba respecto de la declaración de la víctima en delitos de violencia sexual –y de otros actos de violencia descritos en la Ley, en cuanto sean pertinentes (artículo 63)–, tanto en el plano de la apreciación del consentimiento y su credibilidad (artículo 61), como en relación a la persistencia de la sindicación de la víctima –a su relativización, en todo caso– (artículo 62).

## § 2. Aspectos de Derecho procesal de la Ley 30364 y su Reglamento

11.º Los cambios generados en la legislación procesal penal, desde luego, serán materia de los debates y estudios jurídicos respectivos, y de las oportunas interpretaciones y criterios de aplicación por los jueces en los casos sometidos a su conocimiento. No es posible ni deseable abarcar en este Acuerdo Plenario, con carácter definitivo, la amplia gama de situaciones procesales a los que tendrá lugar esta normatividad en los procesos penales concretos.

Por ello, en función a las exigencias más acuciantes del momento, solo será conveniente abordar dos temas: a) la declaración de la víctima y b) su valor probatorio, en el nuevo ordenamiento procesal penal.

12.º **Declaración de la víctima.** El Código Procesal Penal parte de una premisa fundamental en materia de las actuaciones de la investigación preparatoria, sancionada en el artículo IV del Título Preliminar CPP. Establece, al respecto,

que “Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición”. En esta misma perspectiva, el artículo 325 CPP dispone que: “Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de actos de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles [prueba preconstituida] cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código”.

∞ La prueba documental y las diligencias documentadas –prueba “documentada”– susceptibles de oralización en el juicio oral, desde lo previsto en el citado artículo 325 CPP, están indicadas en el artículo 383 CPP. Según esta última norma procesal se oralizan, entre otras, primero, las actas que contienen la prueba anticipada –bajo los términos del artículo 384 del citado Código–; y, segundo, las actas que contienen diligencias objetivas e irreproducibles, de suerte que toda acta o diligencia distinta de ese listado no puede ser incorporada al juicio, pues, de ser así vendría en inutilizable –categoría procesal de origen italiano–, por imperio del artículo 393.1 CPP. La oralización de las declaraciones prestadas en sede de investigación preparatoria solo es posible en los marcos descritos en los artículos 376.1 CPP (imputados) y 378.6 CPP (testigos y peritos).

∞ La prueba anticipada, en cuanto modalidad de prueba sumarial, está condicionada al cumplimiento de los requisitos de (i) indisponibilidad o irrepeticibilidad del acto y (ii) urgencia. Estos requisitos se exceptúan –o mejor dicho, se entienden cumplidos *iure et de iure*– en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos de trata, violación de la libertad personal, de la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad personal, que es uno de los cambios trascendentes de la Ley en el aspecto procesal.

La aceptación y actuación de la prueba anticipada está sujeta a un trámite previo de admisibilidad y, luego, al necesario concurso en su actuación del Fiscal y del defensor del imputado, así como de las demás partes procesales –lo que presupone, por lo menos, una definición en su actuación de la individualización del sujeto pasivo del procedimiento penal (imputado y defensor; si no tiene designado uno, la diligencia se entenderá con el abogado de oficio) y, por cierto, de la víctima, cuya asistencia jurídica impone la Ley–, conforme lo estipula el artículo 245.1 y 2 CPP. Queda claro que esta prueba, por las lógicas de necesidad y urgencia de su actuación, puede ser solicitada no solo en sede de investigación preparatoria formalizada y del procedimiento intermedio, sino también en el ámbito de las diligencias preliminares. No existe ninguna prohibición legal al respecto ni exigencia previa de procedibilidad.

13.º Desde el punto de vista de la legalidad o licitud de la declaración de la víctima –juicio de valorabilidad–, esta, para ser considerada jurídicamente prueba o prueba lícita, debe ejecutarse mediante el supuesto de anticipación probatoria del artículo 242 CPP o, en su defecto, bajo la regla general, con las especialidades correspondientes, de actuación en el juicio oral (cfr.: artículos 171.3, 380 y 381.2 CPP), sin que ello obste a que se reciba una manifestación –o registro de información– en sede de investigación preparatoria con el mero carácter de acto de investigación. Las notas de contradicción efectiva –de carácter plena– y de intermediación judicial –de carácter relativa cuando se actúa en vía de anticipación probatoria, pues se hace ante un juez distinto del juez de enjuiciamiento–, explican esta exigencia legal, que se enraizan en el respeto de las garantías del debido proceso y defensa procesal.

14.º Es verdad que el artículo 19 de la Ley estatuye que la declaración de la niña, niño, adolescente o mujer –incluso de la víctima mayor de edad– se practicará bajo la técnica de entrevista única y que su ampliación, en sede de Fiscalía, solo cabe cuando se trata de aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración. No obstante, cabe acotar que esa norma no puede imponerse a lo que la misma Ley consagra al modificar el artículo 242 CPP, y al hecho de que la declaración en sede preliminar no tiene el carácter de acto o medio de prueba.

∞ Esta disposición, en todo caso, solo rige para los procedimientos no penales de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Para los procesos penales, como no puede ser de otra forma, son de aplicación

las reglas del Código Procesal Penal y sus respectivas modificatorias. Además, cabe aclarar que no es que en el primer caso se trate de prueba preconstituida –como indica la Ley–, sino de una modalidad *sui generis* –y ciertamente opinable– de prueba anticipada, sin intervención del juez. La prueba preconstituida, por su propia naturaleza, más allá de su indisponibilidad o irrepeticibilidad y urgencia –con casi exclusión del principio de contradicción en su actuación, por obvias razones–, está referida, con la salvedad de las pruebas personales, a las pruebas materiales, a los documentos, a las diligencias objetivas e irreproducibles (recogida del cuerpo del delito, aseguramiento de documentos, inspección cuando no se identificó aun al imputado, actos de constancia policial inmediata, diligencias alcoholimétricas, fotografías, planos, etcétera).

∞ Las citadas disposiciones legales, por lo demás, obligan al Ministerio Público a trazar una adecuada estrategia procesal para el aporte de la declaración de la víctima, esencialmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, que por su edad son especialmente vulnerables. Está claro que se debe obtener información de las víctimas para el desarrollo del procedimiento de investigación preparatoria –muchas técnicas de acceso a su información pueden articularse más allá de la tradicional “manifestación”–, pero su declaración con carácter probatorio, si se pretende que sea única, con evitación de la criminalización secundaria, deberá obtenerse bajo el sistema de anticipación probatoria o, en su defecto, esperar al juicio oral; dato último que, por lo que cabe entender, en función a las estructuras de presión familiar y de dificultades reales de un apoyo integral, con un adecuado sistema de protección –que es de esperar sea efectivo–, no es especialmente recomendable.

∞ La información que proporciona un órgano de prueba –prueba personal– debe cumplir con dos exigencias: *contradicción* –la más importante y no excluye– e *intermediación*.

15.º **Valoración de la declaración de la víctima.** La regla general de valoración probatoria es la contemplada en el artículo 158.1 CPP: “En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia [...]”. A este principio el artículo 393.2 CPP denomina, siguiendo la tradición hispana, reglas de la sana crítica.

∞ El juez, sin duda, es libre para decidir, según la prueba actuada, acerca de los hechos objeto del proceso penal. La sentencia penal debe estar fundada en la verdad, entendida como coincidencia con la realidad –o, mejor dicho, elevada probabilidad de que hayan ocurrido los hechos–. Para ello, el juez debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional [VOLK, KLAUS: *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2016, pp. 387-388].

∞ Un postulado, en el que las exigencias de la racionalidad epistemológica se expresa con cierta particularidad, tiene lugar en los denominados delitos de clandestinidad y, por extensión, en los delitos en los que su comisión está en función a la vulnerabilidad de la víctima –que es el caso típico tanto de los delitos de trata de personas, como de los delitos contra niños, niñas, adolescentes y mujeres en contextos de violencia familiar o doméstica–. Ha sido la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, a fin de consolidar mecanismos de seguridad en la valoración probatoria, traducidos en reglas valorativas, la que a través de los Acuerdos Plenarios números 2-2005/CJ-116, de 30-9-2005, sobre sindicación de la víctima, y 1-2011/CJ-116, de 6-12-2011, sobre la apreciación de la prueba en el delito de violación sexual, que sirven para aceptar el mérito de las declaraciones en cuestión –se trata de un testimonio con estatus especial, pues no puede obviarse la posibilidad de que su declaración resulte poco objetiva por haber padecido directamente las consecuencias de la perpetración del delito, así como por el hecho de erigirse en parte procesal [por ejemplo: STSE de 28-10-1992. FUENTES SORIANO, *Obra citada*, p. 124]–, la que estableció las siguientes pautas o criterios:

A. Que no existan motivos para pensar que hay relaciones entre denunciante e imputado que puedan incidir en la parcialidad de la deposición –es decir, inexistencia de móviles espurios (imparcialidad subjetiva), que le resten solidez, firmeza y veracidad objetiva (STSE de 5-11-2008)–, desde que, como es evidente, no se puede poner en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la víctima por el hecho de ser tal (STSE de 21-7-2003).

B. Que las declaraciones sean contundentes, es decir, coherentes y creíbles, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, y que el relato mantenga la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes–. Verosimilitud, que a su

vez exige el suplementario apoyo de datos objetivos que permitan una conclusión incriminatoria, esto es, presencia de datos añadidos a la pura manifestación subjetiva de la víctima (STSE de 23-10-2008); es lo que se denomina "corroboración periférica de carácter objetiva". Dos son las exigencias constitucionalmente impuestas: aportación al proceso contradictoriamente y corroboración del resultado con datos externos (STCE 57/2009). En este último caso, se entiende que los elementos, datos o factores, aunque fuera mínimamente, han de ser externos a la versión de la víctima y referidos a la participación del imputado en el hecho punible atribuido (STSE de 14-3-2014).

C. Que las declaraciones sean persistentes y se mantengan a lo largo del proceso, así como que carezcan de contradicciones entre ellas. No se requiere una coincidencia absoluta, basta con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante, que esté presente en todas las declaraciones (STSE de 10-7-2007). Este supuesto es al que el último Acuerdo Plenario relativizó o matizó, en atención a las especiales características y situación de la víctima [ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2012, p. 289].

**16.º** El artículo 62 del Reglamento estipuló, sobre este punto: "*En los supuestos de retractación y no persistencia en la declaración incriminatoria de la víctima de violación sexual [que no se explica por qué no se extendió a otros supuestos de vulnerabilidad: sujetos pasivos y delitos, aunque tal limitación, por la naturaleza de la norma en cuestión, no permite una interpretación a contrario sensu, sino analógica], el Juzgado evalúa el carácter prevalente de la sindicación primigenia, siempre que esta sea creíble y confiable. En todo caso, la validez de la retractación de la víctima es evaluada con las pautas desarrolladas en los acuerdos plenarios de la materia*".

Esto último ya ha sido desarrollado en el Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, de 6-12-2011. Cabe precisar que:

A. Los tres elementos arriba descritos no pueden considerarse como requisitos formales, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que se pueda dar crédito a la declaración de la víctima como prueba de cargo. Tienen, pues, un carácter relativo, encaminado a orientar el sentido de la decisión judicial pero a los que, en modo alguno, cabe otorgar un carácter normativo que determine el contenido de la sentencia [FUENTES SORIANO, *Obra citada*, p. 126]. Puede reconocerse, desde luego, la existencia de enemistad entre autor o víctima, pues este elemento solo constituye una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de las declaraciones de aquella, desde que no se puede descartar que, pese a tales características o debilidades, pueden ostentar solidez, firmeza y veracidad objetiva. De igual modo, la víctima puede retractarse, por lo que será del caso analizar las verdaderas razones de la retractación –muy común en razón del lapso temporal entre la fecha del delito y la fecha de la declaración plenaria–, y el nivel de coherencia y precisión de la primera declaración incriminatoria. Como se sabe, desde las investigaciones criminológicas, las presiones sociales, culturales y familiares, así como la propia relación compleja entre agresor y víctima, tienen una importancia trascendental en la retractación de esta última.

B. Es imprescindible, eso sí, que el testimonio incriminador sea coherente y sólido (fiable), y que, además, esté corroborado, es decir, que supere la exigencia de confrontación de sus aportes con los de otra procedencia, aunque fuera mínimos, para confirmar la calidad de los datos proporcionados.

C. Es inevitable, no obstante, descartar la sindicación de la víctima cuando carece de los tres elementos antes enumerados, pues ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, que por respeto a la garantía de presunción de inocencia exige la absolución.

**17.º** El artículo 61 del Reglamento establece algunas reglas de prueba en delitos de violencia sexual, referidas tanto al consentimiento como a la honorabilidad de la víctima. Sobre lo primero, en primer lugar, no se aceptan conclusiones contrarias sobre el consentimiento a la actividad sexual –este siempre ha de ser libre y voluntario–, si medió fuerza, amenaza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo. En segundo lugar, cuando la víctima sea incapaz de dar un consentimiento libre, por las circunstancias precedentes, no se aceptan conclusiones a partir de alguna palabra o conducta de esta última –el contexto en que actúa

es decisivo–. En tercer lugar, de igual manera, cuando la víctima guarda silencio o no opone resistencia, no se puede presumir que aceptó el acto sexual, pues el ejercicio de violencia, amenazas o el entorno coercitivo en que se ve sometida lo impide.

Finalmente, no es una regla de experiencia válida, fundar la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo –dado el bien jurídico vulnerado: libertad sexual–, sobre la base de su conducta anterior o posterior. Debe analizarse el hecho violento como tal –en sí mismo–, pues a toda persona, sea cual fuere su conducta previa o posterior al evento delictivo, se le respeta su libertad de decisión y, en todo momento, se le reconoce su dignidad.

Es obvio que en casos de menores de catorce años de edad, por el bien jurídico vulnerado: indemnidad sexual, tales referencias no son de recibo.

### III. DECISIÓN

**18.º** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

#### ACORDARON

**19.º ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos diez al diecisiete del presente Acuerdo Plenario.

**20.º PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22, de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

**21.º DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor "seguridad jurídica" y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

**22.º PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA (\*)

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERÓN CASTILLO

(\*) El Señor Pariona Pastrana no suscribe el presente Acuerdo Plenario por mantener reservas jurídicas a su contenido.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

#### ACUERDO PLENARIO N° 01 - 2012/CJ-116

**FUNDAMENTO:** ARTÍCULO 116° TUO DE LA LOPJ

**ASUNTO:** RECONDUCCIÓN DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO POR ADOLESCENTES MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD, AL ARTÍCULO 17° DEL CÓDIGO PENAL

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

#### ACUERDO PLENARIO

##### I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Juez Supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó la participación ciudadana a través de instituciones académicas en audiencia pública- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medió consentimiento del sujeto pasivo.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en cuestión.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores RODRÍGUEZ TINEO y SALAS ARENAS.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. **IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116 de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.

7°. **HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA:** Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el Título IV Delitos Contra la Libertad, Capítulo IX Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la

libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etéreo 14 -18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un "sinsentido", como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación presunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de 0 a 7 años; de más de 7 a 10 años y de más de 10 a 14 años; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° inciso 3° del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley N° 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un "sinsentido" notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175° y 176° del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP. [Ver Anexo 1]

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad. Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguayo Quispe - Consulta N° 2224/2007-; sentencia Jhuallanca Arapa -Consulta N° 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en

claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase<sup>1</sup>.

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170 CP Violación sexual	Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad
<p>El que <u>con violencia o grave amenaza</u>, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad <b>no menor de seis ni mayor de ocho años</b>. La pena será <b>no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda</b>:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.</li> <li>2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.</li> <li>3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas,</li> </ol>	<p>El que <u>tiene acceso carnal</u> por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si la víctima tiene <b>menos de 10 años de edad</b>, la pena será de cadena perpetua.</li> <li>2. Si la víctima tiene <b>entre 10 años de edad, y menos de 14</b>, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.</li> <li>3. <b>Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18</b>, la pena será <b>no menor de veinticinco ni mayor de treinta años</b>.</li> </ol> <p>Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le</p>

<sup>1</sup> Como el Acuerdo Plenario no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6 del CP, y por ello corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente privadas de libertad, sufrido condena en acatamiento mecánico del artículo 173.3 CP, cuando hubieron relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce menores de dieciocho años, formulado los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.

4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

### 8º. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA:

La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los Acuerdos Plenarios N° 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP. El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10° del CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores:

- Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
- Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
- Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues -según se refiere- a partir de los artículos 175° y 176° del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

### 9º. CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES:

El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la

imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal -Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/ss.] Así, la Ley Penal tiene que ser *certa* y *stricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que *nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley*, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 108*, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén-emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

**10°. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS:** El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el

derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [JOSÉ HURTADO y VICTOR PRADO: *Derecho Penal Parte General*, 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN: *Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado–. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal*, Ara Editores, 2007, página 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entendiéndose bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHÜNEMANN: *El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídico*, Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos N.º 38, Bogotá, página 21).

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado

Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la *libre autodeterminación en el ámbito sexual*, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [RAMIRO SALINAS SICHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Jurista Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss.].

**11°. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL:** La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho penal - Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [IVAN NOGUERA RAMOS: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42].

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

**12°. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL:** La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la

protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la "indemnidad sexual" es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170° del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 -que modificó el artículo 170°- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMAS GALVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho penal - Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

**13°. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN:** Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasadado (casado) en los marcos del "molde normativo" preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

**14°. PRECISIONES DOGMÁTICAS:** El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni

puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos).

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos: **Positivo.-** Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. **Negativo.-** Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etéreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual<sup>2</sup>, ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario– ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO: *Derecho Penal Parte Especial*, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215].

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etéreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, ¿Queda algún contenido en dicha disposición?

- **Quienes responden afirmativamente.-** sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012].

<sup>2</sup> Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso.

- Quienes responden en sentido negativo, sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haberse previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación *contra reo*, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, Marzo 2012].

La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas<sup>3</sup>.

**15°. COLISIÓN APARENTE DE NORMAS:** El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 C.P.; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que no son válidas; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley N° 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de

<sup>3</sup> De persistirse en la aplicación mecánica del artículo 173.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 16 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 244° del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175° y 179° -A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176-A del CP.

Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual).

La inclusión de la escala etérea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima – en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistémica la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja con comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el

legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP). [Ver Anexo 2]

**16°. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA:** Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica-amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

**17°. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA:** No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

### **III. DECISIÓN**

**18°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.**

**ACORDARON:**

**19°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

**20°. PRECISAR** que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

**21°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

**SS.**

**SAN MARTÍN CASTRO**



**VILLA STEIN**



**RODRIGUEZ TINEO**



**SALAS ARENAS**



**NEYRA FLORES**



**MORALES PARRAGUEZ**



## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

### **VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA**

#### **ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116**

**FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ**  
**ASUNTO: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL  
Y TRATA DE PERSONAS:  
DIFERENCIAS TÍPICAS Y PENALIDAD**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

#### **ACUERDO PLENARIO**

##### **I. ANTECEDENTES**

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Aldo Martín Figueroa Navarro (Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima); el señor Dino Carlos Caro Coria del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); y el señor Claudio Bonatto de la institución Capital Humano y Social Alternativo.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA, con la participación del señor CALDERÓN CASTILLO.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **§ 1. Antecedentes**

6°. El texto original del artículo 182° del Código Penal –en adelante, CP- tipificó el delito de trata de personas en el Capítulo IX “Proxenetismo”, del Título IV “Delitos contra la Libertad”, del Libro Segundo “Parte Especial”. Posteriormente, la ratificación y aprobación por el Estado peruano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños” (Decreto Supremo N° 088-2001-RE y Resolución Legislativa N° 27257), motivó la ampliación del tipo penal del artículo 182° CP a través de la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004. Luego, por Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, se derogó dicho dispositivo legal, reubicándose el delito de trata de personas en los artículos 153° y 153°-A CP del Capítulo I “Violación de la Libertad Personal”, del aludido Título IV [Cfr. CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO: *La Trata de Personas en el Perú*, Lima, 2011, pp. 15-22]. La nueva morfología sistemática de dicho delito incluyó en tales numerales un tipo penal de trata de personas y un catálogo de circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.

7°. La actual regulación del delito de trata de personas y las modificaciones sucesivas que han sufrido los delitos de connotación sexual, específicamente los de proxenetismo

(artículos 179° y ss. CP), han generado problemas hermenéuticos con consecuencias prácticas negativas. Por ejemplo, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (artículos 179° y 181° CP) en casos donde técnicamente se configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa; o su calificación paralela en ambas figuras delictivas. Lo cual, suscita notorias distorsiones en la determinación judicial de la pena a imponer, afectando la adecuada evaluación del injusto conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que demanda la ley. Por tanto, resulta oportuno y necesario plantear criterios vinculantes que posibiliten una identificación adecuada de los delitos imputados, así como dilucidar si se configuran en el caso *sub judice* supuestos de concurso de delitos (ideal o real), o un concurso aparente de leyes.

## **§ 2. Los tipos penales y sus características**

### **A. La trata de personas (artículo 153° CP)**

8°. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. La promoción, que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento, que incluye cualquier conducta que permite la expansión o extensión; la financiación, que se expresa en la subvención o contribución económica; y la facilitación, que involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y manifiestan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como son el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, etcétera [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

### **B. El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° CP)**

9°. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso sub examine, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar para que la práctica del meretricio de la víctima se siga ejerciendo [Cfr. RAÚL A. PEÑA CABRERA: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

### **C. El delito de proxenetismo (artículo 181° CP)**

10°. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende toda acción dirigida a crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma

de una determinada decisión a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra. El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

#### **D. La situación de las víctimas menores de edad**

**11°.** Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel étareo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica.

No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Sin embargo, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

#### **§ 3. Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales**

**12°.** La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero.

**13°.** Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrearán para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. No obstante, en la violación sexual se está ante un delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente varias personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.

#### § 4. *Problemas concursales*

**14°.** Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos.

En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en los que la conducta típica queda plenamente definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), que practica el propio sujeto activo con la víctima.

Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su posible convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la adecuada calificación judicial de unos y otros.

**15°.** En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153°, 179° y 181° CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes.

En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

**16°.** En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo.

**17°.** Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquélla.

**18°.** Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio.

**19°.** En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el *modus operandi* y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso *sub judice*.

#### **§ 4. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas**

**20°.** Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real.

En efecto, como estipula el artículo 50° CP corresponde al Juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o sólo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad).

### **III. DECISIÓN**

**21°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

#### **ACORDARON:**

**22°.** ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **8° al 20°.**

**23°.** PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

**24°.** PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

**VILLA STEIN**

**LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRÍGUEZ TINEO**

**PARIONA PASTRANA**

**BARRIOS ALVARADO**

**NEYRA FLORES**

**VILLA BONILLA**

**CALDERÓN CASTILLO**

**SANTA MARÍA MORILLO**

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

### **VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA**

#### **ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116**

**FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ**  
**ASUNTO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS  
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

#### **ACUERDO PLENARIO**

##### **I. ANTECEDENTES**

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (Viceministra del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Interviniendo también en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la participación del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **§ 1. Planteamiento de la problemática propuesta**

6°. La propuesta del Foro de “Participación Ciudadana” parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085-2004/Cañete.

7°. A modo de propuesta los juristas participantes en el “Foro de Participación Ciudadana” plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes –que tienen su fuente principal, entre otros, en

las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-:

- A.** Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar: **1.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; **2.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3.** Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4.** Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.
- B.** Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.
- C.** Que no es causal de absolución la denominada “declaración única” y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.
- D.** Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

## **§ 2. Precisiones en torno al enfoque sugerido**

**8°.** En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad<sup>1</sup>.

**9°.** Las “perspectivas de género” *-per se-* si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia

---

<sup>1</sup> La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: “(l)a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”.

Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

**10°.** Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

**A.** Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

**B.** Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

**C.** Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [GAMBA, Susana: *¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?* Artículo publicado en el “Diccionario de estudios de Género y Feminismo”. Editorial Biblos 2008. <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: a) la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada; y, c) la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado –la más grave y la más difícil de solucionar- [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT\\_10\\_09.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf)]. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

### **§ 3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual**

**11°.** En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

**12°.** La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-.

13°. La conducta básica sanciona a aquél que “con violencia o grave a menaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”. Para DONNA “... para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente” [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386). La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

14°. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171° CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172° del CP), o sea menor de edad (artículo 173° CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

15°. El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, “...entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir” [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16°. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

#### **§ 4. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial**

17°. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

**A.** Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima - alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.

**B.** Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y

**C.** Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

**D.** Evitación de una victimización secundaria.

#### **§ 5. Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual**

18°. Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA “...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente” [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.). Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

19°. Respecto a la primera -la amenaza- “...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido...”. Esto es, “...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá” [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que “...para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia” [DINO CARLOS CARO CORIA, *Ibidem*, p. 101].

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, “...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal

*modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia”.*

**20°.** Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que *“hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros”*. El artículo 216° del citado Código agrega que *“para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”*.

**21°.** El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

#### **§ 6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima**

**22°.** La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): **i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-.

**23°.** Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia *-en cuanto a los hechos incriminados-* por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como

confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

**24°.** La retractación como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredulidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente- [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

**25°.** Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad –padrastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

**26°.** La validez de la retractación de la víctima está en función de los resultados tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración inculpatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado –*venganza u odio*- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la

perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

**27°.** Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: “...*de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado*”.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

**A.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

**B.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

**C.** El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

### **§ 7. La prueba en el Derecho Penal Sexual**

**28°.** El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

**29°.** La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba -de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad -que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-,

conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

**30°.** La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

**31°.** El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

**32°.** Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

**33°** Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y

potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

**34°.** El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

**35°** La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

**36°** Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

### **§ 8. Evitación de la Estigmatización secundaria<sup>2</sup>**

**37°.** El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

**38°.** A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

---

<sup>2</sup> La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

### **III. DECISIÓN**

**39°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

#### **ACORDARON:**

**40°.** ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21° al 38°.

**41°.** PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

**42°.** PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**VILLA STEIN**

**LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRÍGUEZ TINEO**

**PARIONA PASTRANA**

**BARRIOS ALVARADO**

**NEYRA FLORES**

**VILLA BONILLA**

**CALDERÓN CASTILLO**

**SANTA MARÍA MORILLO**

**Presunción de inocencia. Absolución por duda razonable**

**Sumilla.** Ninguno de los medios de prueba acopiados permite sustentar con grado de certeza necesario para enervar la presunción de inocencia del encausado.

En lo actuado confluyen razones opuestas que además del presente *factum* podrían responder a un supuesto fáctico incriminatorio distinto, lo que impide arribar a una condena penal plena.

En atención a lo expuesto, considerando que la presunción de inocencia del imputado (prevista en el apartado e del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú) se mantiene incólume, corresponde confirmar su absolución ante la duda razonable.

Lima, tres de mayo de dos mil veintidós

**VISTO:** el recurso de nulidad interpuesto por el **representante del Ministerio Público** contra la sentencia del veintiséis de febrero de dos mil veintiuno emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este (foja 431), en el extremo que absolvió al encausado Cristhian Ronald Majino Chávez como presunto autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual agravada, en perjuicio de M. Y. C.

Intervino como ponente el juez supremo **Brousset Salas**.

**CONSIDERANDO**

**HECHOS IMPUTADOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA**

**Primero.** Conforme con la acusación fiscal formulada por dictamen del doce de febrero de dos mil veinte (foja 214), los hechos incriminados, objeto del presente análisis, refieren que:

- 1.1.** El catorce de septiembre de dos mil diecinueve, aproximadamente a las 19:30 horas, en el domicilio ubicado en el lote 8 de la manzana B del asentamiento humano Futuro 2000 (sector Nueva Juventud-San Juan de Lurigancho), cuando la agraviada acudió al domicilio del encausado Cristhian Ronald Majino Chávez.
- 1.2.** En dicho lugar, el encausado solicitó a la agraviada mantener relaciones

sexuales. Ante su negativa, forcejeó con ella y la sujetó de los brazos, para lo cual utilizó violencia para separar sus piernas y ultrajarla sexualmente.

- 1.3. La acción descrita generó lesiones en los muslos de la agraviada, frente a lo cual esta no opuso mayor resistencia, debido al temor de que el procesado le hiciera daño.

**Segundo.** En cuanto a la calificación jurídica, el titular de la acción penal postuló la configuración del delito contra la libertad sexual-violación sexual agravada, prevista en el numeral 3 del artículo 170 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30838, vigente a la fecha de los hechos.

#### **DELIMITACIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO**

**Tercero.** La representante del Ministerio Público, mediante recurso formalizado por escrito del doce de marzo de dos mil veintiuno (foja 463), impugnó el extremo absolutorio por el delito de violación sexual agravada. Denunció vicio de motivación errónea, deficiente apreciación de la prueba y distorsión de los requisitos del tipo penal. Postuló como agravios que:

- 3.1. El tomar como factor que resta veracidad al relato de la agraviada el hecho de no mencionar el ultraje al momento de intervención policial, implica desconocer la vulnerabilidad de una mujer sometida a abuso; así como de las circunstancias emocionales propias del momento por el que atraviesa. El policía interviniente indicó que la intervención fue muy rápida, esto es, no hubo lugar para un relato tranquilo y detallado.
- 3.2. La sentencia asume una apreciación sesgada de los hechos. Si bien se materializaron sugilaciones recíprocas, se omitió precisar que la agraviada tenía además equimosis en ambos brazos y cara interna de los muslos, signos que son claramente indicadores del uso de la fuerza para vencer una resistencia de la víctima, la misma que fue inicial y, luego, ante la superioridad de la fuerza del agresor y los antecedentes y amenazas de la agresión conllevaron a que esta cediera finalmente y le dejara tener acceso carnal.
- 3.3. La víctima se encontraba junto con su menor hijo, a quien tenía el deber de cuidar, hecho que motivó que evitara provocar cualquier hecho de

violencia de parte del agresor y no solo el cuidado de su propia integridad. De aquí que era muy difícil pensar en un escenario de fuga. Además, el procesado le mostró un cuchillo y la amenazaba. No se puede exigir una actuación heroica, más allá de los requerimientos del tipo penal.

## **FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA**

**Cuarto.** La Sala Superior, mediante sentencia del veintiséis de febrero de dos mil veintiuno (foja 431), concluyó en la absolución del acusado Majino Chávez respecto del delito de violación sexual. Sostuvo, en lo sustancial, que:

- 4.1.** La agraviada no comunicó desde el primer momento que la agresión en su contra correspondía a un ultraje sexual, sino únicamente al intento del acusado por quitarle la vida con un machete. Posteriormente, al brindar su manifestación policial refirió que mantuvo relaciones sexuales con el imputado por miedo debido a que es una persona agresiva y necesitaba dinero, y la obligó. Versión que el encausado niega y refiere que las relaciones fueron consentidas e incluso señaló que la agraviada le generó huellas corporales.
- 4.2.** Del tenor de los certificados médicos legales practicados a la agraviada y el encausado se comprueba que ambos presenten equimosis por sugilación a la altura del cuello (la agraviada: en la cara lateral derecha del cuello y región inferior del mentón; por su parte, el encausado: en el cuello, lado derecho). No obstante, no se verificó ninguna lesión genital o paragenital que permita establecer que el acto se desarrolló con violencia.
- 4.3.** Si bien la agraviada describe que fue atacada sexualmente en el inmueble del acusado donde la obligó a pernoctar una noche, también precisa que acudió junto al acusado a un mercado a recoger mercadería avícola para su distribución, pese a lo cual no realizó intento alguno por alejarse de este pese a encontrarse en la vía pública, más aún si estuvieron por al menos cinco lugares donde el acusado entregó mercadería, mas no manifestó oposición alguna.

## **FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

**Quinto.** De la delimitación de los agravios expuestos por el recurrente titular de la acción penal se aprecia que estos se encuentran dirigidos a cuestionar la valoración de los medios de prueba que efectuó el Tribunal

Superior, en específico, de la manifestación preliminar de la agraviada y las conclusiones del certificado médico legal.

En este sentido, la dilucidación del grado se circunscribe a determinar si el Colegiado Superior, al dictar sentencia absolutoria, efectuó un correcto análisis de la prueba actuada previo a concluir en la insuficiencia de esta y, con ello, en su incapacidad para acreditar la responsabilidad del inculpado Majino Chávez.

**Sexto.** Ahora bien, dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba en materia penal.

En primer lugar, la garantía de presunción de inocencia normada en el literal 2 del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probando* corresponde a quien acusa<sup>1</sup>.

En segundo lugar, rige lo normado en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, según el cual los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces, con criterio de conciencia. Si bien el juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, esta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que, sobre la base de una actividad probatoria concreta (nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo), jurídicamente correcta (las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles), se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia

---

<sup>1</sup> Corte IDH. Caso Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del veintisiete de noviembre de dos mil trece. Serie C. N.º 275, párr. 233.

(determinadas desde parámetros objetivos) o de la sana crítica, motivándola debidamente<sup>2</sup>.

**Séptimo.** Lo expuesto demanda que toda sentencia de tenor condenatorio se sustente en una actividad probatoria suficiente, capaz de permitir alcanzar la certeza de la culpabilidad del acusado.

El Tribunal Constitucional señala que la sentencia condenatoria se debe fundar en auténticos hechos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado<sup>3</sup>.

Caso contrario, corresponderá concluir en su absolución, sea porque la prueba resultó insuficiente (primer párrafo del artículo 284 del Código de Procedimientos Penales); o, en su defecto, porque lo actuado presenta un supuesto de duda de la responsabilidad del encausado (la duda favorece al reo o *in dubio pro reo*).

En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas la presunción de inocencia no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume; y, en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidades que deben reunir estas)<sup>4</sup>.

**Octavo.** Es pertinente precisar que, en los delitos contra la libertad sexual, las máximas de la experiencia demuestran que dada la clandestinidad en que se materializan, la principal prueba de cargo se asienta en la versión de la víctima.

---

<sup>2</sup> Conforme con lo desarrollado en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 del treinta de septiembre del dos mil cinco. Fundamento jurídico 6.

<sup>3</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente número 01768-2009-PA/TC del dos de junio de dos mil diez. Fundamento jurídico 6.

<sup>4</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N.º 728-2008-PHC/TC del trece de octubre de dos mil ocho. Fundamento jurídico 37.

De aquí que el tratamiento adecuado en valoración de la prueba personal en este tipo de delitos demanda del órgano jurisdiccional extremo celo y cuidado, en aras de garantizar un adecuado acopio de información que permita dilucidar la controversia y alcanzar justicia.

Para tal fin, a nivel de jurisprudencia se han establecido criterios que permiten dotar a lo declarado por víctima del grado de certeza necesario para alcanzar virtualidad probatoria. Así, el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 del treinta de setiembre de dos mil cinco, fija los siguientes supuestos: **i)** Ausencia de incredulidad subjetiva. **ii)** Verosimilitud del testimonio, persistencia en la incriminación. **iii)** Existencia de corroboraciones externas a esa declaración incriminatoria.

**Noveno.** Del estudio de autos se advierte que la vinculación del encausado Majino Chávez, como presunto autor del delito de violación sexual se sustenta, en primer término, en lo declarado por la agraviada a nivel preliminar (foja 27), la misma que contó con la participación de la representante del Ministerio Público lo que dota de virtualidad probatoria y fue ratificada ante el plenario.

En dicha oportunidad precisó que los hechos se desarrollaron en el contexto que se apersonó al domicilio del encausado, padre de sus hijos, a efectos de recabar el dinero para la manutención de estos, instancias en que mantuvieron relaciones sexuales mediando violencia. Precisó que lo hizo por miedo a que la golpeará, que la sujetó fuerte de los brazos y la forzó a separar las piernas. Asimismo, indicó que las sugilaciones en su cuello fueron hechas con la intención que las viera su nueva pareja.

**Décimo.** Al respecto, fluye de autos el reconocimiento médico por integridad sexual (Certificado Médico Legal N.º 021597-EIS, foja 19) practicado a la agraviada con inmediatez a la interposición de la denuncia (quince de noviembre de dos mil diecinueve), en el cual se concluye la ausencia de lesiones traumáticas recientes y la inexistencia de signo de acto contranatura, evaluación que fue ratificada en juicio oral.

Si bien corre seguido el Certificado Médico Legal N.º 021951-VFL (foja 20) por motivo de agresión física en el que se identificaron equimosis en la zona de los brazos y piernas de la agraviada, estas fueron objeto de análisis y sustentaron la condena penal (vía desvinculación procesal) por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, extremo que no fue objeto de recurso por parte del titular de la acción penal. Aun cuando dicha parte pretenda ahora postular estas lesiones como sustento del delito de violación sexual, no es posible atender dicha pretensión dado que la identificación y calidad de dichas lesiones fueron objeto de pronunciamiento jurisdiccional por delito distinto, con calidad de cosa juzgada. Pronunciamiento judicial en el que se dejó fehacientemente demostrado que el procesado, ante el acometimiento sexual cometido contra la agraviada se habrían generado lesiones recíprocas; sin embargo, en atención a la superioridad física de este respecto a la agraviada, le ocasionó lesiones en brazos y piernas, excediéndose en el acto sexual; no obstante, las lesiones inferidas no fueron dirigidas a órganos vitales con la intención de privarla de la vida, de aquí que se adecuó a un delito de agresión.

**Decimoprimer.** Asimismo, obra en autos el Certificado Médico Legal N.º 021613-L-D-D (foja 21) practicado al encausado con inmediatez a los hechos, en donde se identificó que este presentó equimosis por sugilación en el cuello (lado derecho del imputado).

Frente a ello, corresponde señalar que en la evaluación médica de la agraviada también se identificó la presencia de sugilaciones en el cuello y mentón de la agraviada. De aquí que conforme bien refirió la sentencia recurrida se trata de sugilaciones mutuas, no desproporcionadas que por sí mismas no pueden sustentar una condena por violación sexual, máxime si estas no constituyen por sí mismas lesiones de defensa frente a la presunta agresión sexual.

**Decimosegundo.** Además, no obra en autos evaluación psicológica de la agraviada que permita establecer la presencia de indicador de estresor

sexual alguno en relación con dichos hechos. Se verifica, contrariamente, que esta es renuente a concurrir a las citaciones programadas para tal fin. Tampoco se evidencian testimonios de referencia que permitan respaldar el relato de la agraviada.

Por su parte, de la evaluación psicológica del encausado, debidamente ratificada en juicio oral, tampoco es posible concluir en la presencia de un perfil psicosexual que evidencie propensión a la comisión de dichos ilícitos.

**Decimotercero.** De lo expuesto se advierte que ninguno de los medios de prueba acopiados permite sustentar con el grado de certeza necesario para enervar la presunción de inocencia del encausado. Conforme se ha desarrollado en los considerandos precedentes, la condena demanda un sustento en prueba con fuerza acreditativa suficiente capaz de superar el nivel probatorio más allá de toda duda razonable.

En lo actuado confluyen razones opuestas que además del presente *factum* podrían responder a un supuesto fáctico incriminatorio distinto, lo que impide arribar a una condena penal plena; ergo, no es posible determinar la responsabilidad penal del encausado Majino Chávez ante la imposibilidad de desvirtuar el principio constitucional *in dubio pro reo*. El maestro Mixán Mass señaló:

Es incuestionable que es un corolario del principio madre que es el de la "presunción de inocencia". [...] el valor cognoscitivo jurídico de la duda en el proceso penal radica en que no se ha logrado establecer fidedignamente ni la verdad ni el error respecto de la culpabilidad del procesado, a causa de la insuficiencia de los elementos probatorios; en cuando a su efecto, que viene a ser la absolución del procesado, se parece a la inocencia probada; pero en cuanto a su fundamento difiere totalmente, por cuanto en la duda no se ha probado plenamente su inocencia, pero tampoco fehacientemente la culpabilidad. La duda resulta, a nuestro juicio, del hecho de que el juzgador ha logrado solamente el grado probable del conocimiento respecto a la culpabilidad del procesado, de modo que la trayectoria del conocimiento hacia la verdad objetiva tiene mucho todavía de error como de verdad; por lo tanto, resulta riesgoso condenar a alguien sin haber establecido nítidamente que es el culpable; entonces, en aras de evitar el riesgo de resultar condenado un inocente, se ha optado porque en tal circunstancia el procesado sea absuelto<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> MIXÁN MASS, Florencio. *El juicio oral*. Segunda edición. Trujillo: Editorial Gráfica El Liberal, 1978, p. 23.

En atención a lo expuesto, en atención a que la presunción de inocencia del imputado, prevista en el apartado e del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú, se mantiene incólume, corresponde confirmar su absolución ante la duda razonable.

### **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiséis de febrero de dos mil veintiuno, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este (foja 431), en el extremo que absolvió al encausado Cristhian Ronald Majino Chávez como presunto autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual agravada, en perjuicio de M. Y. C.
- II.** Se devuelvan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley y se haga saber a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

**S. S.**

PRADO SALDARRIAGA

**BROUSSET SALAS**

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

RBS/ycll

### **Fundado el recurso de casación**

Se declara fundado el recurso de casación al haberse acreditado defectos de motivación y apartamiento de doctrina en la resolución de vista impugnada, lo que justifica la necesidad de casarla para que se emita un nuevo pronunciamiento por un Colegiado Superior distinto.

## **SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, veintinueve de abril de dos mil veintidós

**VISTOS:** en audiencia privada —mediante el aplicativo Google Meet—, el recurso de casación interpuesto por la **Primera Fiscalía Superior Penal de Puno** contra la sentencia de vista emitida el trece de octubre de dos mil veinte por la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora y Anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Puno, que revocó la sentencia de primera instancia expedida el diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve, en el extremo en el que condenó a René Zenón Condori Coila como autor del delito contra la libertad sexual-violación de persona en incapacidad de resistencia —artículo 172 del Código Penal—, en agravio de la persona de iniciales E. S. C. H. (24); y, reformándola, absolvió al citado acusado de los cargos que se le imputan; y con los actuados que acompaña.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

### **FUNDAMENTOS DE HECHO**

#### **Primero. Hechos materia de imputación**

El veintitrés de enero de dos mil dieciséis, en horas de la noche, la agraviada de iniciales E. S. C. H., de veinticuatro años de edad, concurrió con su amigo Christian Vicente Ramos Condori a la discoteca Pentágono. Aproximadamente a las 23:00 horas se les acercaron el imputado René Zenón Condori Coila y otro sujeto más y les insistieron para tomar juntos, lo cual Ramos Condori aceptó. En ese contexto, el imputado Condori Coila y la otra persona no identificada aprovecharon que la agraviada de iniciales E. S. C. H. se encontraba en estado de inconsciencia para sacarla de la discoteca y llevarla en un taxi hacia el hospedaje Qhantati, ubicado en el jirón Gamaliel Churata número 121, donde aproximadamente a las 4:30 horas el imputado Condori Coila ingresó cargando a la agraviada hasta la habitación número 26, donde sostuvo relaciones sexuales no consentidas con ella y, tras dejarla en el lugar, se retiró aproximadamente a las 4:53 horas. A las 13:00 horas del veinticuatro

de enero, la agraviada despertó en el hotel con el pantalón *jean* semiabierto y el cuerpo adolorido, con moretones. Entonces preguntó en la recepción quién la había dejado en ese lugar y luego de ver las cámaras de seguridad le prestaron cinco soles para que se dirigiera a su domicilio.

### **Segundo. Itinerario del procedimiento**

- 2.1** El diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve el Juzgado Colegiado Conformado de la Corte Superior de Justicia de Puno emitió sentencia condenando a René Zenón Condori Coila como autor del delito contra la libertad sexual-violación de persona en incapacidad de resistencia, en agravio de la persona de iniciales E. S. C. H; en consecuencia, le impuso veinte años de pena privativa de libertad y fijó en S/5,000.00 (cinco mil soles) la reparación civil a favor de la agraviada.
- 2.2** No conforme con lo resuelto, el sentenciado interpuso recurso de apelación, por lo que, con fecha trece de octubre de dos mil veinte, la Sala Penal Liquidadora y Anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Puno emitió sentencia de vista revocando la sentencia de primera instancia; y, reformándola, absolvió al citado acusado de los cargos en su contra.
- 2.3** Esta última fue impugnada por el representante del Ministerio Público mediante el presente recurso de casación, por lo que se elevaron los actuados pertinentes a la Corte Suprema; y, luego del trámite correspondiente, sin alegatos complementarios, se admitió el recurso y se dejó el expediente por diez días en la Secretaría de esta Sala Suprema —conforme al artículo 431.1 del Código Procesal Penal (en adelante CPP)—. Vencido el plazo, se fijó fecha de audiencia de casación para el pasado veintidós de abril de dos mil veintidós; culminada esta, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada —en la que se debatieron el contenido del expediente y las alegaciones oralizadas en la vista—, en virtud de la cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente resolución de casación, cuya lectura se dará en audiencia privada en la fecha.

### **Tercero. Argumentos del recurso de casación**

- 3.1** El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación ordinaria contra la sentencia de vista emitida el trece de octubre de dos mil veinte, señalando como motivos casacionales los incisos 1, 4 y 5 del artículo 429 del CPP. Así, respecto al primero, indicó que la Sala Superior habría incurrido en motivación aparente al cuestionar que el traslado de la víctima haya demorado tres horas y treinta minutos, que el hospedaje solo estaba a una distancia de treinta minutos y que el estado de inconsciencia no se habría producido a las 23:00 horas, lo que restaría credibilidad a las pruebas personales.

- 3.2** Indica que dicho cuestionamiento es un razonamiento impertinente por cuanto se encuentra plenamente acreditado mediante el acta de visualización de DVD que la agraviada no ingresó por sus propios medios al hospedaje, y fue cargada por el imputado, lo que evidentemente denota su estado de inconsciencia. Asimismo, subsisten otros elementos como el tiempo que el imputado permaneció con la agraviada en la habitación del hospedaje y el hecho de que, al ingresar al hospedaje, el imputado se hizo pasar como si fuese el enamorado de la agraviada; sin embargo, respecto a tales aspectos centrales, la Sala Penal no ha emitido pronunciamiento alguno, por lo que se habría incurrido además en motivación insuficiente.
- 3.3** Respecto a la causal prevista en el artículo 429.4 del CPP, alegó ilogicidad en la sentencia recurrida, por cuanto descartó tres indicios de responsabilidad, bajo fundamentos carentes de razonabilidad y contrarios a las máximas de la experiencia:
- a.** Respecto a la conclusión de que era posible que las muestras seminales halladas en la víctima fueran de su enamorado (con quien mantuvo relaciones sexuales seis días antes de los hechos) y no del encausado, se basó en literatura distinta a lo que expresa la Guía Médico Legal y lo dicho por el perito que acudió a juicio, en que se explicó que el semen en muestras vaginales puede durar máximo cuatro días. Además, no se tuvo en cuenta que las muestras halladas fueron en la zona vaginal externa y no interna, asumiendo ilógicamente el Colegiado Superior que se trata de lo mismo, cuando lo hallado externamente denotaba un acto reciente, a lo que se agrega que el certificado médico-legal menciona actos compatibles con abuso sexual, como equimosis en glúteo y piernas.
  - b.** Otra conclusión carente de logicidad habría sido el asumir que el hecho de que el encausado se haya identificado con su DNI en el hospedaje resulte un comportamiento atípico de un hecho delictivo capaz de generar duda razonable. El que se haya identificado no lo desvincula; por el contrario, evidencia un exceso de confianza, tanto más si fue la única persona que ingresó con la agraviada, a la que identificó como su enamorada y brindó un nombre falso “Rocío Quispe”, para luego de un tiempo fugar del lugar dejando a la víctima, quien tuvo que pedir dinero al hospedaje para poder regresar a su vivienda.
  - c.** Concluyó también que el examen pericial realizado a la víctima no era concluyente, por cuanto la afectación que sufre la agraviada sería a razón de un abuso sexual, y ello no tiene sentido, ya que la agraviada se encontraba inconsciente al momento de los hechos y no recuerda qué pasó, por lo que también constituiría un indicio débil. Este razonamiento resulta contrario a todo razonamiento lógico, al

exigir que la víctima esté consciente para otorgar valor a la pericia psicológica, cuando por la naturaleza de los hechos imputados y el propio tipo penal se desprende que la víctima se encuentra en todo momento en estado de inconsciencia y que la afectación surge justamente por dicha circunstancia, cuando la víctima recobra el conocimiento y evidencia estar en un hotel, con la chompa rota, el pantalón semiabierto, con dolores, mareada. Además, se debe considerar que dicha pericia no fue cuestionada a través de otra prueba.

- 3.4** Respecto a la causal prevista en el artículo 429.5 del CPP, cuestionó los argumentos de la recurrida, donde señala que según el Acuerdo Plenario número 2-2018 la utilidad del examen de ADN es más relevante si se encuentra vestigios de semen en la zona periférica del cuerpo de la víctima o en sus partes íntimas. En el caso concreto, donde se juzga un delito de violación sexual a persona en incapacidad de resistir, a la que se le encontraron espermatozoides en las partes íntimas, y teniendo identificado el acusado, lo que el fiscal debió hacer para así tener un indicio fuerte es la prueba de ADN, la cual no se realizó.
- 3.5** Refiere que en la Sentencia Plenaria Casatoria número 2-2018/CIJ-433 se estableció en el fundamento cuarenta y seis que “en particular, en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, [...] corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba”, por lo que, si bien resalta la utilidad de la prueba de ADN en los delitos sexuales, también precisa que no se debería sobreestimar y su ausencia no necesariamente determina insuficiencia probatoria; sin embargo, la Sala Superior resalta la ausencia de este indicio en el presente caso, como si fuera el único capaz de probar los hechos, apartándose de lo establecido en la sentencia plenaria mencionada.

#### **Cuarto. Motivo casacional admitido y objeto del debate**

El auto de calificación expedido el diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno declaró bien concedido el recurso de casación por los motivos casacionales previstos en los incisos 1, 4 y 5 del artículo 429 del CPP. Es decir, el presente pronunciamiento se basará en el análisis de la resolución recurrida para verificar quebrantamiento del precepto constitucional, de la debida motivación en las resoluciones judiciales y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Quinto. Cuestiones preliminares**

- 5.1** La garantía constitucional sobre la que se alega vulneración se encuentra prevista en la Constitución Política del Perú:

**Artículo 139**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

**5.2** El delito materia de sentencia se encuentra previsto el Código Penal como sigue:

**Artículo 172. Violación de persona en incapacidad de resistencia<sup>1</sup>**

El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

**5.3** Los alcances del pronunciamiento del Tribunal revisor vía recurso de apelación han sido delimitados en el CPP del siguiente modo:

**Artículo 409. Competencia del Tribunal revisor**

1. La impugnación confiere al tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. Normas que debe aplicarse en concordancia con los artículos 425 y 393 del CPP.

[...]

**Artículo 425. Competencia del Tribunal revisor**

[...]

2. La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas periciales, documental, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

**5.4** En el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116 se establecieron garantías de certeza con las que debe cumplir la sindicación de la víctima o el coacusado para constituirse en prueba suficientemente válida para enervar la presunción de inocencia, y tratándose de las declaraciones de un agraviado se deben corroborar las siguientes garantías:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva [...].
- b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud propietaria.

---

<sup>1</sup> El tipo penal en su forma vigente al momento de la comisión de los hechos, con la modificación de la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis.

- c) Persistencia en la incriminación.

### **Sexto. Análisis jurisdiccional**

- 6.1** El presente recurso de casación se admitió por las causales casacionales previstas en los incisos 1, 4 y 5 del artículo 429 del CPP; respecto a la causal del inciso 1, al momento de fundamentar su recurso, el casacionista alegó motivación insuficiente y aparente, por lo que la garantía constitucional cuyo perjuicio alega sería la debida motivación de las resoluciones judiciales, como también se establece en el inciso 4 de la citada norma procesal. Por lo tanto, será materia de análisis por esta Sala Suprema la existencia de alguna patología en la motivación de las resoluciones judiciales y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial.
- 6.2** Previamente, cabe precisar que la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o que se extraen del caso concreto; sin embargo, no cualquier error en que se incurra en una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido<sup>2</sup>.
- 6.3** Debe tenerse en cuenta que la debida motivación de las resoluciones judiciales tiene doble carácter jurídico: “i) es un principio o garantía constitucional vinculado con el debido proceso y el ejercicio de la función jurisdiccional, y ii) es un derecho fundamental de toda persona vinculado con el derecho a la tutela judicial y la defensa en el sentido de que permita que las causas se resuelvan según los hechos acontecidos y bajo una evaluación jurídica razonable, completa, lógica y debidamente justificada”<sup>3</sup>.
- 6.4** Bajo estos parámetros, el Tribunal revisor al momento de resolver debe basar su decisión en el respeto de las garantías constitucionales antes mencionadas; en tal sentido, se procede con el análisis de la sentencia recurrida a fin de establecer si existe algún vicio por vulneración de las citadas garantías.
- 6.5** Ahora bien, de la sentencia recurrida —considerando 2.7— se tiene que la Sala Superior concluyó haber hallado ilogicidad en la motivación de la sentencia de primera instancia cuestionando el tiempo que habrían demorado en llegar de la discoteca al hotel; consideró que la distancia entre ambos lugares es de aproximadamente veinte a treinta minutos, por lo que le resultó ilógico que demoraran en trasladarla tres horas y treinta minutos, y concluyó con ello que cabe la posibilidad de que la agraviada aún no habría perdido la conciencia cuando estuvo reunida con su amigo,

<sup>2</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente número 00728-2008-PHC/TC, fundamento siete.

<sup>3</sup> SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Casación número 1893-2019/Ica, del veintitrés de junio de dos mil veintiuno.

el acusado y el otro sujeto no identificado, y que ello restaría credibilidad a la declaración de la víctima y de los testigos. Esta inferencia sin tener la suficiente información sobre ese hecho específico, no está sustentado, sino que se trata de una apreciación subjetiva y no corroborada que asume la Sala para suponer falta de credibilidad en la versión.

- 6.6** No obstante, de la revisión de los actuados se advierte que forma parte de la tesis fiscal que en un primer momento estaban libando licor en el interior de la discoteca Pentágono la agraviada y su amigo Christian Vicente Ramos Condori, y en un segundo momento se les acercaron el imputado René Zenón Condori Coila y una persona más, quienes insistieron en que libaran licor juntos y los primeros aceptaron, por lo que, efectivamente, la agraviada estuvo libando licor con su amigo, el imputado y una persona más, lo que no es parte del debate central en el presente caso, y no resulta pertinente ahondar más en el caso. Sin perjuicio de a qué hora se retiraron de la discoteca y en qué momento quedó en estado de inconsciencia la agraviada, es preciso señalar que el evento delictivo denunciado se concentra fundamentalmente en lo que aconteció en el hostel, donde fue llevada la víctima, hecho probado.
- 6.7** Cabe recordar que el delito imputado es el previsto en el artículo 172 del Código Penal, donde la conducta reprochable es el tener acceso carnal con una persona sin su consentimiento aprovechándose de que se encuentra en incapacidad de resistirse, por lo que, a fin de determinar la comisión del delito y la responsabilidad del acusado, resulta pertinente determinar el estado en el que se encontraba la víctima al momento del hecho delictivo, ya sea a través de la prueba directa o indiciaria, y resulta impertinente verificar si el sujeto activo conocía a la víctima o si estuvo con ella mientras aún no perdía la conciencia.
- 6.8** Por lo tanto, resulta razonable el cuestionamiento del casacionista respecto a este extremo del análisis de la sentencia recurrida, pues efectivamente, a fin de determinar el estado de la víctima, debió tomarse mayor importancia a la visualización de los videos de las cámaras del hospedaje, donde se acreditaría que el imputado ingresó al lugar cargando a la víctima, es decir, esta no podía ni siquiera caminar por su propia cuenta; asimismo, luego de registrarse en la recepción del hospedaje, la llevó hasta la habitación número 26 y no salió del lugar sino después de veinte a treinta minutos, dejando a la víctima aún inconsciente.
- 6.9** En la sentencia —considerando 2.11— se indica que el hecho de que el imputado Condori Coila se haya identificado con su DNI en el hospedaje crea duda razonable respecto a su responsabilidad; ello resulta un razonamiento ilógico, por cuanto ese hecho por sí mismo no descarta que el imputado no pueda ser autor de los hechos que se le imputan. Debe tomarse en cuenta que la duda razonable surge en un caso cuando existe

prueba de cargo y de descargo que no rompa la situación de oscuridad impenetrable de asumir certeza<sup>4</sup>, es decir, resulta del análisis conjunto de la diversas pruebas actuadas en el proceso, y presentadas por ambas partes contrapuestas.

- 6.10** Continuando con el análisis de la recurrida —considerando 2.18— la Sala Superior refirió que, en tanto que la agraviada había tenido relaciones sexuales con su enamorado seis días antes del hecho, cabe la posibilidad de que los espermatozoides hallados en la vulva y el fondo vaginal de la víctima, conforme el Dictamen Pericial número 2016001000665, le pertenezcan a su enamorado, y como no se realizó una prueba científica de ADN para verificar si se trataba de los espermatozoides del acusado ello solo podría ser interpretado a favor de este.
- 6.11** No obstante, de lo expuesto se advierte que la Sala Superior en su análisis omitió una vez más la valoración conjunta de la prueba; así pues, nuestra norma adjetiva —artículo 393.2 del CPP— prevé que las pruebas primero se examinan individualmente y luego de manera conjunta con las demás.
- 6.12** En el caso en análisis el órgano revisor llegó a la conclusión de realizar una interpretación a favor del acusado ante las deficiencias de una de las pruebas —el Dictamen Pericial número 2016001000665—, mas omitió la valoración conjunta de esta prueba con las otras, tales como el Certificado Médico-Legal número 000545-L, del veinticinco de enero de dos mil dieciséis, donde se indica que la agraviada presentó equimosis roja en la región parietal izquierda y en la cara lateral derecha del cuello, diversos signos de equimosis azul en ambos brazos, pero sobre todo signos de equimosis azul en las piernas y los glúteos, así como una equimosis azul violácea en la región posterior de cresta iliaca posterior izquierda. Es decir, la víctima luego del momento de los hechos presentó lesiones por todo el cuerpo, zona paragenital y extragenital; asimismo, la declaración de los testigos y los peritos en juicio oral y el Protocolo de Pericia Psicológica número 002293-2016-PSC, donde se concluye que la víctima presentó indicadores de un trastorno adaptativo ansioso depresivo asociado a la percepción del posible abuso sexual.
- 6.13** Asimismo, es preciso tener en cuenta que el hecho de que la víctima de violación sexual haya estado inconsciente durante el acto sexual no significa que el hecho cometido en su agravio no le cause afectación emocional por no recordar lo sucedido, como mal se concluye en la sentencia de vista —considerando 2.21—. La afectación evidentemente se produce como consecuencia de que la agraviada toma conciencia de lo que le ocurrió la noche y madrugada anterior; por lo tanto, indicar que no

---

<sup>4</sup> SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Recurso de Nulidad 523-2020/Junín, del veintiuno de junio de dos mil veintiuno, fundamento undécimo.

puede sentirse afectada porque en estado de inconsciencia no pudo percatarse de lo que le pasó es una conclusión ilógica.

- 6.14** Del análisis realizado a la sentencia recurrida en casación se advierte patología en la motivación, al haberse realizado una valoración deficiente de la prueba, lo que de manera ineludible conlleva conclusiones erradas y, con ello, defectos en la construcción de la motivación de la resolución.
- 6.15** Por otro lado —considerando 2.19—, citó el considerando cuarenta del “Acuerdo Plenario 2-2018”, indicando que si se trataba de un delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistir, y encontrándose espermatozoides en las partes íntimas de la agraviada, el fiscal debió solicitar la prueba de ADN para verificar si se trataba de los espermatozoides del acusado, esto como parte de su fundamento para concluir que al no haberse logrado acreditar que el acusado sea responsable de los hechos imputados debe absolverse por duda razonable. Si se omitió dicha prueba, no implica que se descarte responsabilidad, tanto más si el perito ha indicado que los restos seminales pueden durar hasta cuatro días como máximo, lo que descartaría que dichos restos fueran de la relación que mantuvo la agraviada con su enamorado, seis días antes; en todo caso, debe evaluarse razonadamente el resto de la prueba actuada.
- 6.16** Al respecto, debe ser aclarado que en realidad donde se desarrolló doctrina jurisprudencial al respecto es en la Sentencia Plenaria Casatoria número 2-2018/CIJ-433, en el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema, en que se hizo una correcta interpretación de la doctrina y se estableció la importancia y relevancia de las pruebas de ADN en los delitos contra la libertad sexual, como el que amerita el presente análisis; no obstante, se dejó claro que este medio probatorio constituye un indicio fuerte de la materialidad del delito, pero a fin de determinar la responsabilidad penal de una persona debe complementarse con otros indicios y a través de una valoración conjunta de la prueba determinarse la conclusión jurisdiccional; por ende, si bien la concurrencia de este medio probatorio puede ser fundamental en un caso de violación, no es imprescindible, tanto más si se cuenta con otros medios probatorios que en una adecuada interpretación podrían llevar al órgano jurisdiccional a una conclusión acorde a derecho.
- 6.17** Por todo ello, la Sala Superior, al desarrollar la motivación de su decisión, no arriba a conclusiones lógicas, pues ante una incorrecta apreciación de los medios probatorios y una errada interpretación de la doctrina legal, ineludiblemente, se incurre en errores en la motivación de la sentencia, razón por la que la inferencia final adolece del vicio de ilogicidad, y debe realizarse una nueva evaluación que finalmente determine si el imputado es autor o no del delito acusado, sobre la base

de una correcta valoración de la prueba y un adecuado control de logicidad y razonabilidad de la sentencia de primera instancia, en respeto de las garantías que rigen al proceso penal —esencialmente inmediación y contradicción— y las limitaciones que normativamente modulan las competencias de la Sala Superior.

**6.18** Finalmente, este Tribunal Supremo, luego de haber realizado una evaluación de la resolución de vista materia del recurso de casación, advierte que el *ad quem* incurrió en las causales casacionales alegadas —incisos 1, 4 y 5 del artículo 429 del CPP—, específicamente al haber incurrido en ilogicidad en las conclusiones e inferencias de la motivación. Por lo tanto, a fin de superar los vicios en que incurrió, corresponde la realización de un nuevo juicio de apelación, para obtener un nuevo pronunciamiento por parte de otro Colegiado Superior.

➤ **Consideraciones finales**

- En conclusión, de la revisión de la sentencia de vista recurrida se advierte configuración de los motivos casacionales alegados, esto es, afectación de la debida motivación de las resoluciones judiciales y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida.
- Por ello, esta Sala Suprema, al encontrar vicios en la sentencia de vista emitida por la Sala Superior, debe declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y ordenar que se lleve a cabo un nuevo juicio de apelación, con pleno respeto de las garantías constitucionales de carácter material y procesal, así como la revisión de las precisiones realizadas en la presente sentencia casatoria.

**DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación —por los motivos previstos en los incisos 1, 4 y 5 del artículo 429 del CPP— interpuesto por el representante del **Ministerio Público —Primera Fiscalía Superior Penal de Puno—**; por lo tanto, **CASARON** la sentencia de vista del trece de octubre de dos mil veinte, emitida por la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora y Anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Puno, que revocó la sentencia de primera instancia expedida el diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve, en el extremo en el que condenó a René Zenón Condori Coila como autor del delito contra la libertad sexual-violación de persona en incapacidad de resistencia, en agravio de la persona de iniciales E. S. C. H. (24); y, reformándola, absolvió al citado acusado de los cargos que se le imputan.

- II.** En consecuencia, **ORDENARON** que, a la brevedad posible, se lleve a cabo un **NUEVO JUICIO** de apelación por otro Colegiado Superior, con las precisiones realizadas en la presente resolución.
- III.** **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia privada, que se notifique a todas las partes apersonadas en esta sede suprema y que, acto seguido, se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV.** **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

**SEQUEIROS VARGAS**

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/ylac

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### SALA PENAL PERMANENTE

**RECURSO CASACIÓN N° 2439-2021/HUÁNUCO**  
**PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

**Título: Violación sexual real. Valoración pruebas**

**Sumilla 1.** Como se está ante una sentencia de vista absolutoria el control casacional de la *quaestio facti* solo puede realizarse desde la garantía de tutela jurisdiccional (ex artículo 139, numeral 3, de la Constitución), la cual, entre otros elementos que la integran, exige una sentencia de fondo fundada en Derecho. De un lado, debe analizarse si se cumplió con las reglas fundamentales del Derecho probatorio fijadas en la Ley Procesal Penal –incluso aquella que exige que no puede utilizarse para la deliberación de pruebas diferentes de aquellas legítimamente incorporadas en el juicio, y la fija un límite al Tribunal de Apelación respecto de la prueba personal (ex artículos 393, apartado 1, y 425, apartado 2, del CPP– y las reglas formales que determinan la estructura de toda sentencia; y, de otro lado, que la motivación sea clara, lógica y completa, con indicación del razonamiento que la justifique, el cual debe respetar las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (ex artículos 394, numeral 3, 393, numeral 2, y 158, numeral 1, del CPP). No se trata, desde luego, que el Tribunal Supremo valore autónomamente el material probatorio disponible sino solo de controlar la legalidad y racionalidad de la parte considerativa de la sentencia, si la motivación presenta defectos de motivación relevantes. **2.** Tratándose de delitos sexuales, entendiéndose criminalistamente como delitos de clandestinidad, la versión de la víctima tiene una importancia relevante. **A.** Por ello mismo es indispensable examinarla con todo rigor para determinar que no presenta un móvil gratuito que pueda determinar una sindicación falsa o exagerada, y si es no persistente –en caso de falta de persistencia, adicionalmente debe examinarse las explicaciones para el cambio de versión, si éstas son razonables–. **B.** De igual manera debe analizarse su verosimilitud interna, si presenta o no contradicciones internas, tiene o no vacíos relevantes, si su narración es o no fantasiosa o débil, y si no presenta incoherencias lógicas. **C.** También debe indagarse si constan corroboraciones externas periféricas que le concedan verosimilitud externa. En este último punto es relevante examinar el conjunto del material probatorio disponible y determinar si la prueba de cargo ofrece una mejor y cabal explicación y acreditación de los hechos según la hipótesis acusatoria o si, por el contrario, resulta razonable y justificada, ante las deficiencias o insuficiencias de la anterior, la hipótesis defensiva.

### –SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinte de abril de dos mil veintidós

**VISTOS;** en audiencia privada: el recurso de casación, por **quebrantamiento de precepto procesal** y **violación de la garantía de motivación**, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUÁNUCO contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintidós, de veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y seis, de treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho, absolvió a Rafael Sánchez Alfaro de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación

sexual real en agravio de R.K.M.A.; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que el señor fiscal provincial del Primer Despacho de la Segunda fiscalía provincial Penal Corporativa de Ambo por requerimiento de fojas dos, de tres de junio de dos mil dieciséis, formuló acusación contra RAFAEL SÁNCHEZ ALFARO como autor del delito de violación sexual real en agravio de R.K.M.A. El Juzgado de la Investigación Preparatoria de Ambo mediante auto de fojas ocho, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral.

**SEGUNDO.** Que el Juzgado Penal Unipersonal Transitorio de Ambo de Huánuco, tras el juicio oral, privado y contradictorio, con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho dictó la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y seis, que condenó a RAFAEL SÁNCHEZ ALFARO como autor del delito de violación sexual real en agravio de R.K.M.A. a seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación definitiva y tratamiento psicológico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con costas.

**TERCERO.** Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, aceptado el recurso de apelación del imputado y cumplido con el trámite impugnatorio en segunda instancia, emitió la sentencia de vista de fojas trescientos veintidós, de veintiuno de agosto de dos mil diecinueve. Ésta, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, absolvió a RAFAEL SÁNCHEZ ALFARO de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual real en agravio de R.K.M.A.

∞ Contra la referida sentencia de vista la Fiscal Superior interpuso recurso de casación.

**CUARTO.** Que, según la acusación fiscal de fojas dos, de tres de junio de dos mil dieciséis, los hechos son los siguientes:

- A.** El encausado SÁNCHEZ ALFARO se desempeñó como Pastor de la Iglesia Evangélica “El Buen Pastor”, en la localidad de Ambo – Huánuco, desde el año dos mil ocho. En esta Iglesia la agraviada R.K.M.A., de veintiocho años de edad, participaba como integrante de la congregación desde fines del año dos mil seis.
- B.** El citado encausado SÁNCHEZ ALFARO, de cincuenta y cinco años de edad, quien estaba casado con Yolanda Trujillo Baltazar y tenía hijos –es

decir, una familia formada y estable—, abusó sexualmente de la agraviada R.K.M.A. en tres oportunidades en el año dos mil diez, sin que se pueda precisar las fechas exactas de la agresión sexual. Los actos de abuso sexual ocurrieron en el domicilio de la agraviada R.K.M.A., ubicado en la calle Miraflores sin número, Barrio Huancapata – Ambo, al que concurría el imputado en su condición de Pastor con el pretexto de orar por su salud. El encausado SÁNCHEZ ALFARO se aprovechó que la agraviada R.K.M.A. no se podía defender por encontrarse postrada en cama a causa de una dolencia en la pierna derecha, y por ello le hizo sufrir el acto sexual sin su consentimiento, en circunstancias en los que familiares de la agraviada no se encontraban en casa porque se habían ido a realizar faenas de cosecha.

- C. La última violación sexual, luego de los tres atentados anteriores, ocurrió el día doce de diciembre de dos mil doce, cuando el imputado SÁNCHEZ ALFARO la citó por teléfono para encontrarse entre las ocho y nueve de la noche por inmediateces de la Iglesia de su congregación, a donde la agraviada R.K.M.A. acudió acompañada de su amiga “Gianela”, quien se quedó en el puente nuevo de Ambo, mientras la agraviada y el acusado bajaron del puente hasta el lado de una casa abandonada, a orillas del río, donde la empezó a besar, la cogió del brazo, la hizo echar sobre la arena, le bajó el pantalón pese a su resistencia y le hizo sufrir el acto sexual contra su voluntad, a la vez que la amenazaba diciéndole que la mataría y la botaría al río.
- D. La agraviada R.K.M.A. le hizo saber a su prima Noemí Falero Arias los abusos sexuales de que era víctima por el encausado SÁNCHEZ ALFARO, quien a su vez le contó lo ocurrido a la madre de la primera, Juana Arias Tineo, a la que tras interrogarla le confirmó lo expuesto por su prima, lo que dio lugar a la denuncia.

**QUINTO.** Que el señor Fiscal Superior en su escrito de recurso de casación de fojas trescientos cuarenta y cinco, de nueve de septiembre de dos mil diecinueve, denunció como causal de casación **apartamiento de doctrina jurisprudencial** (artículo 429, inciso 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP).

∞ Expuso, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que conforme al Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 es de valorar las condiciones personales de la víctima y adecuarla a la situación de ésta cuando se produjo la agresión sexual; que no solo debe examinarse el aspecto interno de la exposición de la víctima, también debe contextualizarse en función a sus relaciones personales con el agresor.

**SEXTO.** Que, como consecuencia de la denegación del recurso de casación y la presentación de un recurso de queja, este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas ciento uno del cuadernillo, de veintiocho de abril de dos mil veinte, declaró fundado el referido recurso y concedió el recurso de casación por las causales de **quebrantamiento de precepto procesal** y **violación de la garantía de motivación**: artículo 429, incisos 2 y 4, del CPP.

∞ El ámbito del recurso de casación es el de examinar el alcance del artículo 425, apartado 2, del CPP y si se cumplió con sus directivas, así como, desde las bases consignadas en el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, determinar si el razonamiento del Tribunal Superior contiene una motivación suficiente y conforme a las reglas de la sana crítica.

**SÉPTIMO.** Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día once de abril del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal doctora Jacqueline Elizabeth Del Pozo Castro, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

**OCTAVO.** Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato, sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia privada de lectura de la sentencia el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que la censura casacional consiste en examinar, desde las causales de **quebrantamiento de precepto procesal** y **violación de la garantía de motivación**, si la sentencia de vista absolutoria respetó los poderes de apreciación probatoria fijados por el artículo 425, apartado 2, del CPP; y, además, si la motivación que contiene es suficiente y racional, en cumplimiento de lo prescripto en el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116.

**SEGUNDO.** Que, respecto de los cargos, el imputado SÁNCHEZ ALFARO, pastor evangélico, reconoció que con la agraviada R.K.M.A. mantuvo una relación extramatrimonial clandestina desde el año dos mil siete; que la última vez que mantuvo sexo con la agraviada, siempre voluntario –incluso en varias oportunidades concurren a un hospedaje de la localidad–, fue el día doce de diciembre de dos mil doce, en horas de la noche, atrás del local de la Iglesia; que como su familia y hermanos de la Iglesia (feligreses) se enteraron de esa relación, el indicado día le hizo saber a la agraviada que debían culminar su vínculo sentimental, a lo que aquella se negó y le dijo,

incluso, que tomaría veneno, aunque pudo calmarla, para luego tener relaciones íntimas.

∞ Por su parte, la agraviada R.K.M.A. insistió que fueron cuatro los actos de violación sexual, siempre impuestos por la fuerza y amenazas –tres en el año dos mil diez y un último el ya referido día doce de diciembre de dos mil doce, en horas de la noche –a la que acudió a una cita pedida por el imputado–, ocasión en que “Gianela” la acompañó, pero se quedó esperándola en el puente. Ella expresó que con posterioridad hizo saber lo ocurrido a su prima Noemí Falero Arias, quien a su vez le contó lo ocurrido a su madre, Juana Arias Tineo.

**TERCERO.** Que, ahora bien, la versión de la agraviada R.K.M.A. tiene un único punto de confirmación en la declaración de su madre, la cual conoció del hecho por versión de su sobrina y, luego, como consecuencia de haber interrogado a su hija. Es, pues, una versión de referencia, no presencial de los hechos. Además, no declararon la llamada “Gianela” ni su prima Noemí Falero Arias. La prueba pericial da cuenta, primero, que al examen médico legal presentó himen con desgarros completos antiguos en horas I, IV, VII y IX; y, segundo, que el examen psicológico forense determinó que ostenta rasgos de personalidad inestable e inmadura, así como trastorno adaptativo compatible a experiencia negativa vivida en el área psicosexual [Protocolo de pericia psicológica 294-2013-PSC] –la impresión psicológica 03-2013, del Centro de Emergencia Mujer, debidamente oralizada, dio cuenta que la agraviada presentó una sintomatología de trastorno de estrés traumático compatible con experiencia de abuso sexual–.

∞ La versión del encausado SÁNCHEZ ALFARO tiene como aval la declaración de su esposa Yolanda Trujillo Baltazar, quien mencionó la constante presencia de la agraviada en su casa, donde el imputado tenía un ambiente para un programa de radio, la misma que luego del programa no quería retirarse; asimismo, anotó que escuchó los rumores de que la agraviada tenía una relación sentimental con su esposo, al punto que a este último se lo hizo saber, pero lo negó tajantemente. Otra declaración es la de Luisa Senaida Postillo Rojas, miembro de la congregación, quien advirtió el trato afectuoso entre imputado y agraviada, así como los celos de ella cuando el imputado conversaba con otras mujeres de la congregación; agregó que en dos mil diez, en la localidad de Llata, los vio abrazados y casi besándose; que su hija le contó que en una ocasión vio al imputado y a la agraviada juntos, abrazándose, y sus hermanos le dijeron que la agraviada, en una ocasión, había ingresado a dormir al mismo cuarto donde se encontraba el imputado; que, por todo ello, ante el conocimiento general de ese vínculo sentimental, sometieron a disciplina a la agraviada y le ordenaron que no vuelva a

congregar. La pericia psicológica realizada al imputado concluyó que presentó rasgos de personalidad disocial, independiente, activo e impulsivo.

**CUARTO.** Que el cuadro probatorio indicado en los dos fundamentos jurídicos precedentes es el que fue materia de apreciación por los jueces de mérito, con conclusiones distintas a partir de inferencias probatorias incompatibles entre sí. Respecto de la prueba personal, específicamente en el análisis de la sindicación de la víctima y en el examen de la versión de las dos testigos de descargo, se advierte la incompatibilidad entre las dos sentencias.

∞ El Juzgado Penal estimó que la declaración de la víctima es sólida, coherente, espontánea, creíble y persistente –su **revelación tardía** (expresión utilizada por la perito psicóloga) fue muy bien explicada por aquélla, lo que ocurrió por las amenazas del imputado–, y que está ratificada por la prueba pericial, así como entendió que una máxima de experiencia a la que debe acudir es aquella en cuya virtud si se hace una imputación muy grave es porque los hechos realmente ocurrieron, al no advertirse elementos de que actuó por móviles espurios.

∞ El Tribunal Superior, a diferencia del Juzgado Penal, entendió que la versión de la testigo Postillo Rojas no solo recogió versiones de su familia, sino que ella misma presencié diversas escenas impropias entre el pastor encausado y la feligresa agraviada. Este vínculo de cercanía también se reparó, según consignó la sentencia de vista, de las fotografías examinadas en el plenario y de las constantes llamadas telefónicas entre imputado y agraviada en las fechas coincidentes de los hechos [véase el Informe de la empresa Telefónica: carta TSP-830-30000-STA-482-2013]. Y, finalmente, consideró que la cita que refirió la agraviada, la cual se llevó a cabo en horas de la noche del doce de diciembre de dos mil doce, no es una versión razonable desde que no es compatible con una persona que la había sido violada en tres ocasiones anteriores.

**QUINTO.** Que como se está ante una sentencia de vista absolutoria el control casacional de la *quaestio facti* solo puede realizarse desde la garantía de **tutela jurisdiccional** (ex artículo 139, numeral 3, de la Constitución), la cual, entre otros elementos que la integran, exige una sentencia de fondo fundada en Derecho. De un lado, debe analizarse si se cumplió con las reglas fundamentales del Derecho probatorio fijadas en la Ley Procesal Penal –incluso aquella que exige que no puede utilizarse para la deliberación de pruebas diferentes de aquellas legítimamente incorporadas en el juicio, y la fija un límite al Tribunal de Apelación respecto de la prueba personal (ex artículos 393, apartado 1, y 425, apartado 2, del CPP)– y las reglas formales que determinan la estructura de toda sentencia; y, de otro lado, que la motivación sea clara, lógica y completa, con indicación del razonamiento que la

justifique, el cual debe respetar las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (ex artículos 394, numeral 3, 393, numeral 2, y 158, numeral 1, del CPP). No se trata, desde luego, que el Tribunal Supremo valore autónomamente el material probatorio disponible sino solo de controlar la legalidad y racionalidad de la parte considerativa de la sentencia, si la motivación presenta defectos de motivación relevantes.

∞ En casación se debe controlar el razonamiento con el Tribunal Superior, si éste justifica su decisión o si su valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad. Es obvio que de la sentencia absolutoria debe desprenderse la exclusión de la arbitrariedad (la tutela jurisdiccional también corresponde al Ministerio Público y a la víctima); la afirmación de la insuficiencia o de la duda por el órgano de mérito exige que una y otra han de ser razonables, a cuyo efecto deben incluirse algún dato o elemento, explícito o implícito, pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación [STSE 1005/2006].

∞ La regla del artículo 425, numeral 2, del CPP, no puede interpretarse en el sentido de que el órgano de casación o, antes, el de apelación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el Tribunal de mérito ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia. Ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente, desde que el órgano jurisdiccional sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera ocurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta. Y en la misma dirección, también se ha advertido que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aun con la justificación de la misma, ya que la inmediación no blind a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal de Revisión [STSE 586/2010, de diez de junio].

**SEXO.** Que, tratándose de delitos sexuales, entendiéndose criminalistamente desde su ejecución como delitos de clandestinidad, la versión de la víctima tiene una importancia relevante. **A.** Por ello mismo es indispensable examinarla con todo rigor para determinar que no presenta un móvil gratuito que pueda determinar una sindicación falsa o exagerada, y si es no persistente –en caso de falta de persistencia, adicionalmente debe examinarse las explicaciones para el cambio de versión, si éstas son razonables–. **B.** De igual manera debe analizarse su verosimilitud interna, si presenta o no

contradicciones internas, tiene o no vacíos relevantes, si su narración es o no fantasiosa o débil, y si no presenta incoherencias lógicas. C. También debe indagarse si constan corroboraciones externas periféricas que le concedan verosimilitud externa. En este último punto es relevante examinar el conjunto del material probatorio disponible y determinar si la prueba de cargo ofrece una mejor y cabal explicación y acreditación de los hechos según la hipótesis acusatoria o si, por el contrario, resulta razonable y justificada, ante las deficiencias o insuficiencias de la anterior, la hipótesis defensiva.

**SÉPTIMO.** Que es evidente, en el presente caso, que imputado y agraviada, ambos mayores de edad, se conocían por vínculos religiosos en la Iglesia Evangélica “El Buen Pastor” de Ambo, él como pastor y ella como miembro de la congregación. El imputado no negó haber tenido trato sexual con la agraviada, a pesar de estar casado y ser ella miembro de su congregación. La versión de la agraviada, que el Juzgado Penal otorgó credibilidad, es que el imputado le hizo sufrir el acto sexual en cuatro oportunidades. El dato que aportó, en el sentido que le fue impuesto el acceso carnal, según el Tribunal Superior, no tiene corroboración periférica. Como se ha expuesto *up supra*, no han declarado su amiga “Gianela” y su prima Noemí Falero Arias, de suerte que solo se tiene la versión referencial de su madre. Asimismo, más allá de que presenta rasgos de personalidad inestable e inmadura, no es conforme con las máximas de la experiencia, que acuda a una cita con quien la violó, en un lugar desolado en horas de la noche, cuando lo razonable es que no lo haga, y menos que permita que su amiga no se acerque al lugar de los hechos para auxiliarla. Este razonamiento del Tribunal Superior es correcto desde las reglas de la sana crítica. Por lo demás, el Juzgado Penal incorporó una máxima de experiencia que no es tal, pues el que se formule un cargo grave de por sí no importa que lo que afirme es verdad, más aún si la pericia psicológica, como resaltó, hizo referencia a una relación toxica entre imputada y agraviada.

∞ El Juzgado Penal rechazó las versiones de los testigos presentados por el encausado sobre la base de que son referenciales, no directos –pero referencial es también la declaración de la madre de la agraviada–. Empero, las testigos Yolanda Trujillo Baltazar y Luisa Senaida Postillo Rojas no solo han narrado los rumores que escucharon o los informes de sus parientes (en el caso de la segunda), sino también lo que observaron, en especial Postillo Rojas, que revelaron un vínculo amoroso entre imputado y agraviada. Asimismo, como resaltó el Tribunal Superior, a ello se une, respecto del vínculo constante entre ambos, las tomas fotográficas y, de modo más intenso, las llamadas telefónicas entre ambos, las que no se condicen con una relación violenta, de imposición sexual.

**OCTAVO.** Que, en estas condiciones, no puede sostenerse que el Tribunal Superior, primero, rebasó su ámbito competencial de control de la prueba personal –no alteró el elemento de prueba que contiene y se limitó a examinar la logicidad de las inferencias probatorias que de los elementos de prueba podrían desprenderse–. Segundo, valoró la prueba pericial y la prueba documental, lo que podía hacer autónomamente, sin estar atado a la conclusión arribada por el Juzgado Penal. La motivación de la sentencia de vista no puede calificarse de defectuosa desde la perspectiva constitucional; específicamente es racional por cuanto las máximas de experiencia incorporadas y la que rechazó del Juzgado Penal son debidas y rigurosas. No es posible entender que incorporó criterios irracionales, por el contrario, siguió un razonamiento lógico-objetivo.

∞ El hecho de que las pericias psicológicas dieron cuenta de un estrés traumático a consecuencia de hechos de violencia sexual por parte de la agraviada y de una personalidad disocial por parte del imputado, no puede sin más conducir a una u otra conclusión (condena o absolución). Se trata de pericias de opinión a partir de la propia indagación psicológica al examinado sin ningún otro dato añadido y que, como tales, requieren ser contrastadas con las demás pruebas actuadas en la causa. En este caso, como se ha puntualizado, constan declaraciones y prueba documental de descargo. Luego, no puede entenderse que se vulneró los conocimientos científicos al absolver al imputado –lo resaltante en el *sub judice*– es que se logró incorporar medios de prueba adicionales a la sola versión de ambas partes, y sobre esa base es que se realizó una valoración conjunta de todo el material probatorio disponible.

**NOVENO.** Que, por consiguiente, la sentencia de vista no incurrió en una violación de la ley procesal ni en un defecto de motivación irracional. Luego, el recurso de casación no puede prosperar, así se declara.

∞ Respecto de las costas, es de aplicación el artículo 499, numeral 1, del CPP. El Ministerio Público está exento del pago de costas.

## DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación, por **quebrantamiento de precepto procesal y violación de la garantía de motivación**, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUÁNUCO contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintidós, de veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y seis, de treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho, absolvió a Rafael Sánchez Alfaro de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación

sexual real en agravio de R.K.M.A.; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **II.** Declararon que el Ministerio Público está exento del pago de costas. **III. MANDARON** se transcriba la presente sentencia casatoria el Tribunal de Origen, para los fines de ley; y, se devuelvan las actuaciones donde corresponda; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia casatoria en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/EGOT



**JURISTA  
EDITORES**

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

**RECURSO CASACIÓN N.º 700-2022/ICA**  
**PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

### **Violación sexual. Ilogicidad de la motivación**

*Sumilla* **1.** De la exposición pericial queda claro que la menor presentó desgarramiento del himen y que es posible que el agente que lo causó fuera el intento de ingreso de un glande. Esta información médico legal, desde la perspectiva de valoración probatoria integral o conjunta, debe complementarse tanto con la declaración de la víctima cuanto con la pericia psicológica. La agraviada S.G.C.G., pese a su corta edad, dio cuenta precisa de los reiterados actos de abuso sexual, que incluyeron besos en la boca, tocamientos y que [su papá] le empujaba el pene. Al respecto, el perito psicólogo explicó que de acuerdo a los test que realizó la niña presentó, al examen, síndrome mixto ansioso depresivo moderado, indicadores de nerviosismo, preocupaciones, inseguridad, temores y ansiedad, tristeza, desgano, preocupación, que son síntomas compatibles con personas que fueron víctimas de abuso sexual; además, no se apreció que exista incoherencia entre lo narrado y su afectación emocional. **2.** El acceso carnal es un concepto normativo, no depende de circunstancias anatómicas. No es necesario un completo acoplamiento del órgano sexual del varón dentro de la vagina de la mujer. Basta que al efecto la introducción del pene, aun cuando sea instantáneo, parcial y únicamente se produzca en zona de los labios de la vulva que ya forman parte de la vagina, aunque lo sea en su porción externa “*coniunctio membrorum*”; y, también es factible lo que se denomina coito vestibular, cuando el pene superó el umbral del *labium majus* y el *labium minus*. **3.** La sentencia de vista respetó los principios de no contradicción, de identidad, de tercero excluido y de razón suficiente. La exposición de la motivación de la sentencia, más allá de su corrección formal (base de los principios de identidad, no contradicción y tercero excluido), está suficientemente fundada. Las inferencias han sido deducidas de la prueba y sus afirmaciones responden adecuadamente a los elementos de prueba antes destacados: están justificadas; y, no existen razones excluyentes valederas de la conclusión incriminatoria.

### **–SENTENCIA DE CASACIÓN–**

Lima, cuatro de noviembre de dos mil veintidós

**VISTOS;** en audiencia privada: el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación**, interpuesto por la defensa del encausado ROBERTO PAOLO TATAJE HERNÁNDEZ contra la sentencia de vista de fojas ochocientos cincuenta y ocho, de dos de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas setecientos ochenta y uno, de catorce de noviembre de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.G.C.G. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de veinte mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que el señor fiscal provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica por requerimiento acusatorio de fojas dos, de trece de diciembre de dos mil doce, formuló acusación contra ROBERTO PAOLO TATAJE HERNÁNDEZ por la comisión del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.G.C.G. y solicitó se le imponga treinta años de privación de libertad y tratamiento terapéutico.

∞ Por dictamen de integración de fojas doce, de veintiuno de diciembre de dos mil doce, modificó el indicado requerimiento de acusación fiscal al amparo de lo dispuesto en el artículo 351, numeral 3, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– en el extremo de la pena y, por ende, pidió se imponga al imputado la pena de cadena perpetua.

∞ El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Ica mediante auto de fojas dieciséis, de veinticinco de marzo de dos mil trece, declaró la procedencia del juicio oral.

**SEGUNDO.** Que el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, tras el juicio oral, privado y contradictorio, con fecha catorce de noviembre de dos mil dieciocho dictó la sentencia de primera instancia de fojas setecientos ochenta y uno, que condenó a ROBERTO PAOLO TATAJE HERNÁNDEZ como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.G.C.G. a cadena perpetua y al pago por concepto de reparación civil de veinte mil soles.

**TERCERO.** Que la Primera Sala Penal de Apelaciones y Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Ica, aceptado el recurso de apelación del imputado y cumplido el trámite impugnatorio en segunda instancia, emitió la sentencia de vista de fojas ochocientos cincuenta y ocho, de dos de julio de dos mil diecinueve. Ésta, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a ROBERTO PAOLO TATAJE HERNÁNDEZ como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.G.C.G. a cadena perpetua, con lo demás que al respecto contiene.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa del encausado TATAJE HERNÁNDEZ interpuso recurso de casación.

**CUARTO.** Que los hechos declarados probados estriban en que el encausado Tataje Hernández convivía con Eloyda Isabel Gutiérrez de la Cruz en el inmueble ubicado en el Caserío Pongo Los Zegarros C-05, Pueblo Nuevo – Ica, en el que también vivía la menor S.G.C.G., de cinco años de edad, quien es hija de Eloyda Isabel Gutiérrez de la Cruz. El citado encausado, desde el mes de marzo del año dos mil doce, en horas de la noche, abusaba sexualmente de la agraviada en el interior de la habitación del citado predio, debido que la menor y su madre

compartían una sola cama, y cuando su madre se levantaba a atender a su menor hijo, el citado encausado Tataje Hernández aprovechaba para ultrajar sexualmente a la menor por vía vaginal, a cuyo efecto le bajaba el pijama hasta la altura de las rodillas y luego procedía a tocar sus partes íntimas, a sobar su pene por la misma vía y, finalmente, a introducirlo en la vagina de la menor. Estos hechos se produjeron en reiteradas oportunidades durante la convivencia del imputado con la madre de la menor.

**QUINTO.** Que la defensa del encausado TATAJE HERNÁNDEZ en su escrito de recurso de casación de fojas ochocientos setenta y tres, de dieciséis de julio de dos mil diecinueve, como causa de pedir, invocó todas las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal. Alegó que se transgredió el principio de legalidad ante la falta de convergencia entre la conducta atribuida y el tipo penal; que el análisis del material probatorio no cumple las exigencias de coherencia, solidez, persistencia y corroboración periférica; que no ha sido adecuada la valoración de la prueba pericial ni la explicación de la pericia psicológica; que no se desarrolló la prueba por indicios; que se actuaron como prueba en segunda instancia las constataciones policiales.

**SEXTO.** Que el Tribunal de Apelación por auto de cinco de agosto de dos mil diecinueve declaró inadmisibile el recurso de casación, pero ante el recurso de queja del encausado Tataje Hernández, este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas doscientos setenta y siete, de veintisiete de febrero de dos mil veinte, concedió el citado recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación.

**SÉPTIMO.** Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintiséis de octubre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la abogada defensora del encausado Tataje Hernández, doctora María Esther Adriano Guzmán, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

**OCTAVO.** Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia privada de lectura de la sentencia el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación**, se centra en determinar la corrección de la motivación –en el sentido de ausencia de defectos constitucionalmente relevantes– desde la perspectiva de la *quaestio facti* y de las

exigencias derivadas de la garantía de presunción de inocencia, en el ámbito específico de logicidad de las inferencias probatorias [vid.: fundamento cuarto de la Ejecutoria de veintisiete de febrero de dos mil veinte].

**SEGUNDO.** Que, en principio, como ya se tiene expuesto este Tribunal Supremo, cuando se trata de la denuncia de inobservancia de la garantía de presunción de inocencia, al haberse agotado la doble instancia, solo corresponde examinar si el Tribunal Superior se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; si ha aplicado correctamente la necesidad de motivar la valoración de la prueba tanto al analizar los cuestionamientos de falta de motivación de la sentencia de primera instancia como al fundamentar su propia sentencia de vista; si ha respetado las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con el objeto de determinar su licitud elementos de cargo; y, si ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la sana crítica (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos). Esto último, desde luego, según consta en el artículo II, apartado 1, del Título Preliminar del CPP (debida motivación), guarda estrecha relación con la garantía específica de motivación, integrante de la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva.

**TERCERO.** Que, en el *sub judice*, lo relevante de cara a la pretensión casacional es si se justificó la sentencia en la prueba por indicios –y en caso positivo, si se cumplió con las reglas internas y formal correspondientes–, si se apreció adecuadamente la prueba pericial de integridad sexual y psicológica, y si el análisis realizado se efectuó con sujeción a las reglas de la sana crítica. No corresponde a este Tribunal Supremo reexaminar el conjunto de la prueba actuada, sino determinar si se analizó prueba con sensibles defectos en cuanto a su eficacia procesal desde la perspectiva del control de logicidad de las inferencias probatorias (motivación irracional).

**CUARTO.** Que la principal prueba de cargo es la personal de la agraviada S.G.C.G. (acta única en Cámara Gesell) y la de referencia expuesta por su madre Gutiérrez de la Cruz, aunque esta última en una segunda declaración se retractó de lo anteriormente expuesto –en la primera declaración confirmó lo que su hija la manifestó acerca del abuso sexual reiterado realizado por el encausado Tataje Hernández [vid.: fojas una y diecisiete del expediente judicial]–. La prueba principal es directa y, como corresponde en estos casos, amén de la valoración específica del testimonio incriminador del testigo-víctima, debe analizarse la validez de ese testimonio en relación con otras pruebas de carácter periférico al hecho acusado, para lo cual se invocó el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116. Esto último es lo que ha llevado a cabo el Tribunal Superior al confirmar la sentencia del Juzgado Penal. Distinto es el caso de su legalidad y del respeto de las exigencias de tal doctrina jurisprudencial, que es materia de otro análisis.

∞ En consecuencia, este motivo casacional no puede prosperar.

**QUINTO.** Que, en orden a las pruebas periciales de integridad sexual y psicológica, realizadas por medico legistas y psicólogos del Instituto de Medicina Legal, se tiene lo siguiente:

1. El certificado médico legal 3569-VLS, de diecisiete de mayo de dos mil doce, dio cuenta que la agraviada, al examen, presentó signos de desfloración antigua en posición IX, no actos contra natura, sin lesiones genitales, genitales, extra o para genitales recientes. Los desgarros presentan como características: bordes cicatrizales por separado y de color blanco nacarado que al juntarlas con el hisopo vuelven a su posición natural. Su apertura vaginal es de 1.2 centímetros.
2. El certificado médico legal 4557-PML, de veintiocho de junio de dos mil doce, dio cuenta, atento al diámetro himeneal de la víctima y las características y la ubicación de la lesión descrita en el certificado anterior (desgarro en el himen), es posible que esta haya sido ocasionada secundariamente a parasitosis (a consecuencia del rascado por el prurito “escozor” en sus partes íntimas por la presencia del parásito). Asimismo, esto está en relación a una infección urinaria.
3. El informe psicológico 4639, de tres de julio de 2012, en lo relevante, concluyó que la agraviada padece síndrome mixto ansioso depresivo moderado. Emisión de conductas inadecuadas. Requiere tratamiento psicológico en la Unidad de Atención a las víctimas.

**SEXTO.** Que los señores médicos legistas en el plenario han explicado debidamente los alcances de los certificados médico legales en cuestión. Es de resaltar que se señaló, por ambos peritos, que el desgarró del himen se encuentra en posición nueve horario; que los bordes cicatriciales del desgarró del himen, de características antiguas, estaban por separados y eran de color blanco nacarado, que al juntarlas con el hisopo vuelven a la posición natural; que tiene una abertura vaginal de un centímetro con dos milímetros; que el agente utilizado puede ser un dedo de una persona, un lapicero u objeto que tenga dicho diámetro; que si bien el glande de una persona tiene un diámetro entre nueve a once centímetros, la lesión examinada también pudo producirse con el intento del ingreso de un glande; que de acuerdo a la literatura científica en niñas menores de seis años el ángulo sub púbico es agudo por lo que es una barrera anatómica que hacen imposible la penetración del pene, pero es posible su colocación a la estructura del mismo; que no se observó otras lesiones que serán característicos de una bulbo vaginitis, de un descenso o inflamación en zona vaginal; que la parasitosis puede condicionar un escozor y la menor al rascarse puede producir algunas lesiones.

**SÉPTIMO.** Que, en tal virtud, de la exposición pericial queda claro que la menor presentó desgarró del himen y que es posible que el agente que lo causó fuera el intento de ingreso de un glande. Esta información médico legal, desde la perspectiva de valoración probatoria integral o conjunta, debe complementarse tanto con la declaración de la víctima cuanto con la pericia psicológica. La

agraviada S.G.C.G., pese a su corta edad, dio cuenta precisa de los reiterados actos de abuso sexual, que incluyeron besos en la boca, tocamientos y que [su papá: el imputado Tataje Hernández] le empujaba el pene. Al respecto, el perito psicólogo Gómez Ríos explicó que de acuerdo a los test que realizó la niña presentó, al examen, síndrome mixto ansioso depresivo moderado, indicadores de nerviosismo, preocupaciones, inseguridad, temores y ansiedad, tristeza, desgano, preocupación, que son síntomas compatibles con personas que fueron víctimas de abuso sexual; además, no se apreció que exista incoherencia entre lo narrado y su afectación emocional.

∞ Es de precisar, por lo demás, que el acceso carnal es un concepto normativo, no depende de circunstancias anatómicas. No es necesario un completo acoplamiento del órgano sexual del varón dentro de la vagina de la mujer. Basta que al efecto la introducción del pene, aun cuando sea instantáneo, parcial y únicamente se produzca en zona de los labios de la vulva que ya forman parte de la vagina, aunque lo sea en su porción externa “*coniunctio membrorum*”; y, también es factible lo que se denomina coito vestibular, cuando el pene superó el umbral del *labium majus* y el *labium minus* [vid.: SSTSE 680/2005, de veintisiete de mayo; 339/2007, de treinta de abril; y 418/2004, de veintinueve de marzo].

**OCTAVO.** Que los jueces de mérito analizaron el conjunto del material probatorio disponible asumiendo los factores de seguridad del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116. Nada indica que los cargos de la niña se deban a la presencia de odio, rencor o manipulación; su versión, en función a su edad, es verosímil y dio detalles relevantes sobre los hechos del caso; y, se han presentado circunstancias objetivas externas periféricas al relato incriminador que permiten confirmar partes del mismo: lugar de los hechos [vid.: acta de inspección técnica policial], realidad del daño sexual y emocional, y declaración de referencia de su madre.

∞ Es verdad que la denunciante y madre de la agraviada, primero, confirmó lo que su hija expuso; y, luego, ante el Ministerio Público, se retractó, pero sin explicar las razones del cambio de versión. Luego, no es posible darle mérito alguno, por lo que lo que primero detalló, coincidente con la versión de su hija, es la que se condice con el conjunto de la prueba actuada.

**NOVENO.** Que, en consecuencia, no existen razones valederas para concluir que la valoración de la prueba de cargo fue irracional. La sentencia de vista respetó los principios de no contradicción, de identidad, de tercero excluido y de razón suficiente. La exposición de la motivación de la sentencia, más allá de su corrección formal (base de los principios de identidad, no contradicción y tercero excluido), está suficientemente fundada. Las inferencias han sido deducidas de la prueba y sus afirmaciones responden adecuadamente a los elementos de prueba antes destacados: están justificadas; y, no existen razones excluyentes valederas de la conclusión incriminatoria. El cuestionamiento del censor casacional no tiene mérito suficiente.

∞ Este motivo casacional debe desestimarse y así se declara.

**DÉCIMO.** Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los artículos 497, apartados 1 y 3, y 504, apartado 2, del CPP. Debe abonarlas el encausado recurrente.

## DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación, interpuesto por la defensa del encausado ROBERTO PAOLO TATAJE HERNÁNDEZ contra la sentencia de vista de fojas ochocientos cincuenta y ocho, de dos de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas setecientos ochenta y uno, de catorce de noviembre de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.G.C.G. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de veinte mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **II. CONDENARON** al encausado recurrente al pago de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente de la ejecución, previa liquidación de las mismas por la Secretaría de esta Sala Suprema. **III. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal de origen para los fines de ley; registrándose. **INTERVINO** la señora jueza suprema Pacheco Huancas por vacaciones del señor juez supremo Luján Túpez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**ALTABÁS KAJATT**

**SEQUEIROS VARGAS**

**PACHECO HUANCAS**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CSMC/RBG

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 316-2021/LIMA ESTE  
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

### **Error de subsunción jurídica. Tentativa inacabada de violación sexual**

*Sumilla.* No se está ante una causal de nulidad del fallo por vulneración del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, sino, en atención a la causa de pedir impetrada (hechos jurídicos relevantes de la pretensión impugnatoria), frente a un error de subsunción jurídica. El Tribunal Superior al desvincularse no infringió regla jurídica procesal alguna y, menos, una garantía o principio procesal de relevancia constitucional. Empero, más allá de esta posibilidad, lo cierto es que, propiamente, la desvinculación no es correcta. Todo da entender, desde los hechos narrados por la víctima –no descartados por la posición no uniforme e incoherente del imputado– que se trató de violar a la víctima, lo que no se logró por la oportuna llamada de la madre de la agraviada. Los hechos externos revelan la intención delictiva del encausado aprovechó que la niña estaba sola en su casa, ingresó a la misma y se abalanzó contra ella, besándola, haciéndole caricias libidinosas, le bajó el pantalón, a la vez que trató de echarla en la cama. Es pues una tentativa inacabada de violación sexual, no un delito contra el pudor. El imputado no se limitó a tocar indebidamente a la agraviada, sino que la dirección de su ataque delictivo fue más grave: violarla sexualmente. De otro lado no es del caso aumentar la pena impuesta. La litero-suficiencia de todo recurso no puede suplirse por el órgano jurisdiccional.

Lima, ocho de junio de dos mil veintiuno

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE LIMA ESTE y el encausado JOSÉ ANTONIO QUISPE CORRALES contra la sentencia de fojas trescientos cincuenta y siete, de dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve, que condenó a Juan Antonio Quispe Corrales como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de R.L.F.R. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.  
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS

### **§ 1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DE LAS PARTES PROCESALES**

**PRIMERO.** Que el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR en su escrito de recurso de nulidad formalizado de fojas trescientos setenta y siete, de veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve, requirió la nulidad de la sentencia. Argumentó que el Colegiado efectuó el cambio de tipo penal sin acudir al artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales; que los hechos acreditados revelan que el imputado, al echar en la cama y bajarle el pantalón a

la agraviada trató de violarla, por lo que se trata de un delito de violación sexual en grado de tentativa.

**SEGUNDO.** Que el encausado QUISPE CORRALES en su escrito de recurso de nulidad formalizado de fojas trescientos ochenta, de seis de enero de dos mil veinte, instó se disminuya la pena impuesta. Alegó que, como confesó los hechos, debe imponérsele una pena de cuatro años de privación de libertad.

### **§ 2. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL**

**TERCERO.** Que, según la acusación fiscal de fojas ciento setenta y tres, el día veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, como a las ocho horas, cuando la menor R.L.F.R., de doce años de edad [DNI de fojas cincuenta y uno], se encontraba sola en su cuarto de la vivienda donde reside, ubicada en la Manzana I, Lote 12, en la Urbanización Catalina Huanca, distrito de El Agustino, a punto de partir a su colegio, ingresó sorpresivamente a la casa su vecino, el encausado Quispe Corrales, de treinta años de edad [Ficha RENIEC de fojas cincuenta y dos], quien de improviso la besó en la boca y en el cuello, le dijo que la quería, le acarició los senos y la pierna, así como acto seguido le bajó el pantalón y la quiso echar a la cama, lo que fue interrumpido por los llamados desde el exterior de su madre, la denunciante Dina Lea Fernández Ramírez, situación que dio lugar a que huya.

### **§ 3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO**

**CUARTO.** Que, frente al llanto de la niña R.L.F.R. y la comunicación de los hechos, su madre, Dina Lea Fernández Ramírez, denunció lo ocurrido. Fue ayudada por el Sereno Jorge Luis Tipe Quispe, de servicio en el Colegio donde estudia la menor agraviada, según declaró el primero en su declaración preliminar, con fiscal, de fojas ocho.

∞ Las declaraciones preliminares, con fiscal, de la madre de la menor agraviada y de su padre, Santiago Fernández Castellanos [fojas treinta y cinco y catorce, respectivamente], así lo confirman.

**QUINTO.** Que la menor agraviada R.L.F.R. en el acta de entrevista única de fojas veintidós precisó la irrupción del imputado a su vivienda cuando estaba sola y el hecho de que la besó en boca y cuello, le hizo caricias libidinosas, le bajó el pantalón y la quiso echar en la cama, no sin antes decirle que la quería, situación que no llegó a más porque su madre, Dina Lea Fernández Ramírez, al llamarla desde el exterior (estaba en casa de su hermana), dio lugar a que el imputado se dé a la fuga. Además, lo reconoció en sede policial en la diligencia, con fiscal, de fojas veintisiete.

∞ La pericia psicológica de fojas treinta y tres, ratificada plenariamente a fojas doscientos setenta y cuatro, da cuenta de la afección emocional que presenta la víctima con motivo de los hechos.

∞ No se llegó al acto de penetración sexual. Así lo confirma la pericia médico legal de fojas treinta y ocho. La pericia social de fojas ochenta y ocho da cuenta que la niña presenta riesgo moderado para su integridad física y emocional.

**SEXTO.** Que el encausado Quispe Corrales en sede preliminar, con fiscal y abogado defensor, negó los cargos [fojas dieciséis]. Pero, en su instructiva de fojas ciento treinta y uno los aceptó y expresó estar arrepentido. En cambio, en su declaración plenarial de fojas doscientos tres volvió a decir que lo están acusando falsamente, aunque admitió que besó en el cuello a la agraviada, pues ingresó a la casa de aquélla para tratar de enamorarla.

**SÉPTIMO.** Que, ahora bien, es de tener en cuenta que la defensa del imputado en sede del Tribunal Superior solicitó que en su oportunidad se adecue el tipo penal acusado al de tocamientos indebidos [fojas doscientos seis, de doce de septiembre de dos mil diecinueve]. Además, en su alegato final de fojas trescientos cuarenta y tres, de once de diciembre de dos mil diecinueve, insistió en ese cambio de tipificación, a lo que el Ministerio Público en su alegato final y acusación oral cuestionó esa propuesta e insistió en el cargo de tentativa de violación sexual [fojas trescientos cuarenta y uno, de once de diciembre de dos mil diecinueve].

∞ En tal virtud, es patente que la condena por delito de actos contra el pudor no fue sorpresiva (no inobservó el principio de contradicción y, tampoco, el principio acusatorio). Fue un tema de debate, en el que el fiscal no fue ajeno e incluso se pronunció en contra de la propuesta o resistencia de la defensa del imputado. Si la contraparte, respecto de la calificación jurídica del hecho, planteó un tipo delictivo menos grave que vulnera el mismo bien jurídico, éste fue materia del plenario y el fiscal lo cuestionó en el alegato final, no hace falta planteamiento de tesis alguna, solo necesaria si el órgano jurisdiccional, de oficio, decide variar la tipificación.

**OCTAVO.** Que, entonces, el Tribunal Superior al desvincularse no infringió regla jurídica procesal alguna y, menos, una garantía o principio procesal de relevancia constitucional.

∞ Empero, más allá de esta posibilidad, lo cierto es que, propiamente, la desvinculación no es correcta. Todo da entender, desde los hechos narrados por la víctima –no descartados por la posición no uniforme e incoherente del imputado– que trató de violarla, lo que no se logró por la oportuna llamada de la madre de la agraviada R.L.F.R. Los hechos externos revelan la intención delictiva del encausado Quispe Corrales: aprovechó que la niña estaba sola en su casa, ingresó a la misma y se abalanzó contra ella, besándola, manoseándole los senos y la pierna, así como le bajó el pantalón y trató de echarla en la cama. Es, pues, una tentativa inacabada de violación sexual, no un delito contra el pudor. El imputado no se limitó a manosear a la agraviada, sino que la dirección de su ataque delictivo fue más grave: violarla sexualmente.

**NOVENO.** Que no se está ante una causal de nulidad del fallo por vulneración del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, sino, en atención a la causa de pedir impetrada (hechos jurídicos relevantes de la pretensión impugnatoria), frente a un error de subsunción jurídica, y así debe pronunciarse. Ello importa, desde la petición un fallo parcialmente revocatorio y no anulatorio.

∞ No obstante ello el fiscal, debido a su propio planteamiento, pese a que estimó acreditado que el delito cometido es el de tentativa de violación sexual de menor de edad, no requirió expresamente se aumente la pena impuesta, por lo que, a mérito al efecto devolutivo parcial de todo recurso, no es del caso aumentar la pena impuesta. La litero-suficiencia de todo recurso no puede suplirse por el órgano jurisdiccional.

∞ El recurso acusatorio debe estimarse parcialmente.

### DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos cincuenta y siete, de dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve, en cuanto condenó a Juan Antonio Quispe Corrales como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de R.L.F.R.; reformándola en este extremo: lo **CONDENARON** por delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa. **II.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en el extremo que le impuso siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior de origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por el Juzgado competente; registrándose. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**SEQUEIROS VARGAS**

**COAGUILA CHÁVEZ**

**TORRE MUÑOZ**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CSMC/YLPR

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### SALA PENAL PERMANENTE

SENTENCIA DE CASACIÓN N.º 552-2018/CAÑETE  
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

#### **Violación sexual. Pericia médico legal. Relevancia**

**Sumilla:** 1. En efecto, no se oralizó el certificado médico legal, pese a que se dispuso su lectura en la fase respectiva del juicio oral, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 379 y 383, apartado 1, literal c), del Código Procesal Penal. Se incumplió, pues, una exigencia del procedimiento formal de actuación probatoria respecto de la ejecución de un medio de prueba pericial. 2. El punto estriba en analizar si la omisión y, consiguiente incumplimiento, origina la nulidad de las sentencias de mérito y la retroacción de actuaciones. A estos efectos debe analizarse si tal omisión desencadena irremediablemente la nulidad de la sentencia y de los juicios realizados. La regla es si examinado el proceso en su conjunto existen medios de prueba suficientes que justifiquen, excluyendo la prueba no ejecutada, la condena impuesta. 3. En materia de ineficacia de los actos procesales, y cuando se trata de prescindencia de normas esenciales del procedimiento, propiamente de un acto de prueba, que forma parte de un conjunto de medios de prueba ejecutados, debatidos y valorados, se debe apreciar si, por ello, una de las partes careció de las razonables oportunidades de postular lo que a su derecho convenga o perdió indebidamente esas oportunidades. 4. El análisis conjunto de la prueba de cargo actuada –de cuya licitud respecto de su obtención (fuente de prueba) y de su actuación (medio de prueba)–, con exclusión del medio de prueba no ejecutado en el juicio (prueba pericial de integridad sexual), constituye base suficiente para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia. Existe prueba fiable, plural, coincidente entre sí, lícita y suficiente para justificar una sentencia condenatoria.

### –SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve

**VISTOS;** en audiencia privada: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado SERGIO EUDES HUAYLLA TOROMANYA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa, de nueve de octubre de dos mil diecisiete, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a la pena de cadena perpetua y tratamiento ambulatorio, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que el señor Fiscal Provincial Provisional de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mala – Cañete a fojas treinta y cinco formuló acusación contra Sergio Eudes Huaylla Toromanya por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de iniciales J.C.J.Q.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de Chilca mediante auto de fojas quince, de veintiuno de abril de dos mil diecisiete, declaró la procedencia del juicio oral.

∞ El Segundo Juzgado Penal Colegiado, tras el juicio oral, privado y contradictorio, con fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas noventa, que condenó a Sergio Eudes Huaylla Toromanya como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a la pena de cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

**SEGUNDO.** Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete emitió la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho. Ésta, por mayoría, confirmó la sentencia de primera instancia de fojas noventa, de nueve de octubre de dos mil diecisiete.

∞ Contra la referida sentencia de vista el abogado del encausado Huaylla Toromanya interpuso recurso de casación.

**TERCERO.** Que las sentencias de mérito declararon probado lo siguiente:

**A.** En el mes de julio de dos mil trece, cuando el menor agraviado J.R.J.Q., de ocho años de edad, quien vivía con su madre Layme Quiñonez Sedano en el inmueble ubicado en la avenida los Libertadores, Manzana R uno, Lote nueve, del Asentamiento Humano quince de enero del distrito de Chilca, provincia de Cañete – Lima, ingresó al predio colindante por la parte trasera donde vivía el encausado Sergio Eudes Huaylla Toromanya, de diecinueve años de edad, y su hermano menor de edad, el infractor Britaldo Geremías Jayo Toromanya, cuyo domicilio era Manzana R uno, Lote doce, del mismo Asentamiento Humano y distrito –en esa fecha no había división de los predios–. Además, existía un vínculo familiar entre el agraviado y los antes citados, pues son primos de la madre del menor. Es del caso que el infractor Britaldo Geremías Jayo Toromanya lo agarró, jaló de la mano y llevó hacia una parte del terreno contiguo de una señora, que en esa fecha no se encontraba cercado y había solo un toldo viejo. El citado infractor le bajó el pantalón al menor J.R.J.Q., mientras él se bajó el short, y le introdujo el pene en el ano. Tal conducta fue percibida por el encausado Sergio Eudes Huaylla

Toromanya, quien lejos de auxiliarlo también procedió a violarlo analmente. Luego el menor se retiró del lugar, no sin antes ser amenazado por sus agresores para que no contara nada de lo sucedido.

**B.** La violación se repitió dos veces más. La segunda ocasión, antes que finalice el mes de julio de dos mil trece, en el mismo lugar, en cuya oportunidad se le acercaron el imputado y el infractor y lo llevaron nuevamente al mismo lugar, donde lo violaron analmente. La violación se repitió tiempo después, pero esta vez solo intervino el infractor Britaldo Geremías Jayo Toromanya.

**C.** Asimismo, en otras oportunidades el encausado Sergio Eudes Huaylla Toromanya hizo sufrir el sexo oral al menor J.R.J.Q., lo que sucedió en el interior del inmueble de éste y cuando no se encontraba su hermano.

**CUARTO.** Que el abogado del encausado Huaylla Toromanya en su recurso de casación de fojas ciento ochenta y cinco, de uno de marzo de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal, en los términos del artículo 429, incisos 1 y 2, del Código Procesal Penal.

∞ El abogado del encausado de Huaylla Toromanya alegó que se vulneraron los principios de intermediación, oralidad y contradicción en materia probatoria; que la pericia médico legal debió actuarse en el juicio, pero el informe pericial ni siquiera se oralizó en el acto oral, luego de haberse prescindido de la concurrencia de la perito médico legal; que no se dio cumplimiento al artículo 383 apartado 1, literal c), del Código Procesal Penal; que, por tanto, se incurrió en causal de nulidad insubsanable, conforme al artículo 150, literal d), del Código acotado.

**QUINTO.** Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y tres, de cuatro de julio de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró parcialmente bien concedido el citado recurso. Solo aceptó la causal de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal).

∞ La causa de pedir relevante, objeto de control casatorio, se centra en la denuncia de quebrantamiento de preceptos procesales y está referida a la prueba pericial médico legal. Es de rigor, por tanto, examinar la realidad del posible incumplimiento de precepto procesal y su efectiva trascendencia en el conjunto de la prueba valorada por el Tribunal Superior.

**SEXTO.** Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de julio del presente año, ésta se

realizó con la concurrencia del abogado del encausado, Doctor Héctor Barrón Campoblanco, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

**SÉPTIMO.** Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.** Que el ámbito del presente de casación se circunscribe a un presunto quebrantamiento de preceptos procesales, en concreto del artículo 393, apartado 1, del Código Procesal Penal. Afirmó el impugnante que al acto oral no concurrió la médico legista autora del certificado médico legal de integridad sexual; que se dispuso la lectura del referido informe médico legal al prescindirse del examen pericial ante la inconcurrencia de quien lo expidió; que, sin embargo, dicho informe médico legal no se oralizó, por lo que –a su juicio– se quebrantó el artículo 383, apartado 1, literal c, del Código Procesal Penal; que, siendo así, tal infracción –concluyó– es causal de nulidad insubsanable conforme al artículo 150 del citado Código.

**PRIMERO.** Que de las actuaciones del proceso se advierte que, en efecto, el Ministerio Público ofreció como medios de prueba en la etapa intermedia, entre otros, el examen de la perito médico legisla Noelia Romely Lizárraga Santos, autora del certificado médico legal de fojas sesenta y cuatro, de veinte de julio de dos mil quince, y el visionado del Disco Compacto –en adelante, CD– que contenía la entrevista única en cámara gessel del agraviado J.C.J.Q. –la entrevista única, por lo demás, aparecía transcrita en el acta de fojas setenta y nueve, de once de agosto de dos mil quince–. Ambos medios de prueba fueron admitidos por resolución oral de fojas cincuenta y cuatro, de veintiuno de abril de dos mil diecisiete.

∞ En el curso del juicio oral, ante la inasistencia de la perito médico legista Lizárraga Santos, por resolución oral no objetada de fojas cincuenta y dos/cincuenta y tres, de seis de septiembre de dos mil diecisiete, se prescindió de su actuación y, acto seguido, se dispuso la lectura del certificado médico legal en la fase correspondiente del enjuiciamiento [resolución número seis, de fojas cincuenta y tres, de la misma fecha] –oralización de prueba documental y documentada–. De igual manera, no pudo visionarse el CD que contenía la entrevista única en cámara gessel del agraviado J.C.J.Q. por encontrarse dañado, por lo que, ante su imposibilidad, por resolución oral de fojas sesenta y cinco, de veintiséis de septiembre de

dos mil diecisiete, se prescindió de esta diligencia probatoria y en la sesión del seis de septiembre de ese año [fojas sesenta y seis] se dio lectura al acta de entrevista en cámara gessel].

∞ En la sentencia de vista se indicó, en el párrafo veintiocho [folio veintitrés], que del examen de lo acaecido en la sesión de veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete no se advierte la oralización del certificado médico legal número cero cero tres tres dos cero-EIS. En efecto, elevado el CD en cuestión, de la sesión señalada, como fluye del oficio de fojas ochenta y cuatro del cuaderno de casación, [fojas ochenta y siete, recibido el veinte de noviembre de dos mil dieciocho], consta que, en efecto, tal certificado médico legal no se oralizó.

**SEGUNDO.** Que, ahora bien, examinado el contexto del juicio y la sentencia de vista recurrida, se tiene lo siguiente:

1. Se oralizó la declaración de cargo del agraviado J.C.J.Q. –indicó que fue violado anal y bucalmente por el imputado–.

2. Se examinó a la perito psicóloga Guezly Margarita Pomahuilca Rodríguez respecto del protocolo de pericia psicológica cero cero trece cero ocho guion dos mil quince guion PSC –concluyó que el menor narró el atentado sexual del que fue víctima y que, al examen, presentó afectación emocional y alteración del desarrollo psicosexual asociada a experiencia negativa de tipo sexual–.

3. Se tomó la declaración de la denunciante Layme Quiñoz Quiñoz Sedano, madre del agraviado –testigo de referencia que ratificó lo sucedido a partir de la versión de su hijo–.

4. Se oralizó el acta de inspección fiscal respecto del lugar en que ocurrió la violación anal, que es compatible con lo expuesto por la víctima.

∞ Es de resaltar que en el juicio de apelación el encausado Huaylla Toromanya aceptó los hechos, pero afirmó que ocurrieron en dos mil diez, cuando tenía dieciséis años de edad –no en el año dos mil trece, como se declaró probado en las sentencias de mérito–, y que es consciente de los actos que realizó contra el agraviado, pero no está conforme con la pena que se le impuso [véase la Sección Segunda (desarrollo de la audiencia de apelación de sentencia), punto séptimo (preguntas aclaratorias por la Sala Penal de Apelaciones), último párrafo, del folio siete de la sentencia de vista].

∞ El certificado médico legal de fojas sesenta y cuatro, de veinte de julio de dos mil quince, concluyó que el agraviado J.C.J.Q., al examen, presentó signos de acto contra natura antiguo, signos de lesiones traumáticas extra genitales recientes y lesiones compatibles a las ocasiones por agente contundente duro.

**TERCERO.** Que es obvio que, en efecto, no se oralizó el certificado médico legal, pese a que se dispuso su lectura en la fase respectiva del juicio oral, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 379 y 383, apartado 1, literal c), del Código Procesal Penal. Se incumplió, pues, una exigencia del procedimiento formal de actuación probatoria respecto de la ejecución de un medio de prueba pericial.

∞ El punto es, empero, si la omisión y, consiguiente incumplimiento, origina la nulidad de las sentencias de mérito y la retroacción de actuaciones. El motivo de quebrantamiento procesal, desde la perspectiva casacional, exige que los defectos incurridos sean de nivel máximo que ocasionen la nulidad procesal (artículo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal). A estos efectos debe analizarse si tal omisión (no actuación de un medio de prueba admitido) desencadena irremediablemente la nulidad de la sentencia y de los juicios realizados (de primera instancia y de apelación). Es claro, por lo demás, que la regla es si examinado el proceso en su conjunto existen medios de prueba suficientes que justifiquen, excluyendo la prueba no ejecutada, la condena impuesta. Al respecto, el artículo 432, apartado 3, del Código Procesal Penal preceptúa que: “Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyen en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria”.

**CUARTO.** Que es de precisar que, en materia de ineficacia de los actos procesales, y cuando se trata de prescindencia de normas esenciales del procedimiento, propiamente de un acto de prueba, que forma parte de un conjunto de medios de prueba ejecutados, debatidos y valorados, se debe apreciar si, por ello, una de las partes careció de las razonables oportunidades de postular lo que a su derecho convenga o perdió indebidamente esas oportunidades [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: *Derecho Procesal – Introducción*, Segunda Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002, p. 351].

∞ Así, el Tribunal Constitucional Español, en la STCE 48/1984, acotó que existe indefensión cuanto la actuación de los órganos judiciales “[...] entraña menoscabo del derecho a intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto [...], así como del derecho a realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales”.

∞ En el presente caso, como se tiene expuesto, no se actuó un medio de prueba ofrecido por el acusador público y, pese a ello, se valoró un informe pericial no sometido a lectura y debate. El efecto jurídico, tras constatarse el error del tribunal de instancia, es excluir del material probatorio tal informe pericial médico legal; pero, lo determinante es determinar si, pese a esta omisión, existen medios de prueba válidos, legítimamente incorporados en el

juicio (artículo 391, numeral 1, del Código Procesal Penal), que permitan fundar una sentencia condenatoria.

**QUINTO.** Que, como se ha destacado en los dos primeros párrafos del fundamento jurídico segundo de esta sentencia, no solo consta (i) la sindicación del agraviado –directa, precisa y circunstanciada–, la declaración referencial de la denunciante y la pericia psicológica –que corroboran lo expuesto por el menor agraviado–, al igual que el acta de inspección fiscal del lugar donde ocurrió la violación sexual, sino también (ii) la propia admisión del imputado recurrente en sede de apelación, aunque con el agregado de que los hechos ocurrieron años antes del que indicó el menor –este último dato, sin embargo, no tiene base acreditativa alguna y ni siquiera fue objeto de una causa pedir casacional–. La agresión sexual, además, no solo fue anal, sino asimismo bucal –*factum* último que, por cierto, no puede demostrarse pericialmente–. Es de relieves, por otro lado y solo como un dato complementario, que el imputado no cuestionó las conclusiones del informe o certificado médico legal, respecto de su mérito científico o pericial; su defensa de fondo no incluyó este aspecto.

∞ En consecuencia, el análisis conjunto de la prueba de cargo actuada –de cuya licitud respecto de su obtención (fuente de prueba) y de su actuación (medio de prueba)–, con exclusión del medio de prueba no ejecutado en el juicio (prueba pericial de integridad sexual), constituye base suficiente para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia. Existe prueba fiable, plural, coincidente entre sí, lícita y suficiente para justificar una sentencia condenatoria.

∞ Por consiguiente, la sentencia de vista y, por extensión, la sentencia de primera instancia no pueden anularse, más allá del error incurrido respecto de la apreciación de un informe pericial no sometido a contradicción en el juicio oral, el cual, en suma, debe excluirse de la valoración del conjunto de la prueba actuada. El motivo casacional del imputado debe desestimarse y así se declara.

**SEXTO.** Que corresponde un pronunciamiento expreso sobre las costas. El artículo 505 del Código Procesal Penal precisa que las costas se establecerán por cada instancia, las que serán liquidadas por el Secretario cursor. El pronunciamiento es de oficio y motivado, conforme estatuye el artículo 497, apartado 2, del Código Procesal Penal.

∞ Si bien las costas están a cargo del vencido, el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso (artículo 497, numeral 3, del Código Procesal Penal). Esto último es lo que debe destacarse en el presente caso. Es verdad no se actuó una prueba y, por ello, en esta sede se

excluyó del proceso, aunque un análisis total del mismo arrojó un resultado negativo.

## DECISIÓN

Por estos motivos: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado SERGIO EUDES HUAYLLA TOROMANYA. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa, de nueve de octubre de dos mil diecisiete, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a la pena de cadena perpetua y tratamiento ambulatorio, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. **II. DISPUSIERON** se remitan los actuados al Tribunal Superior de origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente continúe la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **III. EXIMIERON** al recurrente al pago de las costas del proceso. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por vacaciones de la señora jueza suprema Chávez Mella. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**FIGUEROA NAVARRO**

**PRINCIPE TRUJILLO**

**CASTAÑEDA ESPINOZA**

**SEQUEIROS VARGAS**

SMC/egot

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

**RECURSO CASACIÓN N.º 308-2018/MOQUEGUA**  
**PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO**

### **Delito de violación sexual y determinación de la pena**

**Sumilla.** 1. Si bien el imputado carece de antecedentes –que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal ‘a’, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos)–, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel. 2. Aun cuando el imputado no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada y a la edad de esta última la diferencia de edades es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado. 3. La sentencia de vista invocó como sustento para la medición de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

## **–SENTENCIA DE CASACIÓN–**

Lima, cinco de junio de dos mil diecinueve

**VISTOS;** en audiencia privada: el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto, culminada la etapa de investigación preparatoria, a fojas trece formuló acusación contra el encausado Manchego Juárez por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T.

Los hechos declarados probados por las sentencias de mérito, son los siguientes:

- A.** La menor de iniciales V.R.M.T nació el uno de setiembre de dos mil uno y conoció al imputado Juan Manchego Juárez, de veintitrés de años de edad (nació el día trece de noviembre de mil novecientos noventa), en el mes de abril de dos mil catorce en circunstancias en que éste se dedicaba al transporte público de pasajeros, dado que la menor vive en el sector “El Molino” – Tumulaca y desde allí se trasladaba regularmente hasta la ciudad de Moquegua para asistir al colegio Santa Fortunata, donde estudiaba.
- B.** Esta situación fue aprovechada por el imputado Manchego Juárez para acercarse a la menor agraviada y enamorarla. De esta manera, el día cinco de julio de dos mil quince el encausado Manchego Juárez le hizo sufrir acceso carnal a la menor agraviada V.R.M.T. en el domicilio de ésta última, ubicado en la avenida Miraflores, Manzana K, Lote cuatro – Tumulaca. La menor indicó a sus padres, con quienes se encontraba en la celebración de la fiesta de la Virgen del Carmen en el Molino Tumulaca, que deseaba ir a los servicios higiénicos, pero en realidad se dirigió a su domicilio e hizo ingresar al imputado. La madre de la menor, al regresar a su casa, encontró al procesado debajo de la cama escondido.

**SEGUNDO.** Que, por estos hechos, el imputado Manchego Juárez fue condenado, tanto en primera como en segunda instancia.

∞ El fundamento de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la pena impuesta, es que no existió prueba de alguna circunstancia agravante, por lo que estimó que el rango aplicable se ubica dentro del tercio inferior, consecuentemente, la pena aplicable debía ser treinta años de privación de libertad, tanto más si no se advirtió la concurrencia de alguna circunstancia atenuante.

**TERCERO.** Que, tras la interposición y ulterior concesión del recurso de apelación [fojas ochenta, de siete de agosto de dos mil diecisiete; y, fojas noventa, de diez de agosto de dos mil diecisiete, respectivamente], la sentencia de vista precisó, en relación a la pena, lo siguiente:

- A. Se deben tomar en cuenta los criterios de la Sentencia Casatoria número treientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, por lo que corresponde aplicar el control difuso.
- B. Al respecto, en el presente caso:
  - i. En la ejecución de los hechos no hubo violencia ni amenaza.
  - ii. La menor tenía una edad cercana a los catorce años
  - iii. No se actuó pericia psicológica que establezca afectación emocional en la víctima.
  - iv. No existe una diferencia muy alta de edad entre la agraviada y el procesado, quien tenía al momento de los hechos veintitrés años.
- C. Se debe considerar el principio de proporcionalidad.
- D. Existe un conflicto entre el referido principio de proporcionalidad y el de legalidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que la menor a la fecha de los hechos tenía trece años y diez meses de edad, cerca de los catorce, por lo que no se justifica la imposición de una pena entre treinta y treinta y cinco años, al no ser indispensable para lograr su fin de protección efectiva, al existir la posibilidad de otras penas alternativas menores de prisión para alcanzar el mismo objetivo.
- E. La pena a imponerse no debe sobrepasar la responsabilidad por el hecho punible. La imposición de la pena debe respetar sus fines (de la pena).
- F. Según la pericia psicológica el encausado no tiene desviaciones sexuales.
- G. El acusado no tiene antecedentes.

**CUARTO.** Que el Fiscal Superior de Moquegua en su recurso de casación de fojas ciento noventa, de once de enero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 3 y 5, del Código Procesal Penal).

Argumentó, en lo específico, que no se aplicó el artículo 45-A del Código Penal para la medición de la pena; que la Sentencia Casatoria número treientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa estableció criterios para inaplicar la pena conminada para el delito de violación sexual y en el presente caso no se observaron; que al no aplicarse el artículo 45-A del Código Penal se afectó el principio de legalidad.

**QUINTO.** Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal Supremo, por Ejecutoria de fojas sesenta y siete, de diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede, declaró bien concedido el citado recurso por las causales de infracción de precepto material y de apartamiento de la doctrina jurisprudencial (artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ La Fiscalía Superior impugnante precisó las razones por las que, a su juicio, la pena impuesta no se amoldó a las exigencias del ordenamiento penal. El

mínimo legal para la conducta delictiva declarada probada es de treinta años de privación de libertad, pese a lo cual, invocándose el principio de proporcionalidad, se rebajó a solo cuatro años de privación de libertad –este criterio está siendo impugnado en casación–. El recurso discute no solo lo que prevé la ley para el delito cometido, sino las reglas de medición de la pena en relación con el principio de proporcionalidad penal. De igual manera, más allá del recurso en cuestión, y ante la argumentación de la sentencia, es de evaluar la corrección jurídica de la Sentencia Casatoria número trescientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, al no tratarse de una Sentencia Plenaria ni un Acuerdo Plenario.

**SSEXTO.** Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintinueve de mayo del presente año –La Fiscalía Suprema en lo Penal presentó el correspondiente escrito en el que fijó su posición procesal con fecha veinticuatro de mayo del año en curso [fojas ochenta y dos]–, ésta se realizó con la concurrencia del señor fiscal adjunto supremo en lo Penal, doctor Sandro Mario Paredes Quiroz, parte recurrente, y de la defensa del encausado recurrido, doctor Pedro Guillermo Núñez Ventura, conforme al acta precedente.

**SSEXPTIMO.** Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que corresponde dilucidar en esta sede la existencia o no de infracción normativa respecto de la pena impuesta por el Tribunal Superior para el delito de violación sexual de menor de edad en relación a la situación jurídica del encausado recurrido Manchego Juárez, y si la motivación de la sentencia de vista incurrió en un defecto constitucionalmente relevante.

**SEGUNDO.** Que la sentencia de vista, en concordancia con la sentencia de primera instancia, declaró probado que la agraviada V.R.M.T. cuando conoció al encausado Manchego Juárez tenía doce años y siete meses de edad y en la fecha en que fue abusada sexualmente contaba con trece años y diez meses de edad. Por su parte, el encausado Manchego Juárez tenía en la fecha que conoció a la víctima veintitrés años y cinco meses de edad y en la fecha del acceso carnal veinticuatro años y ocho meses de edad.

∞ Si bien el imputado Manchego Juárez carece de antecedentes –que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal ‘a’, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos)–, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel.

∞ Cabe agregar que el imputado Manchego Juárez no admitió íntegramente los hechos atribuidos e incluso alegó que solo se trató de la tentativa de un acto sexual impedido por la madre de la agraviada y que la propia agraviada en su Facebook señaló que tenía dieciséis años de edad –exposición que, en todo caso, fue desestimada por los jueces de mérito–, por lo que, como es evidente, no es de aplicación la regla de reducción por bonificación procesal de confesión sincera (ex artículo 161 del Código Procesal Penal). En la sentencia de primera instancia, incluso, se precisó, sobre la base de prueba pericial, que la menor presentaba desfloración antigua y la muestra de hisopado vaginal estableció la existencia de cabezas de espermatozoides, indicadores claros de un acto sexual completo.

**TERCERO.** Que el artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal, según la citada Ley 30076, estipuló que (1) la pena se determina dentro los límites fijados por la ley –el principio de legalidad penal impone esta consideración previa–, para lo cual el juez debe atender (2) a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad, sin perjuicio de tomar en cuenta (i) las carencias sociales que hubiese sufrido el agente y su rol social, así como (ii) su cultura y costumbres y (iii) los intereses de la víctima, como reza el artículo 45 del Código Penal, según la referida Ley 30076.

∞ Cabe apuntar, respecto de este último punto, que el encausado Manchego Juárez tenía secundaria completa y se dedicaba al oficio de conductor de una combi, mientras que la agraviada era hija de familia y cursaba estudios de secundaria en un colegio de la ciudad de Moquegua. Ambos son de origen humilde y ciudadanos.

**CUARTO.** Que el delito perpetrado por el encausado Manchego Juárez está previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece –ley vigente cuando se cometió el delito–. La pena que establece es no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad.

∞ Desde ya es de puntualizar que aun cuando el imputado Manchego Juárez no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente –en estos casos el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual–. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada, y a la edad de esta última la diferencia etaria es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado. El imputado conoció con anterioridad a la agraviada y, desde que la conoció hasta que le hizo sufrir el acto sexual declarado probado, transcurrió un año y tres meses; tiempo suficiente para conocerla y tomar nota de su edad, tanto más si la propia agraviada le dijo su edad [véase folio catorce de la sentencia de primera instancia].

∞ Asimismo, es de destacar que la agraviada no fue examinada por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal, de suerte que no es posible sostener que no medió afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido. En todo caso, como ya se tiene precisado jurisprudencialmente, la pericia psicológica es un medio de prueba complementaria, pero su ausencia o que, de realizarse, en el momento del examen no arroje estresor sexual, no es relevante para la acreditación del delito de violación sexual.

∞ De igual manera, el hecho de que la pericia psicológica del imputado no concluya que presenta desviaciones sexuales tampoco excluye la comisión del delito de violación sexual. No hay una relación necesaria entre un individuo que no padezca estas afectaciones con la imposibilidad de comisión de los referidos delitos, aunque la presencia de las mismas, sin duda, lo hace más peligroso si abusa de menores de edad.

**QUINTO.** Que la sentencia de vista invocó como sustento para la medición de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

∞ Es verdad que la Sentencia Plenaria antes aludida se profirió con posterioridad a la emisión de la sentencia de vista recurrida, empero ello no es óbice para invocarla puesto que lo que el Pleno de los Jueces Supremos en lo Penal hizo fue interpretar los alcances jurídicos de la determinación de la pena en los delitos sexuales, cuyos preceptos –de la parte general y de la parte especial– estaban vigentes cuando el delito se perpetró.

∞ En el caso concreto no existe oposición entre los principios de legalidad penal y de proporcionalidad, ambos de jerarquía constitucional. Salvo los supuestos en los que la pena es absolutamente desproporcionada, las penas fijadas por el legislador deben aplicarse dentro de los márgenes legalmente previstos, que sin duda importan en su determinación por el juez la aplicación, razonada y razonable, del principio de proporcionalidad o prohibición del exceso. En todo caso, debe estarse –si correspondiere– a las posibles excepcionalidades apuntadas en el párrafo veintinueve de la mencionada Sentencia Plenaria.

**SEXTO.** Que, por consiguiente, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena y el principio de proporcionalidad penal, lo que determinó la fijación de una pena ilegal e injustificada.

∞ De otro lado, las inferencias probatorias en que se sustentó, igualmente, no eran las que correspondían. Incluso desde la sentencia vinculante declarada sin efecto no era de rigor incorporar algunos criterios que indebidamente adoptó, tales como la diferencia etaria –no eran cercana–, el supuesto vínculo amoroso entre imputado y agraviada –el propio imputado, ante el perito psicólogo, vanamente mencionó que no era enamorado de la agraviada [véase folio doce de la sentencia de primera instancia]–, y la plena voluntariedad de la víctima –imposible de aceptar por su minoría de edad–. Además, los criterios adoptados, por lo anterior, resultaron siendo irracionales y con afectación al principio de dignidad de la persona, en este caso de la víctima.

∞ En tal virtud, debe ampararse al recurso de casación del Ministerio Público; y, como para decidir no es necesario un nuevo debate, corresponde emitir una sentencia rescisoria. En primera instancia se impuso el mínimo legal. Esa pena es la que corresponde imponer sin afectar el principio congruencia cuantitativa de la pena. Es de aplicación, por lo demás, el artículo 47 del Código Penal.

## DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. –y no V.M.R.T como erróneamente se consignó en la sentencia de vista y calificación de la casación–, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En

consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete. **II.** Actuando como instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, que condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a treinta años de pena privativa de libertad. **ORDENARON** la inmediata recaptura del aludido condenado; sin costas. **III. PRECISARON** que para los efectos del cómputo de la pena privativa de libertad –que llevará a cabo el Juez de la Investigación Preparatoria una vez se recapture al imputado– se descontará el tiempo de carcelería sufrido en aplicación de las medidas de coerción personal de detención y/o prisión preventiva. **IV. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano de origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente se proceda al inicio de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **V. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

**Ss.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**FIGUEROA NAVARRO**

**PRÍNCIPE TRUJILLO**

**SEQUEIROS VARGAS**

**CHÁVEZ MELLA**

CSM/abp

ch



JURISTA EDITORES



PODER JUDICIAL

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 270-2018/ÁNCASH  
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

### Violación sexual: definición de violencia y prueba del delito

**Sumilla.** 1. La violencia –en el delito de violación sexual– solo requiere que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento carnal, paralizándolo o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima. Importa –a estos efectos– la actividad o la actitud del agente, no la de la víctima. 2. Las corroboraciones son esos datos o elementos externos que sin suponer una aditiva prueba complementaria, pues en tal caso sobraría la declaración de la víctima, refuerzan las manifestaciones de la víctima, de tal modo que le otorgan verosimilitud y credibilidad. 3. El control en casación de la garantía de presunción de inocencia solo requiere verificar si existe verdadera prueba, adquirida y actuada sin vulnerar la legislación constitucional y legal (en su obtención y/o práctica), y si los actos de prueba son inculpatorios o suficientes –si permiten constatar, desde sus propios términos y relación entre sí, la realidad del hecho delictivo y la intervención delictiva del imputado en su comisión–. No cabe realizar una valoración probatoria autónoma, sólo examinar si estos elementos se presentan.

## SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho

**VISTOS:** en audiencia privada: el recurso de casación, por vulneración de precepto material y violación de doctrina jurisprudencial, el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE ANCASH contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y cinco, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cinco, de dieciocho de julio de dos mil diecisiete, absolvió a Huber Kike Abrigo Rodríguez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual en agravio de R.C.N.M.; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.



## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que la sentencia de primera instancia declaró probado que el encausado Abrigo Rodríguez hizo sufrir el acto sexual en tres oportunidades a la menor agraviada R.C.N.M., de quince años de edad.

La primera vez ocurrió en el mes de abril de dos mil quince, cuando la agraviada se encontraba recogiendo el ganado en el lugar denominado Rupa, distrito de Yanama, provincia de Yungay, departamento de Ancash. El encausado Abrigo Rodríguez, una vez que advirtió la presencia de la víctima, pasó por el lugar, la cogió de la mano, la cargó y la ingresó a la fuerza a una casa abandonada, donde la amenazó con un cuchillo y le hizo sufrir el acto sexual, luego de lo cual la coaccionó con matar a su mamá y hermana si contaba lo sucedido.

La segunda oportunidad tuvo lugar el día trece de mayo de dos mil quince en la casa del imputado Abrigo Rodríguez, cuando la menor R.C.N.M. asistió a visitar a su mamá, oportunidad que éste aprovechó para violarla.

El dieciocho de mayo de dos mil quince fue la tercera agresión sexual que padeció la agraviada R.C.N.M., y en las mismas condiciones que la primera vez; es decir, cuando pastaba sus animales, el imputado Abrigo Rodríguez la llevó por la fuerza a la misma casa abandonada donde la ultrajó sexualmente.

**SEGUNDO.** Que, en lo atinente a las sentencias, se tiene lo siguiente:

1. La sentencia de primera instancia de fojas ciento cinco, de dieciocho de julio de dos mil diecisiete, a partir de lo expuesto en el fundamento de hecho precedente, condenó al imputado Abrigo Rodríguez como autor del delito violación sexual de menor de edad a diez años de pena privativa de libertad.

2. En mérito del correspondiente recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado, corriente a fojas ciento cuarenta y uno, de treinta y uno de julio de dos mil diecisiete, y culminado el trámite impugnativo, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Ancash emitió la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y cinco, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que revocando la sentencia de primera instancia, absolvió a Huber Kike Abrigo Rodríguez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual en agravio de R.C.N.M., bajo el argumento que no se probó la violencia y grave amenaza que debió ejercer el encausado contra la agraviada.

3. Contra esta última sentencia de vista el señor Fiscal Adjunto Superior promovió recurso de casación.

**TERCERO.** Que el señor Fiscal Adjunto Superior en su recurso de casación de fojas doscientos diecisiete, de once de enero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional,



quebrantamiento de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal).

Argumentó que la Sala Superior entendió que la violencia física necesaria para configurar el delito de violación, ha de ser de tal magnitud que pueda quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, interpretación que se contradice con lo dispuesto por el tipo legal del artículo 170 del Código Penal; que no se siguió los criterios expuestos en los Acuerdos Plenarios número 01-2011/CJ-116 y 2-2005/CJ-116, respecto de la apreciación de la prueba, ni se observó el artículo 158 del Código Procesal Penal; que al valorar el certificado médico legal no se tuvo en cuenta su data; que todo ello dio lugar a una sentencia absolutoria infundada, que incluso se apartó de la sentencia casatoria 33-2014/Ucayali.

**CUARTO.** Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y nueve, de dieciocho de mayo de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. Las causales de infracción de precepto material y de apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal.
- B. El examen casacional está circunscripto a dilucidar los cuestionamientos referidos a (i) los argumentos de la sentencia de vista que podrían vulnerar los alcances del artículo 170 del Código Penal en orden al ejercicio de violencia como elemento típico –lo que será materia de análisis a través del motivo de infracción de precepto material–. Además, (ii) será del caso examinar si la valoración de la prueba realizada por el Tribunal Superior podría afectar los criterios de seguridad incorporados en los Acuerdos Plenarios que cita el Ministerio Público.

**QUINTO.** Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado recurrente–, se expidió el decreto de fojas sesenta y cuatro, de dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día quince de noviembre último.

**SEXTO.** Que, según el acta adjunta, la audiencia privada de casación se realizó con la intervención del señor fiscal adjunto supremo en lo penal, Doctor Alcides Chinchay Castillo. Concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación



correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que la sentencia de primera instancia de fojas ciento cinco, de dieciocho de julio de dos mil diecisiete, valoró como pruebas de cargo no sólo (i) la declaración de la víctima –precisa, coherente, directa y circunstanciada– (que consta en acta y diligencia de visionado); sino también (ii) la pericia médico legal que reveló que la agraviada, al examen presentó desgarramiento antiguo incompleto del himen en horas IX; (iii) las dos pericias psicológicas que concluyeron que la agraviada presentó afectación emocional compatibles con ataque sexual; (iv) la declaración de la auxiliar de educación –del centro educativo donde estudia la víctima–, que da cuenta del estado en que se encontraba la agraviada y que al preguntarle por lo que padecía le hizo saber de las agresiones sexuales en su contra; (v) la declaración, en ese mismo sentido, de su hermana Emilia Plácida Rosas Carrión; y (vi) el acta de constatación policial, que acreditó el lugar y la casa abandonada donde la agraviada señaló que fue violada.

**SEGUNDO.** Que es verdad que no existe testigo presencial alguno de los tres actos de agresión sexual, lo que por lo demás no es inusual tratándose de delitos de clandestinidad. La declaración de la víctima –que es una prueba directa–, en estos casos, puede ser un medio de prueba de cargo hábil y fundamental –idónea y suficiente– para enervar la presunción constitucional de inocencia, en la medida en que cumpla con algunas cautelas –indicadores, sin el rigor de unas exigencias normativas, que no configuran criterios de prueba legal– para valorarla como tal. Se le considera, entonces, una prueba principal (así: Sentencia del Tribunal Supremo de España número 1146/2010, de dos de diciembre).

Desde la garantía de presunción de inocencia es de precisar que el control en casación solo requiere verificar si existe verdadera prueba, adquirida y/o actuada sin vulnerar la legislación constitucional y legal (en su obtención y práctica), y si los actos de prueba son inculpativos o suficientes –si permiten constatar, desde sus propios términos y relación entre sí, la realidad del hecho delictivo y la intervención delictiva del imputado en su comisión–. No corresponde al Tribunal Supremo realizar una valoración probatoria autónoma, sólo examinar si estos elementos se presentan.

En el *sub-lite*, sin duda, se presentan las reglas de prueba que permiten sostener la corrección del juicio de primera instancia.



**TERCERO.** Que, asimismo, desde la perspectiva de dicha garantía con la de motivación, corresponde examinar la razonabilidad de las inferencias realizadas. Por consiguiente, en los casos de delitos contra la libertad sexual –de clandestinidad–, según se ha definido jurisprudencialmente –en especial, los Acuerdos Plenarios número 2-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116, se requiere apreciar si en la declaración de la víctima consta ausencia de incredibilidad, verosimilitud de la declaración y persistencia en la incriminación –la lógica, la ciencia y la experiencia indican que la ausencia de tales indicadores determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre (Sentencia del Tribunal Supremo de España número 210/2014, de catorce de marzo)–.

Desde luego, no está en discusión, según consignó la sentencia de vista, la ausencia de incredibilidad. Las normas recientes en materia de declaración de la víctima solo exigen una declaración única en cámara gesell, como ocurrió en este caso, de suerte no existen otras versiones de la víctima, por lo que no cabe un análisis de la denominada persistencia. Respecto de la verosimilitud de la declaración, se requiere (i) que ésta sea racional en sí misma y lógicamente verosímil por su propio contenido, así como (ii) que esté rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo –que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima– (véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de España número 625/2010, de seis de julio).

No puede excluirse la fuerza convictiva del testimonio de la víctima el hecho de que por la demora en la denuncia –lo que no es extraño o anómalo en esta clase de delitos– no pudo acreditarse huellas o vestigios materiales del hecho –en el lugar donde sucedió o en el cuerpo de la víctima–, pues puede acreditarse en función a las circunstancias concurrentes en el hecho. Las corroboraciones son esos datos o elementos externos que sin suponer una aditiva prueba complementaria, pues en tal caso sobraría la declaración de la víctima, refuerzan las manifestaciones de ésta, de tal modo que le otorgan verosimilitud y credibilidad (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España número 585/2014, de veintiocho de noviembre).

**CUARTO.** Que, en consecuencia, el conjunto armónico del material probatorio refleja de modo palmario la verosimilitud de la declaración de la víctima. Existe prueba pericial, prueba material y prueba personal, todas en la misma dirección incriminatoria. La valoración de la prueba realizada por el Tribunal Superior no fue racional, no cumplió con los criterios ya fijados jurisprudencialmente.

Cabe destacar que si bien la pericia médico legal no reflejó lesiones compatibles con arrastre o ataque para eliminar o superar la inicial oposición de la víctima, ello se debió a la fecha de su realización en atención a la



última agresión sexual. Tal situación, como ya se anotó, no puede ser un factor para restar credibilidad a la versión de la víctima. Además, si el yacimiento carnal fue voluntario, como alegó el imputado, no se explica el estresor sexual sufrido por la víctima.

Por tanto, medió un apartamiento irrazonable de los Acuerdos Plenarios número 2-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116. Este motivo de casación debe ampararse y así se declara.

**QUINTO.** Que, en cuanto al motivo de casación de infracción de precepto material, se tiene que el artículo 170 del Código Penal, según la ley vigente en esa época número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, requiere que se obligue a una persona a tener acceso carnal, violencia o grave amenaza. Es claro que la determinación de la violencia o grave amenaza debe examinarse cuidadosamente el contexto de los hechos y características de la propia víctima. Estos medios comisivos han de ser idóneos para imponer a una víctima el acceso carnal. En el presente caso se trata de una niña sola a quien se atacó en contexto de una localidad alejada, en que el agente se procuró de propósito una situación de aislamiento, quien por lo demás ostentaba una obvia superioridad física.

Cabe agregar que la violencia requerida por el tipo penal no necesita haber dejado huellas en el cuerpo de la víctima; no se requiere un maltrato corporal que se traduzca en lesiones concretas. La violencia solo requiere que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento carnal, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima; importa la actividad o la actitud del agente, no la de la víctima (Sentencia del Tribunal Supremo de España número 688/2012, de veintisiete de septiembre).

En el presente caso, por lo expuesto, es claro que se ejerció violencia idónea contra la víctima para el acceso carnal contra su voluntad. Se interpretó incorrectamente el medio comisivo en el tipo penal de violación sexual.

El motivo debe prosperar.

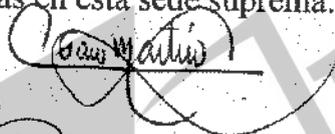
**SEXTO.** Que la sentencia casatoria solo debe ser rescindente. Desde los agravios en apelación del imputado se requiere un nuevo debate sobre sus extremos referidos a la *questio facti*. El reenvío se impone. Es de aplicación el artículo 433, apartado 1), del Código Procesal Penal.

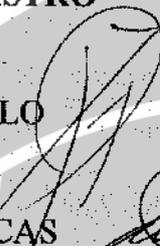
**DECISIÓN**

Por estos motivos: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por vulneración de precepto material y violación de doctrina jurisprudencial, el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE

ANCASH contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y cinco, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cinco, de dieciocho de julio de dos mil diecisiete, absolvió a Huber Kike Abrigo Rodríguez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual en agravio de R.C.N.M. con lo demás que al respecto contiene. **II. CASARON** la sentencia de vista y **ORDENARON** se dicte nueva sentencia de apelación, previa audiencia de apelación, por otro Colegiado Superior. **III. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervinieron los señores jueces supremos Iris Pacheco Huancas y Ramiro Bermejo Ríos por licencia de los señores jueces supremos Elvia Barrios Alvarado e Iván Sequeiros Vargas, respectivamente. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

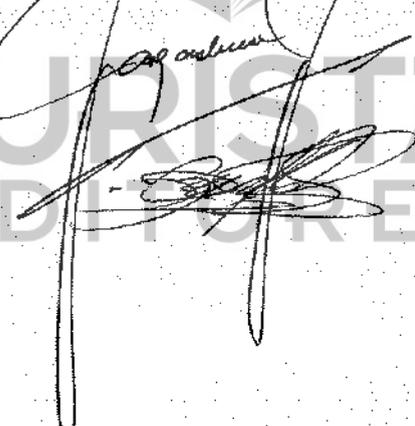
S. s.

  
SAN MARTÍN CASTRO

  
PRÍNCIPE TRUJILLO

  
PACHECO HUANCAS

  
CHÁVEZ MELLA

  
BERMEJO RÍOS

CSM/amon

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

  
PILAR SALAS CAMPOS  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

22 NOV 2018

**Delito de violación sexual: verosimilitud,**

**Sumilla:** La declaración de la víctima por sí sola, no enerva la presunción de inocencia, necesita de al menos una mínima corroboración periférica con otros elementos de convicción que puedan crear certeza en el Tribunal Juzgador.

L ma, veinte de marzo de dos mil diecisiete.

**VISTOS:** El recurso de nulidad, in erpuesto por la defensa del sentenciado Jorge Gonzales Tineo, contra la sentencia de fecha veintiuno de mayo de dos mil quince, de folios do cientos ochenta y cinco a trescientos doce, que condenó a Jorge Gonzales Tineo, como autor del delito contra la libertad-violación de la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales L.L.G.T.; le impusieron catorce años de pena privativa de libertad efectiva, así como el pago de una reparación civil ascendente a catorce unidades de referencia procesal a favor de la menor agraviada.

Con lo opinado por el Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **Pacheco Huancas**.

### CONSIDERANDO

#### HECHOS IMPUTADOS

1. Se atribuye a Jorge Gonzales Tineo (treinta y dos años a la fecha de los hechos), ser autor del delito de violación sexual de menor de edad, en



PODER JUDICIAL

razón de que en el mes de noviembre de dos mil siete, abusó sexualmente de su menor hija (dieciséis años a la fecha de los hechos) en el interior de su vivienda situada en el Caserío de Huanchag-Pillao, Acomayo, aprovechando que la agraviada se encontraba durmiendo, acción delictiva que se reiteró en otras oportunidades bajo las mismas circunstancias.

#### **CA\_LIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA.**

2. El Colegiado Superior, se desvinculó del tipo penal establecido en la ac\_ación fiscal, (inciso tres del artículo ciento setenta y tres), al haber sido d\_clarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC, publicada el veinticuatro de enero de dos mil trece. En ese sentido, la conducta atribuida, se adecuó a lo prescrito en el primer párrafo y numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, vigente al momento de los hechos<sup>1</sup>.

3. El citado tipo penal, prescribe: "El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda: (...) 2) Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé

<sup>1</sup> Artículo modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada el cinco de abril de dos mil seis.

PODER JUDICIAL

particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar<sup>2</sup>".

#### **ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA**

4. El colegiado superior sustentó la responsabilidad penal del encausado, básicamente por los siguientes argumentos:

- a) Esta probada la comisión de los hechos y la responsabilidad del encausado, con la sindicación de la menor agraviada, quien a nivel policial con presencia de la representante del Ministerio Público –folios catorce a dieciséis– y su ampliación –folios diecisiete a dieciocho–, sindicó y señaló a su padre, como la persona que la agredió sexualmente, precisando la forma y circunstancias en que fue objeto del vejamen sexual, lo que se ve corroborado con el Certificado Médico Legal N.º 001763-DCLS, el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001764-2008-PSC, la Constancia Médica y las diligencias de ratificación pericial llevadas en etapa de instrucción. Asimismo, se tiene la declaración de Marcial Tineo Nieto (abuelo de la menor agraviada).

<sup>2</sup> Numeral modificado por el artículo único de la Ley número veintiocho mil novecientos sesenta y tres, publicada el veinticuatro de enero de dos mil siete.

PODER JUDICIAL

- b) Si bien en etapa de juicio oral, la agraviada se retractó y negó la inicial sindicación contra el sentenciado, el Colegiado superior determinó que dicha retractación no era coherente y mucho menos creíble y que las justificaciones que dio, carecen de respaldo objetivo.

#### **FUNDAMENTO DE LOS AGRAVIOS**

##### **5. Agravio expuesto por la defensa de Jorge Gonzales Tineo.**

Reclama en su recurso –folios trescientos dieciséis a trescientos veintiséis–, que se condenó al recurrente con la sola sindicación preliminar de la menor agraviada, sin valorar que en juicio oral se retractó de forma uniforme y coherente y que ello se encuentra corroborado con diferentes declaraciones juradas. Lo que genera duda respecto a la comisión del delito, por lo que debe ser absuelto.

#### **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL**

6. Como se anotó en el punto precedente, el agravio, expuesto, cuestiona en concreto, que se ha emitido una condena con la sola declaración de la agraviada sin tomar en cuenta su coherente retractación y declaraciones juradas que corroboran dicha retractación.

7. Conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos: "(...) toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca

PODER JUDICIAL

legalmente su culpabilidad(...)", en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "(...)el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla(...)".

8. Ahora bien, tratándose de un delito de violación sexual, en el que la declaración de la víctima adquiere aptitud probatoria para enervar la presunción de inocencia. El tratamiento para considerarse prueba válida es siguiendo el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, del treinta de setiembre del dos mil cinco, el mismo que da valor a la declaración de la víctima como prueba de cargo suficiente y hábil para enervar ese derecho fundamental, siempre y cuando se cumplan los requisitos y no se adviertan razones objetivas que invaliden dichas afirmaciones. Es decir, que no basta la sola declaración de la víctima, para que quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia del acusado; es necesario, que el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, -por cometerse de forma clandestina dejando a la agraviada como única testigo-, está sujeto a criterios para su valoración, como son: i) la ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) verosimilitud del testimonio, persistencia en la incriminación y iii) existencia de corroboraciones externas a esa declaración incriminatoria, parámetros mínimos de contraste establecidos como pautas lógicas y criterios orientativos que ayudan a la racionalidad de su valoración.

PODER JUDICIAL

9. En ese sentido, previo a analizar la sindicación de la agraviada, debemos precisar, que habiéndose desvinculado el Colegiado Superior del tipo penal materia de acusación (véase numerales dos y tres de la presente resolución), la consecuencia legal, es el cambio de bien jurídico protegido. Así, antes de la reconducción, lo que se protegía era la indemnidad sexual, entendida como la preservación de las condiciones biológicas y psicológicas que permitan un normal e integral desarrollo de un menor de catorce años, por no estar en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; sin embargo, en el nuevo tipo penal, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como la posibilidad de autodeterminarse en su libertad sexual de prestar consentimiento con quien la persona mayor de catorce años de edad libremente puede mantener relaciones sexuales.

10. Este es el punto de partida para analizar si los hechos que se le atribuyen al sentenciado son típicos. Así, tenemos que el delito materia de condena fue el prescrito en el primer párrafo del artículo ciento setenta, del Código Penal, concordado con el numeral uno del segundo párrafo del mencionado artículo; y conforme a su descripción típica, son requisitos del supuesto de hecho para que se configure el delito: i) la violencia (*vis absoluta*), que debe ejercer el sujeto activo sobre el cuerpo de la víctima, o en su defecto, ii) la amenaza (*vis compulsiva*), es decir, la existencia concreta de una intimidación, o un mal inminente que genere miedo en la víctima de tal forma que doblegue su voluntad. Así, esta violencia o amenaza a la víctima, debe derivar en verse obligada a tener acceso carnal, contra su voluntad, es decir no consentida.

PODER JUDICIAL

11. Ahora bien, aún cuando el Tribunal de mérito haya tenido por probados los hechos y el tipo penal de violación de la libertad sexual, este Supremo Tribunal, no comparte la decisión adoptada, en razón a que, bajo el análisis de la teoría del delito, el mencionado tipo penal, como ya se anotó, exige en cuanto a la tipicidad objetiva, la presencia de la violencia o amenaza cuando se trata de víctimas mayores de catorce años de edad. Es aquí, que debemos tener en cuenta la declaración de la presunta víctima, cuyo análisis será siguiendo la jurisprudencia emanada por este Supremo Tribunal, a la luz de los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, con el fin de determinar si dicha sindicación, tiene la suficiente aptitud probatoria como para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente y/o suficiente para sostener una condena.

12. En efecto, uno de los parámetros que establece el Acuerdo Plenario, es la verosimilitud de la declaración de la agraviada. Es evidente que de la lectura de las declaraciones de la menor agraviada no existe coherencia respecto a las circunstancias y forma de la comisión del hecho delictivo, pues estas difieren significativamente toda vez que a nivel policial –con presencia de la representante del Ministerio Público, así como de su abuelo Marcial Tineo Nieto–, señaló que la primera vez que el recurrente la violó sexualmente fue en noviembre de dos mil siete en el Caserío de Huanchag aproximadamente a las once de la noche aprovechando que se encontraba dormida junto a sus tres hermanitas menores, donde le habría tapado la boca y quitado sus prendas, haciendo el recurrente lo mismo. Estas relaciones sexuales se repitieron a las dos semanas y continuaron hasta abril de dos mil ocho, siendo que respecto a estas

PODER JUDICIAL

supuestas agresiones sexuales no indicó si hubo violencia o amenaza de parte del encausado. Luego, en la misma declaración, indicó, que fue violada dos veces por su progenitor y que la segunda vez fue en enero de dos mil ocho; ésta última versión, contradice lo señalado por la menor, respecto a que los hechos habrían ocurrido hasta abril de dos mil och , y en este caso tampoco indicó las circunstancias de la supuesta violación sexual sufrida en enero de dos mil ocho; es decir, no señaló que hubo violencia o amenaza de su presunto agresor. Posteriormente, apare e lo narrado ante los médicos legistas con fecha veintitrés de mayo dos mil ocho, al elaborar el Certificado Médico Legal N.º 001763-DCL , -folio veintiséis- donde manifestó que su padre la violó dos veces en el mes de noviembre de dos mil siete, sin indicar los supuestos hechos de enero y abril de dos mil ocho y sin señalar si existió violencia o amenaza. Una cuarta sindicación incoherente que hace la menor agraviada, se advierte en lo declarado ante los peritos psicólogos en la misma fecha (veintitrés de mayo de dos mil ocho), al elaborar el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001764-2008-PSC -folios veintisiete a veintiocho-, donde manifestó haber sido violada por su padre en cinco oportunidades siendo la primera vez en la selva, la segunda vez en San Alejandro (Pucallpa), la tercera vez en Miraflores en la selva y la cuarta y quinta vez en Huanchag. Desde un inicio la agraviada, dio hasta cuatro versiones distintas; sin embargo, no señaló fechas concretas, ni circunstancias específicas de todos los supuestos vejámenes sexuales que habría sufrido por parte del recurrente; pese a que la edad la agraviada (dieciséis años a la fecha de los hechos), le permitía narrar la forma y circunstancias de los hechos de forma clara y coherente.



PODER JUDICIAL

13. Como podemos advertir, la verosimilitud de la declaración de la supuesta agraviada, cotejada con lo narrado en el certificado médico legal y el protocolo de pericia psicológica señalando en este último, que el encausado la violó sexualmente en cinco oportunidades; pero, no señaló la forma y circunstancias de los hechos, tampoco si se empleó violencia o amenaza; además, los lugares que indicó no coinciden con lo inicialmente señalado. A ello debe señalarse que en una de las oportunidades que la violó sexualmente el imputado, habría sido en el interior de la habitación donde ésta dormía con sus tres hermanitas menores (Diana, Carolina y Yamelí); sin embargo, durante el plenario no se incorporó dato alguno al respecto. Perdiendo así credibilidad en el testimonio de la agraviada.

14. Aunado a ello, si bien el Certificado Médico Legal N.º 001763-DCLS, -folio veintiséis-, concluye "desfloración antigua y ano con signos de acto contranatura", debe tenerse en cuenta que, aún cuando el Colegiado Superior haya dado por corroborada la comisión del delito con este documento, -indicando incluso que fue ratificado<sup>3</sup>-; debe recalcar que éste, se realizó el veintitrés de mayo de dos mil ocho; ello, confrontado con lo declarado por la menor agraviada a nivel preliminar -folios catorce a dieciséis- así como por su enamorado y actual esposo, Favian Medrano Ambicho -folios veintidós a veintitrés-, tienen versión uniforme que mantuvieron relaciones sexuales consentidas desde inicios del año dos mil ocho, lo que no permite determinar que la conclusión del

<sup>3</sup> Nótese que a folios setenta y cinco aparece una "diligencia de ratificación pericial"; ante el Juez Instructor; sin embargo, en la misma sólo se verifica que el doctor Leonel Hans Ramos Chang, se ratifica en el contenido y suscripción del documento, por no haber sido alterado, empero no fue sometido examinado en el contradictorio. Circunstancia que se repitió con el Protocolo de Pericia Psicológica ratificado a folios sesenta y dos, por la psicóloga Luz Patricia Condezo Duran.

PODER JUDICIAL

\* mencionado Certificado Médico Legal se haya dado en virtud a la presunta violación por parte del recurrente –que por lo demás no está acreditada la violencia o amenaza a la menor agraviada–, o por relaciones sexuales con su enamorado; siendo ello así este documento no fortalece la tesis incriminatoria del Ministerio Público, en el mismo sentido la constancia médica –folio veintinueve– que es de fecha veintidós de mayo de dos mil ocho.

15. Ahora bien, la tesis incriminatoria, en las condiciones antes anotadas; aún más, pierde consistencia con la retractación en juicio oral de la agraviada, la que goza de validez, toda vez que cumple con los requisitos internos exigidos en el fundamento veintiséis del Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116, ya que como se anotó en cuanto a, i) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea, efectivamente, la inicial sindicación que hace la agraviada ante el representante del Ministerio Público y su abuelo, fue incoherente e imprecisa sin corroboración coetánea alguna, situación que no ocurre con la versión en la que se retracta de la sindicación, la misma que es sólida; ii) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa y iii) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscando –venganza y odio– y la acción de denunciar falsamente: los motivos que da ante el pleno, respecto al motivo de la incriminación al sentenciado, en cuanto a que éste no le dejaba estar con su ahora esposo, ha sido corroborada con elementos periférico; como son, la declaración preliminar de la menor, –ver folio dieciséis, respuesta nueve–; el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001764-2008-PSC, –ver punto C. historia

PODER JUDICIAL

familiar, folio veintisiete-, así como la declaración jurada de la madrina de la menor agraviada, ante el juez de paz -folio doscientos cincuenta y cinco-, en cuanto a que nunca supo de los hechos, y su compadre es inocente, no pudiendo asistir a declarar sobre cosas que no ha visto; además, se tiene el documento de transacción extrajudicial, firmado por el abuelo de la agraviada (denunciante) ante el juez de paz -folio doscientos diecisiete-, en el que reconoce que el encausado no fue el violador y por ello se comprometió no concurrir al proceso. En cuanto a estos últimos documentos, si bien, los órganos de prueba idóneos serían el con adictorio en juicio oral del testimonio del abuelo así como de la madrina de la menor agraviada; debe tenerse presente que éstos fueron citados reiteradamente; sin embargo, se advierte de los documentos mencionados, su negativa de concurrir al juicio oral, aduciendo que el sentenciado es inocente. Siendo ello así se puede apreciar la razonabilidad en la justificación que brinda la agraviada, frente al plenario respecto a su retractación.

16. De todo lo expuesto en el caso concreto, se tiene que, la sindicación de la menor agraviada, así como la falta de pruebas objetivas que acrediten en forma sostenida y sin elementos que afecten una declaración coherente, clara y circunstanciada, respecto a que la presunta violación sexual fue con violencia o amenaza a la víctima, quien es hija del procesado, no hace más que ratificar el principio de presunción de inocencia que le asiste al recurrente; pues, como ya se anotó, la menor en el decurso procesal, tuvo distintas versiones de la forma y circunstancias de la comisión del hecho, evidenciándose las contradicciones en su propia declaración preliminar así como lo narrado

PODER JUDICIAL

en el Certificado Médico Legal y el Protocolo de Pericia Psicológica, es decir que las diversas e incoherentes versiones de la menor, ponen en duda si realmente sucedió la agresión sexual en su contra, no se determinaron las fechas y tampoco, que de haber sucedido, éstas fueran con violencia o amenaza.

17. En ese orden de ideas, aún cuando el supuesto hecho reviste un alto reproche social, debido al vínculo acreditado de padre e hija; este Supremo Tribunal, en virtud al principio de legalidad, no puede, sino, circunscribir la conducta imputada a lo prescrito en el tipo penal materia de bigamia (véase numeral tres de la presente resolución). Siendo ello así, no existiendo una sindicación coherente y persistente, así como al único elemento objetivo y periférico que demuestre la existencia de violencia o amenaza que vincule al encausado con el hecho atribuido, no se ha dado cumplimiento a los estándares objetivos y probatorios que justifiquen una condena. Consecuentemente, al no haberse logrado enervar la presunción de inocencia que le asiste al recurrente, prescrito en el literal e) del numeral veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, y en aplicación del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, corresponde declarar la absolución de Jorge Gonzales Tineo.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declararon: I. **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha



PODER JUDICIAL

veintiuno de mayo de dos mil quince, de folios doscientos ochenta y cinco a trescientos doce, que condenó a Jorge Gonzales Tineo, como autor del delito contra la libertad-violación de la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales L.L.G.T.; le impusieron catorce años de pena privativa de libertad efectiva, así como el pago de una reparación civil ascendente a catorce unidades de referencia procesal a favor de la menor agraviada; y, **reformándola, ABSOLVIERON** a Jorge Gonzales Tineo de la acusación fiscal en su contra, por el referido delito y citada agraviada; **II. ORDENARON:** la inmediata libertad del absuelto, siempre y cuando no exista en su contra, orden o mandato de detención emanado por autoridad competente; **III. DISPUSIERON:** se anulen los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado como consecuencia del presente proceso y el archivo definitivo de la causa; **IV. OFICIÁNDOSE** vía fax, o medio idóneo correspondiente, a la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, y los devolvieron.

**S. S.**  
HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

IEPH/gmap

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

**Dra. Cv** **Bazán Cachata**  
**Secretaria (e)**  
**Segunda Sala Penal Transitoria**  
**CORTE SUPREMA**

**27 MAR 2017**



## JURISPRUDENCIA

Año XXV / N° 1005

7395

### PODER JUDICIAL

#### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

##### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 292 - 2014  
ANCASH

**SUMILLA:** Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno así como efectuar su valoración previa a la emisión de la sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica

#### SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil dieciséis.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, contra la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M., y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1.1. imputación fiscal

Según la imputación fiscal, el veintiséis de agosto de dos mil once, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales K.M.M. (diecisiete años de edad), caminaba sola por la carretera en el sector denominado Cuta Quenua de la Puna del caserío de Tambillos, a fin de recoger los ganados vacunos y ovinos de sus padres, fue interceptada por el encausado Carrión Quito, quien la cogió de la cintura y a la fuerza la llevó hacia la parte baja donde hay pastizal, tumbándola, y tras amenazarla mantuvo relaciones sexuales vaginales, repitiendo lo mismo luego de quince minutos. A consecuencia de ello, la víctima quedó embarazada y dio a luz el día quince de junio de dos mil doce.

#### II. ITINERARIO DEL PROCESO

2.1. Por sentencia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, se condenó a Melecio Gaudencio Carrión Quito, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal, en agravio de la menor K.M.M., y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.2. Dicha sentencia fue impugnada por el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito. En mérito a su recurso de apelación, la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la provincia de Huari emitió la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates- en el que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal, en agravio de la menor K.M.M., y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.3. Contra la citada sentencia de vista, el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha dos de enero de dos mil catorce -fojas sesenta y ocho del cuaderno de debates-, invocando el inciso uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referido concretamente a la violación de la garantía constitucional de carácter procesal o material -presunción de inocencia-, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación cuando el vicio resulte de su propio tenor.

2.4. Mediante resolución del tres de junio de dos mil catorce -fojas doscientos ochenta y nueve del cuaderno de debates- la Sala Penal de Apelaciones concedió recurso de casación al recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito y ordenó se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de febrero de dos mil quince -fojas sesenta y cuatro del del cuadernillo formado en esta instancia- este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien invocó las causales uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por la presunta vulneración de la garantía constitucional de carácter procesal o material, presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación de sentencia.

2.5. Ahora, cabe precisar que si bien este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, por el primer numeral del artículo 427° del Código Procesal Penal, vinculándola con la causal primera y cuarta del artículo 429° del texto procesal penal; no obstante, al realizar una lectura integral del expediente materia de autos, esta Suprema Instancia considera conveniente desarrollar doctrina jurisprudencial, respecto a: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia", en atención a lo establecido en el inciso primero del artículo 432° del Código Procesal Penal; por lo que, al advertirse la necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial, en cuanto a este extremo, corresponde vincularla con el primer inciso del artículo 429 del citado texto legal.

2.6. Deliberada la causa en sesión secreta y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación -cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la secretaria de la Sala el diecisiete del presente año a horas ocho y treinta de la mañana.

#### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

##### 3.1. Respecto al ámbito de la casación

3.1.1. Conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema del cuatro de febrero de dos mil quince -fojas sesenta y

cuatro del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo-, fue declarado bien concedido el recurso de casación interpuesto por el condenado Melecio Gaudencio Carrión Quito, por las causales contenidas en los incisos primero y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; por tanto, los motivos de casación se centran en la inobservancia de la garantía constitucional relacionado al principio constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; así como al desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia", en atención a lo expuesto en el apartado 2.5 de la presente resolución.

3.1.2. Sobre estos puntos el recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito, sostiene que: i) Se ha inobservado las garantías constitucionales, pues se vulneró las reglas de la ciencia y la lógica jurídica, al no actuarse los resultados de la prueba genética de ADN para determinar si producto de la violación sexual procrearon un hijo, vulnerándose así la presunción de inocencia y el derecho a la prueba pertinente; y, ii) La sentencia carece de una investigación sustancial y actividad probatoria, al no existir una respuesta razonada, motivada y congruente de la acusación fiscal, más aún si tenemos en cuenta que la agravada indicó haber sido abusada sexualmente en fecha incierta, quedando embarazada producto de la violación; y, según lo indicado por el Ministerio Público la violación sexual se perpetró el veintiséis de agosto de dos mil once, sin embargo dio a luz el quince de junio de dos mil doce, esto es diez meses después, lo que evidencia científicamente que el encausado no perpetró el delito, ya que dadas las fechas, su embarazo debió ser a fines de setiembre o inicios de octubre del año dos mil once.

3.1.3. A lo anterior expuesto, corresponde a este Tribunal Supremo, como garante y protector, el control de las garantías constitucionales cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de Apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina de esta Instancia Suprema sobre el alcance de la motivación y las alegaciones sobre la existencia de prueba en forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos.

### **3.2. De los motivos casacionales: inobservancia de las garantías constitucionales relacionado a la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente- prueba científica de adn, así como a la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación**

3.2.1. Antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

3.2.2. En ese orden de ideas, el derecho a la presunción de inocencia alegado por el recurrente, es un derecho subjetivo del ciudadano, la misma que despliega una doble vertiente: temporal y material. La primera parte radica en una verdad inicial, la inocencia del procesado, que no se destruye hasta que su culpabilidad no haya quedado establecida en sentencia firme; y, la segunda, radica en que a partir de la presunción inicial de inocencia, la condena sólo puede fundarse en una prueba plena o prueba indiciaria sin conraíndicos que acredite fehacientemente su culpabilidad, por lo tanto enerve dicha presunción, y si no se produce aquélla deberá absolvérsele de la imputación penal.

3.2.3. Así, en el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos en 1984 para la Asamblea General sobre el estado de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, resumía dicha doble eficacia, al sostener que "Por razón de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde a la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No cabe presumir culpabilidad alguna hasta que la acusación haya sido probada más allá de cualquier duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo con dicho principio. Constituye, por tanto, una obligación de todas las autoridades públicas de abstenerse de prejuzgar el

resultado del proceso".

3.2.4. Asimismo, el artículo 2º, inciso 24, literal e) de nuestra Carta Constitucional al sostener que "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Ello supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.

3.2.5. Es por ello que, la tutela del derecho a la presunción de inocencia está dentro del ámbito casacional, a efectos de establecer si ha existido una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, suficientes para desvirtuar tal presunción.

3.2.6. En ese sentido, el derecho a la presunción de inocencia se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba de cargo aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: a la acreditación de un hecho, a través de la prueba practicada, y a la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de ese hecho delictivo.

3.2.7. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Supremo a verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba).

3.2.8. Respecto al derecho a la prueba pertinente, este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma.

3.2.9. En ese sentido, el Juez o Tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que: i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso; y, ii) tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previsto<sup>1</sup>.

3.2.10. En esa línea, el profesor Julio Maier sostiene que la producción de prueba de descargo (o de cargo) es considerada una facultad imprescindible como manifestación del derecho de defensa. Facultad que genera el deber del Tribunal de ordenar su recepción, salvo cuando la prueba ofrecida sea evidentemente impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende)<sup>2</sup>. Además, afirma que la inobservancia por el Tribunal de esta regla, oportunamente advertida, permite recurrir la sentencia por vía de la casación (falta de fundamento de prueba omitida)<sup>3</sup>. Recibida la prueba, corresponderá al Tribunal valorarla. Para el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de argumentar ante el Tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico.

3.2.11. Por ello, la relación entre el derecho a la prueba pertinente y el derecho a probar resulta ineludible, pues según este último, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el

1 Vid. San Martín Castro, Derecho procesal penal, Lima, INPECCP, 2015, p. 130.

2 Vid. MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L. 1996. p. 587 (las negritas son nuestras).

3 Ibidem. p. 587

mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito con la finalidad que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado<sup>4</sup>.

3.2.12. Ahora bien, respecto a la prueba científica de ADN, se debe precisar que en los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la patología, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo de la investigación criminal. En esa línea, la explicación de la evidencia científica en el ámbito del proceso contribuye al esclarecimiento de los hechos y sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio o absolutorio<sup>5</sup>.

3.2.13. En concreto, el carácter científico de la prueba de ADN viene dado por el estudio de la Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana. Así, la importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver casos que serían muy difíciles de esclarecer por los procedimientos de investigación convencionales y en su elevadísima fiabilidad de sus resultados. Así, los tipos más comunes de aplicación forense de la prueba de ADN, son la investigación biológica de la paternidad<sup>6</sup>, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como son los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.2.14. Ahora bien, el juez frente a la prueba científica de ADN no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración. Es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal. Ello es importante, pues no es lo mismo que la prueba guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar o que la prueba proporcione tan solo un indicio más para probar ese hecho principal.

3.2.15. Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado(o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo, en este mismo delito, cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación.

3.2.16. Estamos en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por delito de homicidio, la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado. En este supuesto, lo único que prueba el análisis de ADN es que el acusado estuvo en la escena del crimen; pero no prueba que estuvo en el momento en que éste se cometió, y menos que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas.

3.2.17. Por tanto, cuando en el proceso se presenta una prueba científica- ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de primera instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia por el A quo. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afecta el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.2.18. Así también, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales cuestionado por el recurrente, como bien lo ha precisado esta Suprema Sala en la Sentencia Casatoria número tres guión dos mil siete, del siete de noviembre de dos mil siete, en la cual establece que: "la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecido". Así, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, lo que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia; que, en efecto, toda sentencia -sea absolutoria o condenatoria- debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice al justiciable una resolución

fundada en derecho; de ahí que, una de las manifestaciones de la garantía de la motivación de resoluciones judiciales es la exigibilidad al órgano judicial para que explique las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales condena o absuelve a un encausado, y del mismo modo, las razones legales en cuya virtud la conducta se subsume o no en el tipo penal materia de incriminación; que este derecho es una garantía de las partes del proceso, mediante el cual se puede comprobar que la resolución expedida es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico y no producto de la arbitrariedad judicial.

3.2.19. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado también, que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso"<sup>7</sup>. En esa línea, la motivación debe abarcar: a) la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; b) la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal precedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, c) la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. Cabe precisar, que la mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo, no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas.

### 3.3. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

3.3.1. En atención a lo antes expuesto y luego de revisar la decisión adoptada por la Sala Penal de Apelaciones, se aprecia que tanto éste como el Juzgado Colegiado en sus respectivas fundamentaciones no se advierte que hayan consignado elementos probatorios que logren enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia que le asiste al recurrente Carrión Quito; denotándose además la infracción de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, al existir deficiencia en su motivación interna ya que carece de coherencia en su justificación, pues las razones en que justifica su decisión resulta confuso e incongruente.

3.3.2. Así, el Tribunal de instancia en un primer momento razona que no es necesario efectuar una valoración de la prueba biológica de ADN a fin de determinar la paternidad del neonato producto de la violación sexual [véase considerando 3.3.3 c - obrante a fojas doscientos sesenta y siete]. Sin embargo, líneas posteriores, sin mediar fundamentación alguna concluye que existe como hecho probado y cierto que la agraviada ha mantenido relaciones sexuales [con el progenitor-encausado] y producto de ello ha alumbrado a un neonato, concretándose la autoría directa del recurrente [véase considerando 3.3.6 c - obrante a fojas doscientos sesenta y ocho]. En ese sentido, se aprecia de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, que ésta presenta una sustancial incongruencia e inconsistencia en su justificación, pues según la propia Sala Superior se encuentra "fehacientemente probado", que producto de la violación [relaciones sexuales con el encausado] la agraviada ha alumbrado a un neonato, sin embargo descarta la valoración del resultado de la prueba de ADN que vincularía científicamente o no al recurrente como progenitor del neonato y autor de la violación. Por lo que, dicho razonamiento efectuado por el Tribunal de mérito en la sentencia de vista resulta

4 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre de 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, fundamentos jurídicos 15.

5 Vid. San Martín Castro, Derecho procesal penal, Op.cit., p. 543.

6 Las pruebas de ADN para determinar la paternidad se realizan comparando la secuencia de ADN del padre, del menor y de la madre. La combinación de las secuencias de ADN del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del menor; sólo de esta manera se tendrá una seguridad, generalmente de más del 99.9%, sobre la paternidad del menor de edad. Así también, respecto al índice de probabilidad de paternidad superior al 99.9% de la prueba de ADN. Vid. Vargas Avila, R., la valoración de la prueba científica de ADN. En Rev. Prolegómenos - Derecho y Valores, Bogotá, Volumen XIII- N°25, 2010, p 128.

7 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 3264- 2009- HC/TC.

arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación lógicamente, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho.

3.3.3. Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsión y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del thema probandum y la responsabilidad del recurrente.

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

3.3.7. Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el Ad quem no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal.

3.3.8. De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación.

#### **DECISIÓN:**

Por estos fundamentos, declararon:

**I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Melecio Gaudencio Carrión Quito, por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente; y la falta de motivación de sentencia.

**II. CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo

ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M., y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva; y,

**III. NULA** la citada sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-.

**IV. ORDENARON** que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; y,

**V. ORDENARON:** la libertad del mencionado procesado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra, oficiándose vía fax a la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la Provincia de Huarí para su excarcelación.

**VI. ESTABLECER** como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de la presente Ejecutoria Suprema de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a la necesaria realización de prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia.

**VII. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia.

**VIII. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

**IX. PUBLICAR** en el Diario oficial "El Peruano" conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1349207-1

**JURISTA**  
**EDITORES**

**SENTENCIA DE CASACION – DOCTRINA  
JURISPRUDENCIAL**

En el presente caso, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado del delito de violación sexual de menor de edad, prevista en el inciso 3, del artículo 173° del Código Penal (al no haberse afectado la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente), al regulado en el segundo párrafo, inciso 2, parte *in fine*, del artículo 170° del Código acotado, al configurarse la agravante: " *Si para la ejecución del delito se haya prevalido de (...) una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar*". Y, en cuanto a la determinación de la pena, habiéndose ubicado dentro del tercio inferior, corresponde imponerse la de trece años de privación de la libertad, lo cual resulta legal y proporcional a la gravedad del hecho imputado.

**SENTENCIA CASATORIA**

Lima, diecisiete de junio de dos mil quince.-

**VISTOS:** en audiencia privada; el recurso de casación por la causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial, interpuesta por el procesado Percy Alejandro Luque Flores, contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, del siete de agosto de dos mil trece, que confirmó la de primera instancia de folios ciento treinta y nueve, del veintisiete de junio de dos mil doce, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales N.D.P.S.V., a veinticinco años de pena privativa de libertad. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

**ANTECEDENTES:**

**I. DEL ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA:**

**1.1.** Que, el encausado Percy Alejandro Luque Flores fue investigado y procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, emitiendo el Juzgado Penal Colegiado de Pisco de la Corte Superior de

Justicia de Ica, la sentencia de fecha veintisiete de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento treinta y nueve, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, conducta prevista y sancionada en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal, en agravio de la menor de identidad reservada de iniciales N.D.P.S.V., a veinticinco años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva.

**1.2.** Contra dicha sentencia la defensa técnica del encausado Percy Alejandro Luque Flores interpuso recurso de apelación a folios ciento sesenta y nueve, habiéndole concedido el mismo mediante auto de fojas ciento setenta y ocho, del diez de setiembre de dos mil doce.

**II. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

**2.1.** El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, ofrecida la prueba instrumental por el recurrente, declarados inadmisibles mediante auto de fojas ciento noventa y siete, del once de diciembre de dos mil doce, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas doscientos sesenta y cinco, del veintitrés de julio de dos mil trece, cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas doscientos setenta y cuatro, del siete de agosto de dos mil trece.

**2.2.** La Sala Superior Penal de Apelaciones de Pisco – Chincha y Penal Liquidadora de Chincha, mediante sentencia de vista del siete de agosto de dos mil trece, de fojas doscientos setenta y cuatro, confirmó la sentencia apelada condenando a Percy Alejandro Luque Flores, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de edad de identidad reservada de iniciales N.D.P.S.V., previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal.

**2.3.** Estando a ello, la defensa técnica del encausado Percy Alejandro Luque Flores, interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos

noventa y cuatro, contra la sentencia de vista antes citada, invocando como causales la "falta o manifiesta ilogicidad de la motivación" y por "apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema" específicamente por inaplicación del acuerdo plenario número uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, en virtud de lo establecido en los incisos cuarto y quinto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

**III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL ENCAUSADO PERCY ALEJANDRO LUQUE FLORES:**

**3.1.** El Tribunal Superior por resolución de fecha dos de setiembre de dos mil trece, de fojas trescientos veintitrés, concedió el recurso de casación extraordinario, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha trece de noviembre de dos mil trece.

**3.2.** Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha once de julio de dos mil catorce, de fojas treinta y ocho -del cuadernillo de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación -solo- por la causal prevista en el inciso cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

**3.3.** Deliberada la causa en secreto y votada el día diecisiete de junio de dos mil catorce, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asisten- se realizará por la Secretaria de la Sala el día primero de julio de dos mil quince, a horas ocho y treinta de la mañana.

**VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**4.1. Del ámbito de la casación:** En el presente caso, conforme se ha señalado precedentemente, mediante Ejecutoria Suprema de fecha once de julio de

dos mil catorce -véase fojas treinta y ocho del cuadernillo de casación-, se admitió a trámite en recurso de casación la causal de "apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema", contenida en el inciso quinto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; por lo tanto, como regla general este Tribunal Supremo solo está facultado de pronunciarse respecto a la causal o causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, y por las que se declararon Bien Concedido.

**4.2. Los agravios que invoca son:** Que, el encausado Percy Flores Luque Alejandro, en su escrito de casación de fojas noventa y cuatro, fundamentó su recurso amparándose en la causal establecida en el inciso cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sosteniendo que, la sentencia recurrida se ha apartado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia, al inaplicar el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis y la Sentencia de Casación número cuarenta y nueve guión dos mil once - La Libertad, sobre reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescente mayor de catorce y menor de dieciocho años, tipificado en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres -materia del presente proceso- al artículo ciento setenta del Código Penal, ya que la menor agraviada al momento de los hechos [esto es, al catorce de julio de dos mil diez], contaba con catorce años y once meses de edad, y la sentencia de segunda instancia se dictó luego de la publicación del referido acuerdo plenario, esto es, con fecha veintiséis de julio de dos mil doce, habiendo sido facultad del Colegiado Superior tal reconducción.

**DEL MOTIVO CASACIONAL: APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESTABLECIDA POR LA CORTE SUPREMA:**

**4.3.** Al respecto, cabe acotar que estando fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible que es materia de pronunciamiento, ocurrido el catorce de julio de dos mil diez, por haber

violado sexualmente a la menor de iniciales N.D.P.S.V., conforme se colige del certificado médico legal de fojas cincuenta y ocho del expediente judicial –que concluyó: “**1. signos de desfloración antiguos, 2. contusión himeneal, (...), 4. no se describen lesiones extragenitales**”– el mismo que fuera ratificado a fojas noventa y cinco del expediente de debate, protocolo de pericia psicológica de fojas cincuenta y nueve, y la sindicación efectuada por la menor agraviada a lo largo de todo el proceso –véase referencial a nivel preliminar de fojas treinta y cinco, ampliado a fojas cuarenta; a nivel de instrucción a fojas ciento once y, plenario de fojas setenta y dos y siguientes–, así como con otros elementos de prueba periféricos (que cumplen con las exigencias de certeza que establece el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco); hecho ilícito que se consumó cuando la víctima tenía más de catorce años de edad –véase su partida de nacimiento de fojas sesenta y cinco, con lo que se acredita que nació el veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y cinco–, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal –véase fojas ciento veintiuno– y en las sentencias condenatorias –véase folios ciento treinta y nueve y doscientos setenta y cuatro–, en el inciso tres, primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

**4.4.** Estando a lo expuesto, es de puntualizar que la situación de hecho, *quaestio facti*, está claramente definida y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, valorarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos, apartado dos del Código Procesal Penal, por tal, está fuera de discusión la culpabilidad del sentenciado Percy Alejandro Luque Flores en el hecho punible; sin embargo, el tema a dilucidar en la presente sentencia casatoria radica –conforme a lo señalado en el auto de calificación de casación de fojas treinta y ocho–, en analizar si la sentencia recurrida se ha apartado de lo establecido en el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis y de la Sentencia de Casación número cuarenta y nueve guión dos mil once guión La Libertad, a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad, prevista en el

inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código sustantivo (Ley Penal más favorable al reo).

4.5. Acorde a ello, es de precisar que, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia del doce de diciembre del dos mil doce, recaída en el expediente número cero ocho guión dos mil doce guión PI oblicua TC, que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, entre catorce años y menos de dieciocho; y, en consecuencia, inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, lo cual no implica la excarcelación en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra dichos menores (en lo que no se acredita su consentimiento), pudiendo ser susceptibles de adecuación del tipo penal, dependiendo de los hechos concretos.

4.6. En ese sentido, en los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la **indemnidad sexual**, cuando el sujeto pasivo no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, siendo así nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemático- protege a las personas menores de catorce años e incapaces; en ese caso, el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento válido. Mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la **libertad sexual**, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana; conforme se desarrolló en los Acuerdos Plenarios número cuatro guión dos mil

ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis. En esta línea argumentativa, se tiene que en el presente caso, se trata del ultraje sexual contra adolescente que a la fecha de la comisión del evento criminoso, ya había cumplido catorce años de edad [véase el considerando 5.4.9 de la sentencia de vista del 08 de agosto de 2013]; por consiguiente, La Sala Penal Superior de Apelaciones se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116, respecto al tema de reconducción del delito de abuso sexual no consentido de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal, a lo establecido en el artículo ciento setenta del citado texto penal.

4.7. Que, bajo los argumentos esgrimidos, la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la persona cuenta con una edad superior a los catorce años, por tanto, en el presente caso, el bien jurídico tutelado de la menor agraviada será el de la libertad sexual, presentándose de esa manera una colisión aparente de normas y un apartamiento de la doctrina jurisprudencial invocada por el encausado; sin embargo, estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado -que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente-, prevista en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal [modificado por el artículo uno, de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada el cinco de abril de dos mil seis], al regulado en el segundo párrafo, inciso dos, parte *in fine*, del artículo ciento setenta, del Código Penal [modificado por el artículo único de la Ley veintiocho mil novecientos sesenta y tres, publicada el veinticuatro de enero de dos mil siete -vigente al momento de los hechos-], al configurarse la agravante: "*Si para la ejecución del delito se haya prevalido de (...) una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar*"; lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los

elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado, tal como lo puntualiza la sentencia del seis de febrero del dos mil nueve, expediente número doscientos ochenta y seis guión dos mil ocho guión PHC oblicua TC, Ayacucho.

**4.8.** Como segundo nivel de análisis, compete a este Supremo Tribunal referirse a la determinación judicial de la pena, el cual es el procedimiento técnico valorativo que debe seguir todo órgano jurisdiccional al momento de imponer una sanción; siendo menester precisar que la determinación judicial de la pena, constituye un deber constitucional que tiene todo Juez, quien debe justificar, motivadamente con absoluta claridad y rigor jurídico, el quantum punitivo a imponer con estricta observancia de los principios rectores previstos en el Título Preliminar: Legalidad, Proporcionalidad, Lesividad y Culpabilidad (según Resolución Administrativa número trescientos once guión dos mil once guión P guión PJ, publicada en el Diario "El Peruano", el dos de septiembre de dos mil once); por lo que, al haberse recalificado la conducta al tipo penal de violación sexual contra el encausado Percy Alejandro Luque Flores, ilícito previsto y sancionado en el segundo párrafo, inciso dos, parte in fine, del artículo ciento setenta, del Código Penal [modificado por el artículo único de la Ley veintiocho mil novecientos sesenta y tres, publicada el veinticuatro de enero de dos mil siete], los márgenes punitivos han variado, puesto que la sanción legalmente correspondiente es de no menor de doce ni mayor de dieciocho años de pena privativa de libertad; en ese sentido, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos –violencia y amenaza– y al no existir circunstancia de atenuación, debe imponerse la sanción correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, de trece años de privación de libertad, lo cual resulta legal y proporcional, acorde a la gravedad del hecho imputado.

DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL  
RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL:

4.9. Finalmente, cabe resaltar que éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto de la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, al artículo ciento setenta del Código Sustantivo (subsunción técnica jurídicamente correcta), en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en los Acuerdos Plenarios números cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, así como las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad números novecientos ochenta y ocho guión dos mil once Huánuco, del doce de abril de dos mil doce, mil setecientos setenta guión dos mil once Cusco, del veintiuno de junio de dos mil doce, ochocientos cincuenta y cuatro guión Ancash, del tres de abril de dos mil once y mil trescientos veintinueve guión dos mil diez Arequipa, del nueve de noviembre de dos mil diez; y, Sentencias de Casación números ciento cuarenta y ocho guión dos mil diez – Moquegua, del tres de julio de dos mil doce, cuarenta y nueve guión dos mil once – La Libertad, del diez de julio de dos mil doce y, cuarenta y uno guión dos mil doce – Moquegua, del seis de junio de dos mil trece.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; declararon:

**I. FUNDADA LA CASACIÓN** por la causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; en consecuencia: **CASARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, del siete de agosto de dos mil trece, que confirmó la condena de primera instancia de fojas ciento treinta y nueve, del veintisiete de junio de dos mil doce, que condenó a Percy Alejandro Luque Flores, por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales N.D.P.S.V. -de catorce años once meses de edad-, a

veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal;

**II.** Actuando en sede de instancia, **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento treinta y nueve, del veintisiete de junio de dos mil doce, en el extremo que condenó a Percy Alejandro Luque Flores, por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales N.D.P.S.V. –de catorce años once meses de edad–, a veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal; y,

**III.** Reformándola: **CONDENARON** al encausado Percy Alejandro Luque Flores, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, ilícito previsto y sancionado en el segundo párrafo, inciso dos, parte *in fine*, del artículo ciento setenta del aludido Código Penal, en agravio de la menor de iniciales N.D.P.S.V. –de catorce años once meses de edad–, a trece años de pena privativa de libertad, la misma que se computará a partir del día en que se produzca su detención e internamiento en el Establecimiento Penitenciario que establezca el Instituto Nacional Penitenciario.

**IV. DISPUSIERON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

**V. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; Hágase saber.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

VS/ kprq

24 SEP 2015

10

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Dra. PILAR SALAS CAMPOS  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

**SENTENCIA CASATORIA**

Lima, seis de junio de dos mil trece.-

**VISTOS:** en audiencia privada; el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el acusado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, contra la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre de dos mil once, que lo condenó por el delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T. y revocó en el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad; Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

**PRIMERO: FUNDAMENTOS DE HECHO:**

**I. INTINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA:**

**1.1.** El encausado Rodolfo Rafael Tirado Rivera fue investigado y procesado penalmente, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal, emitiendo el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, la sentencia de fecha uno de septiembre de dos mil once, obrante a fojas trescientos uno, que condenó al procesado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la Libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, conducta prevista y penada en el artículo ciento setenta y tres, numeral tres, del Código Penal, concordado con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal, en agravio de la entonces menor de iniciales M.A.M.T., a

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN Nº 41-2012**  
**MOQUEGUA**

veinte años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, al sostener que:

**A)** Se encuentra acreditado que el procesado tiene un vínculo de parentesco por afinidad, lo que daba al acusado particular autoridad sobre la agraviada, configurándose la agravante.

**B)** Asimismo, precisa que no se ha acreditado que el encausado haya ultrajado a la agraviada, cuando tenía ocho años, ya que el testigo Monroy Yari, médico de la posta de San Francisco, que la examinó cuando tenía nueve años de edad, refirió que no presentaba signos de desgarramiento himeneal.

**C)** Respecto al hecho imputado ocurrido el veintiuno de diciembre de dos mil nueve, se encuentra acreditado con la declaración de la agraviada, la misma que cumple con las garantías de certeza, señaladas en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, evidenciándose ausencia de incredulidad subjetiva, pues si bien la agraviada ha sostenido que sentía pena, tristeza, impotencia, rabia o cólera, por las agresiones que el acusado hacía a su hermano o por los insultos proferidos a su madre, dichos estados emocionales están asociados a conductas concretas del acusado, los que no guardan relación con la imputación materia de juzgamiento, exigiendo la agraviada únicamente justicia; asimismo, el relato de la agraviada es persistente en la incriminación y es verosímil, pues se encuentra corroborado con otros elementos de pruebas periféricos, tales como el certificado médico legal y las declaraciones de los peritos y testigos.

**1.2.** Estando a ello, el abogado defensor del procesado Rodolfo Rafael Tirado Rivera y el representante del Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, habiéndoseles concedido el mismo mediante resoluciones de fecha veinte y veintiuno de septiembre de dos mil

once, tal como se aprecia a fojas trescientos veinticuatro y trescientos treinta y dos, respectivamente.

**II. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

**2.1.** El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, y realizada la audiencia de apelación, conforme aparece del acta de fojas trescientos sesenta y cinco, del veintitrés de noviembre de dos mil once, cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once.

**2.2.** La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante sentencia de vista del dos de diciembre de dos mil once, de fojas trescientos setenta, confirmó la sentencia apelada, por la que se condena a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la Libertad sexual, en la modalidad de Violación sexual de menor agravado, en perjuicio de M.A.M.T., previsto en el artículo ciento setenta y tres, numeral tres del Código Penal, en concordancia con la agravante prevista en el último párrafo de dicha norma, argumentando que:

**A)** No se evidencia la vulneración al debido proceso, toda vez que los magistrados utilizaron un tiempo prudencial, para deliberar la causa, y no treinta y siete segundos como señala la defensa del procesado.

**B)** Asimismo, se evidencia que la declaración de la agraviada, cumple con la garantía de certeza "ausencia de incredulidad subjetiva", por cuanto el Ad quo ha delimitado en forma clara y precisa, que si bien la agraviada se vio afectada por amargas experiencias que tuvo que soportar con el procesado, ellas sólo generaron estados emocionales transitorios, en relación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

a específicas conductas, no en relación a la existencia misma de su padrastro.

C) Sobre la actuación de la prueba de oficio, ésta tiene relación directa con el esclarecimiento de la verdad, no habiéndose afectado su derecho de defensa, por cuanto el imputado tuvo la posibilidad de examinar y contrainterrogar a la víctima, su actuación no fue sorpresiva.

D) Además, considera que procede un incremento de la pena impuesta, pero más no así la solicitada por el representante del Ministerio Público.

E) Finalmente, señala que no ha sido objeto de recurso los hechos ilícitos que se habrían producido desde que la agraviada tenía ocho años de edad, siendo el único hecho que es materia de controversia, ocurrido el veintiuno de diciembre de dos mil nueve.

2.3. Estando a ello, la defensa técnica del encausado Tirado Rivera, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas cuatrocientos cuatro, contra la resolución antes aludida, invocando como causales la inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de lógica en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

III. **DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuatrocientos veintitrés, concedió el recurso de casación extraordinario, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veinticuatro de enero de dos mil doce.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

**3.2.** Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha cuatro de mayo de dos mil doce, de fojas veintiuno -del cuadernillo de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

**3.3.** Deliberada la causa en secreto y votada el día seis de junio de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asisten- se realizará por la Secretaria de Sala el día diecinueve de junio de dos mil trece.

**IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**4.1. Del ámbito de la casación:** Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo de dos mil doce -véase fojas veintiuno del cuadernillo de casación-, admitió a trámite en recurso de casación las causales de de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de lógica en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

**4.2. Los agravios que invoca son:** Que, el procesado Tirado Rivera, a fojas cuatrocientos cuatro, fundamentó su recurso de casación, amparándose en las causales establecidas en los incisos uno, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sosteniendo que: **1)** El Tribunal Juzgador inobservó la garantía constitucional al debido proceso, contemplado en el inciso tercero, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, específicamente el derecho al juzgamiento imparcial y justo, por la actuación de una prueba de oficio, esta es la declaración de la víctima, ordenada después de

que culminó la etapa de admisión y actuación de pruebas; también se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, pues la sentencia condenatoria se ha basado únicamente en la declaración de la agraviada; de igual modo, sostiene que se inobservó su derecho de defensa, pues se le recortó el tiempo para formular los alegatos de cierre y el Colegiado deliberó en pocos segundos la presente causa; II) asimismo, sostiene que la sentencia de vista incurre en ilogicidad en su motivación, por cuanto se aprecia un error en la apreciación de la prueba; y, III) además, se aprecia un apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia, puesto que ha inaplicado el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua C/ guión ciento dieciséis, al haber inobservado que las relaciones entre la agraviada y el procesado no deben estar basados en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición; además, la declaración de la menor agraviada es incoherente y no se encuentra corroborada con pruebas periféricas de carácter objetivo que doten de actitud probatoria a la deposición.

**DEL PRIMER MOTIVO CASACIONAL: INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:**

4.3. El recurrente denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la regla de suficiencia probatoria, al estar basada sólo en la declaración de la agraviada, única prueba actuada de oficio, vulnerándose así su derecho a un tribunal imparcial, asimismo, sostiene que se vulneró su derecho de defensa, al limitársele el tiempo para formular los alegatos de cierre y además, la Sala deliberó la causa en pocos segundos.

4.4. Que, uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado con los mismos; segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio; correspondiéndole a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, se evidencia la existencia de un auténtico vacío probatorio; por lo tanto, si existen pruebas directas o indiciarias, la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra.

**4.5.** De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito al certificado médico legal, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, tales como las declaraciones de los testigos, parientes de la menor agraviada; cumpliendo así con el requisito de suficiencia probatoria, no comprobándose algún vacío probatorio.

**4.6.** Asimismo, cabe precisar que la Sala se encuentra facultada para que en forma excepcional disponga de oficio la actuación de nuevos medios de prueba, si resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, tal como lo dispone el artículo trescientos ochenta y cinco, numeral dos del Código Procesal Penal; lo cual ha sido indicado por la Sala Superior; por lo tanto, no se evidencia una vulneración a su derecho a un Juez imparcial.

**4.7.** De otro lado, respecto al tiempo utilizado en el acto de deliberación, este cuestionamiento fue absuelto en la resolución de apelación, en la que precisan que conforme al Informe del especialista legal, el acto de deliberación en cuestión en realidad duró aproximadamente veinte minutos y no unos segundos como alega la defensa del procesado, además que el artículo trescientos

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

noventa y dos, inciso dos del Código Procesal Penal si bien precisa un tiempo máximo para la deliberación, más no así, estipula un tiempo mínimo, no evidenciándose ninguna irregularidad en dicho extremo.

**4.8.** En relación al tiempo limitado para ejercer sus alegatos de cierre; cabe precisar que el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, el cual constituye un derecho fundamental e imprescindible de un debido proceso. Derecho constitucional que posibilita a las partes argumentar sus pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria formula en apoyo de las suyas; se aprecia del desarrollo del proceso, que el encausado tuvo oportunidad de defenderse, contando en todo momento con un abogado defensor, pudiendo el inculcado contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas, e intervino con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso, razón por la cual no se evidencia una afectación de la garantía constitucional del derecho de defensa como sostiene.

**DEL SEGUNDO MOTIVO CASACIONAL: MANIFIESTA ILOGICIDAD EN LA MOTIVACIÓN:**

**4.9.** Alega el recurrente que se ha incurrido en una manifiesta ilogicidad en la motivación; toda vez que, se aprecia un error en la apreciación de la prueba, pues afirma que la sentencia se sustentó en la declaración del perito Dante Sahuana Calvo; el cual no concurrió al juicio oral, cuestiona también la validez de la declaración testimonial brindada por el tío materno de la menor agraviada, por cuanto éste habría ultrajado a la víctima cuando tenía nueve años de edad, así como las declaraciones brindadas por los peritos, con las que se pretende acreditar la persistencia en la incriminación.

**4.10.** Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Debiendo precisar, que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa. No requiriendo que, de manera pormenorizada, el Tribunal o Juzgador se pronuncie en forma expresa y detallada sobre todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al Juez Penal corresponde resolver -véase sentencia del Tribunal Constitucional número mil doscientos treinta guión dos mil dos guión HC oblicua TC, fundamento jurídico diez al quince-.

**4.11.** En el caso en concreto, se evidencia que la sentencia de vista ha respetado el principio de la motivación de resoluciones judiciales; toda vez que, existe suficiente justificación de la decisión adoptada, evidenciándose congruencia entre lo pedido y lo resuelto, advirtiéndose que en puridad, lo que el recurrente pretende es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas - que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria-; pues en rigor, cuestiona la validez de los medios probatorios actuados en el proceso, sobre los cuales determinaron su responsabilidad penal, la cual no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; en consecuencia, no es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

**DEL TERCER MOTIVO CASACIONAL: APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

**4.12.** También el recurrente invocó como causal el apartamiento de la doctrina jurisprudencial, al otorgarle valor probatorio a lo declarado por la menor agraviada, apartándose de la jurisprudencia establecida en el Acuerdo Plenario

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, pues en su opinión dicha incriminación no reúne los requisitos formales establecidos en el mismo para ser considerado prueba de cargo.

**4.13.** Al respecto, cabe acotar que dicho cuestionamiento no tiene asidero legal, toda vez que la sentencia de primera instancia y la de vista han fundamentando los motivos por los cuales consideran que la declaración de la víctima reúne los requisitos previstos en el Acuerdo Plenario antes mencionado, advirtiéndose conforme se ha señalado líneas arriba, que realmente lo que pretende el recurrente, es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas, lo cual no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria; ya que ello no cabe realizar por el órgano de casación, por su cognición limitada; no existiendo apartamiento alguno del instrumento jurídico antes mencionado; por lo tanto, tampoco es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

**DEL CUARTO MOTIVO CASACIONAL: CAUSAL DECLARADA DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:**

**4.14.** Que, si bien en el recurso de casación interpuesto por el recurrente, solo ha extendido el ámbito causal de su medio impugnatorio a los supuestos precedentemente señalados; sin embargo, debe indicarse que este Supremo Tribunal se encuentra facultado para que de oficio se pronuncie sobre una causal no invocada por el recurrente, cuando tengan por finalidad salvaguardar el principio de legalidad, o corregir una errónea interpretación o una falta de aplicación de Ley penal, de conformidad con lo estipulado en el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, que a la letra dice: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

el recurrente, sin perjuicio de la cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso".

**4.15.** Siendo así, y estando fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible que es materia de pronunciamiento, ocurrido el veintinueve de diciembre de dos mil nueve, por haber violado sexualmente a la menor ya referida, conforme se colige del certificado médico legal de fojas ciento trece –que concluyó: "**himen con signos de desfloración antigua, no signos de acto contranatura ni lesiones paragenitales**"–, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, hecho ilícito que se consumó cuando la víctima tenía más de dieciséis años de edad –tal como se aprecia de su partida de nacimiento, obrante a fojas ciento treinta y ocho–, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el inciso tres del primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Sustantivo.

**4.16.** Estando a lo expuesto, se advierte que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso quinto, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo legal, a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad –realizados mediante violencia física o amenaza–, previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, debe ser reconducida al inciso dos, del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo), en concordancia con lo estipulado en los Acuerdos Plenarios números uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, del veintiséis de marzo de dos mil doce

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

y cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, referidos a la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, pues tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad; en tanto, no medie violencia, grave amenaza o engaño. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, recientemente emitió la sentencia del doce de diciembre del dos mil doce, recaída en el expediente número cero ochò guión dos mil doce guión PI oblicua TC, que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, entre catorce años y menos de dieciocho; y en consecuencia, inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, lo cual no implica la excarcelación en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra dichos menores (en lo que no se acredita su consentimiento), pudiendo ser susceptibles de adecuación del tipo penal, dependiendo de los hechos concretos.

**4.17.** Entonces en los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemático- protege a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse; toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en los Acuerdos Plenarios número cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

**4.18.** En tal sentido, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado ~~que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente-~~, prevista en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres ~~-primer párrafo-~~ del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, el regulado en el inciso dos, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso once, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado, tal como lo puntualiza la sentencia del seis de febrero del dos mil nueve, expediente número doscientos ochenta y seis guión dos mil ocho guión PHC oblicua TC, Ayacucho.

**4.19.** Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que al haberse recalificado la conducta al segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, los márgenes punitivos han variado, por lo que la sanción legalmente correspondiente es de doce a dieciocho años de pena privativa de libertad; en ese sentido, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación, debe imponerse la sanción

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN Nº 41-2012**  
**MOQUEGUA**

más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, de dieciocho años de privación de libertad.

**V. DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL:**

Finalmente, cabe resaltar que éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, al artículo ciento setenta del Código Sustantivo (subsunción técnica jurídicamente correcta), en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en los Acuerdos Plenarios números cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, así como las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad números novecientos ochenta y ocho guión dos mil once Huánuco, del doce de abril de dos mil doce, mil setecientos setenta guión dos mil once Cusco, del veintinueve de junio de dos mil doce, ochocientos cincuenta y cuatro guión Ancash, del tres de abril de dos mil once y mil trescientos veintinueve guión dos mil diez Arequipa, del nueve de noviembre de dos mil diez.

**VI. DECISIÓN:**

Por ello, administrando justicia a nombre de la Nación, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordamos:

**I. DECLARAR INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso,

**II. DECLARAR INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de falta de lógica en la motivación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN Nº 41-2012**  
**MOQUEGUA**

**III. DECLARAR INFUNDADO** el recurso de casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema

**IV. DECLARAR DE OFICIO FUNDADO el recurso de casación** -de conformidad con el inciso primero, del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal-, para desarrollo de doctrina jurisprudencial; en consecuencia **CASARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre de dos mil once, que condenó a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, por el delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T. y revocó el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, concordado con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal;

**V.** Actuando en sede de instancia, **REVOCARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre de dos mil once, que condenó a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, por el delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T., y revocó el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, concordado con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal; y,

**VI. REFORMÁNDOLA** condenaron al encausado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la Libertad sexual, previsto en el inciso segundo, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron dieciocho años de pena privativa de libertad, que con el descuento

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 41-2012**  
**MOQUEGUA**

de carcelería que viene sufriendo desde el primero de septiembre de dos mil once, vencerá el treinta y uno de agosto de dos mil veintinueve.

**VII. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** lo señalado en el punto cuarto de la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema -de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal-, respecto a la reconducción del tipo penal en los atentados a la libertad sexual, en agravio de los adolescentes de catorce y menores de dieciocho años de edad, al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del Código Penal.

**VIII. DISPUSIERON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial "El Peruano".

**IX. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; Hágase saber.-

**S.S.**

**VILLA STEIN**

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

ROZAS ESCALANTE

VS/mca

18 FEB 2014

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

**Dra. PILAR SALAS CAMPOS**  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

## **SENTENCIA DE CASACIÓN – DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

**RECONDUCCIÓN DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO COMETIDO CONTRA ADOLESCENTE MAYOR DE 14 Y MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, DEL ARTÍCULO 173°.3. AL ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL.**

Lima, diez de julio de dos mil doce.-

**VISTOS;** en audiencia privada; el recurso de casación concedido *"para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley mas favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ - ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil cinco"* a la defensa técnica del encausado don Elías Samuel García Briceño; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

### **PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA.**

Lo es la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once -obrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez -obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que lo condenó como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

**SEGUNDO: DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA.**

**2.1.-** El encausado García Briceño fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de dieciocho de febrero de dos mil diez -de los folios uno a trece- formuló acusación en su contra por el delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad, **previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal**, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C.

**2.2.-** Se llevó a cabo por el señor Juez de Investigación Preparatoria la audiencia de control de la acusación –conforme se advierte del acta obrante en los folios dos a cuatro-. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente al veintinueve de marzo de dos mil diez –obstante en los folios siete a diez del cuaderno de debate-.

**2.3.-** Seguido el juicio de primera instancia –como se advierte de las actas de los folios setenta y siete, ochenta y uno, ochenta y nueve y noventa- el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de junio de dos mil diez –conforme se advierte de los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve- que condenó a don Elías Samuel García Briceño por delito contra la libertad – violación de la libertad sexual de menor de quince años de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C. a veinticinco años de pena privativa de libertad.

**2.4.-** El señor abogado defensor del encausado García Briceño interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y seis a ciento setenta y tres. Este recurso fue concedido mediante auto de uno de julio de dos mil diez de los folios ciento treinta y ocho y ciento treinta y nueve.

**TERCERO: DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

**3.1.-** Culminada la fase de traslado de la impugnación la Primera Sala Superior Penal "de Apelaciones" de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia de apelación de sentencia y se realizó el seis de enero de dos mil once - conforme aparece del folio doscientos treinta y nueve-, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de trece de enero de dos mil once de los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos.

**3.2.-** La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia que lo condenó como autor del delito indicado con la sanción de veinticinco años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

**CUARTO: DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL PROCESADO.**

**4.1.-** Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos cincuenta y seis a doscientos sesenta y siete.

**4.2.-** Concedido el recurso por auto de veintiséis de enero de dos mil once de los folios doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el tres de marzo de dos mil once.

**4.3.-** Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, ésta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de veinte de septiembre de dos mil once -obrante en los folios veinte a treinta y cuatro -del

cuadernillo formado en esta Instancia-, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por el motivo previsto en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

**4.4.-** Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio cuarenta y siete quedando la causa expedita para emitir decisión.

**4.5.-** Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, ésta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura en audiencia privada – con las partes que asistan – se realizará por la Secretaría de la Sala el veintitrés de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.**

**1.1.-** El inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en cuanto refiere que: "***Si la sentencia o auto importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas***".

**1.2.-** El primer párrafo del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal que regula *el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

**1.3.-** El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al *delito de violación sexual realizado con*

violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bocal {sic} o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

**1.4.-** El inciso 3º del artículo 433 del Código Procesal Penal –referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio– en tanto establece que: “(...) la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: “Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el

asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

**1.5.-** El Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/ CJ – ciento dieciséis, con carácter vinculante, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad)".

**1.6.-** El inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, respecto a los principios de la función jurisdiccional.

**1.7.-** La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC –Ayacucho– de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: ***"Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso"***.

**1.8.-** La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 197 y 199, de cuatro de enero de dos mil tres, relativo al principio de Proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material: «En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que

se vaya a imponer. Este principio en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.(...) Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se trata de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma».<sup>1</sup>

**1.9.-** La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. N° 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: «Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45° y 46° del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto

---

<sup>1</sup> En *Jurisprudencia penal*, Tomo I, Trujillo, Editora Normas legales, 2003 p. 532.

modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta». <sup>2</sup>

**1.10.-** El recurso de nulidad de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010 – LIMA, señala que: "(...) *atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada –quince años de edad- la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente*"<sup>3</sup>, igualmente en las Ejecutorias Supremas: R.N. N° 988-11-HUÁNUCO (12 de abril 2012), RN N°1770-11-CUSCO (21 de junio 2012) R.N. N°854-11-ANCASH (03 de abril 2011), R.N. N°1329-10 AREQUIPA (09 noviembre 2010).<sup>4</sup>

**SEGUNDO: DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN.**

Se señaló en el sexto fundamento del auto de calificación que: "*que sin embargo, este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial*

<sup>2</sup> Castillo Alva, José Luís. *Jurisprudencia penal 1, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Grijley, 2006, p. 232.

<sup>3</sup> Conforme se aprecia del séptimo fundamento de la Ejecutoria Suprema N° 1700-2010 – LIMA, de 03 de mayo de 2011.

<sup>4</sup> En este punto el Juez Supremo Ponente, se aparta del criterio resolutivo plasmado en el voto singular de la Ejecutoria Suprema emitida en el recurso de nulidad N°1222-2011. Apartamiento que por lo demás resulta producto de un consenso alcanzado vía Acuerdo Plenario sobre la materia. \*

por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad –realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal mas favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad”.

### TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO.

3.1.-Está fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal del folio cincuenta y uno –que concluyó: **“lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado”**– hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal -modificado por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro-.

**3.2.-** En el auto de calificación de veinte de septiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad – realizados mediante violencia física o amenaza -, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.

**3.3.-** Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no ésta en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico- bajo el criterio de interpretación sistemático- a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de 'la libertad personal vinculada de manera directa con el

principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explico y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis<sup>5</sup>.

**3.4.-** El Supremo Tribunal consideró que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico- libertad sexual-; estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta imputada al encausado recurrente, que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal -, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres –primer párrafo- del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del

---

<sup>5</sup> Conforme se aprecia en el 6º fundamento de la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N°1222-2011 – LIMA, de nueve de febrero de 2012.

artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse, a la luz, de la sentencia del 6 de febrero del 2009, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC – Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

**3.5.-** En los casos que correspondan procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171 ó 172 del Código Penal, en tanto el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición o sí así lo determinara en ejercicio de su funciones constitucionales.

**3.6.-** Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170 del Código Penal, regulado en **la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta** en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural de Caserío Coypin – Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción mas alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

**3.7.-** Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y

normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

**CUARTO: DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL.**

Finalmente, cabe resaltar que como se glosa en el sustento normativo (apartado 1.10) éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal al artículo ciento setenta del Código Penal (subsunción técnica jurídicamente correcta) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis.

**DECISIÓN:**

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordamos:

- I. **DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN** y, en consecuencia, **NULO** el extremo de la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once -obran en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmó la condena de primera instancia, de veinticinco de junio de dos mil diez - obran en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo

ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; en consecuencia;

- II. **RECONducIR** dicho comportamiento al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del referido Código Punitivo; y actuando en sede de instancia;
- III. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez - obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; y
- IV. **REFORMÁNDOLA**, condenaron a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron ocho años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintiuno de mayo de dos mil nueve (conforme se advierte del folio dieciséis del cuaderno de detención preliminar) vencerá el veinte de mayo de dos mil diecisiete.
- V. **ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** lo señalado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema -de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal -, **respecto a la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 años a los 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170 del Código Penal.**

- VI. DISPONER** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la señorita secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes;
- VII. PUBLICAR** en el diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.

**S.S.**

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

MORALES PARRAGUEZ

*JLSA/eam*

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

*[Handwritten signature]*  
Dra. PILAR SALAS CAMPOS  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

## **SENTENCIA CASATORIA**

Lima, tres de julio de dos mil doce.-

**VISTOS;** el recurso de casación, interpuesto por el sentenciado Jesús Amador Sánchez Amesquita, contra la sentencia de vista, de fecha seis de octubre de dos mil diez, obrante a fojas quinientos ocho, que confirmó la sentencia de primera instancia del veintitrés de julio de dos mil diez, obrante a fojas cuatrocientos, que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales D.G.G. a veinte años de pena privativa de libertad efectiva.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

### **ANTECEDENTES**

#### **I Del Itinerario del proceso en primera instancia**

**Primero.-** Que, el acusado Jesús Amador Sánchez Amesquita fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Por disposición de fojas dos, del veintitrés de julio de dos mil nueve, el Fiscal Provincial formalizó investigación preparatoria -y continuó con su trámite-, contra el citado encausado por delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de dieciocho años de edad, en agravio de la menor de iniciales D.G.G.

**Segundo.-** Que, el señor Fiscal a fojas catorce formuló acusación escrita. La Jueza Penal de la Investigación Preparatoria señaló, mediante resolución de fecha nueve de abril del dos mil diez, de fojas ciento

cincuenta y seis, fecha y hora para la realización de audiencia preliminar de control de acusación fiscal -fojas ciento setenta y uno-.

**Tercero.-** Que, emitido el auto de enjuiciamiento la causa fue remitida al Juzgado Penal Colegiado, que mediante resolución de fojas ciento noventa y siete, de fecha diez de mayo de dos mil diez -cuaderno de debate-, citó a las partes procesales y señaló fecha para el juicio oral, así como dispuso la formación del cuaderno de debates.

Seguido el juicio de primera instancia -ver acta de fojas doscientos treinta y siete y siguientes-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas trescientos cincuenta y siete, del veintitrés de julio de dos mil diez, que condenó al imputado Jesús Amador Sánchez Amezcuita, por delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de dieciocho años de edad -artículo cientos setenta y tres, inciso tres, del Código Penal-, en agravio de la menor de iniciales D.G.G. a veinte años de pena privativa de libertad efectiva, tratamiento terapéutico, así como fijó en dos mil nuevos soles el monto de reparación a favor de la agraviada.

Contra dicha sentencia el acusado interpuso recurso de apelación en la audiencia de lectura de sentencia de fojas trescientos cincuenta y lo fundamentó mediante escrito de fojas cuatrocientos veintidós. Este recurso fue concedido por auto de fojas cuatrocientos treinta y tres, del tres de agosto de dos mil diez.

## ***II.- Del trámite recursal en segunda instancia.***

**Cuarto.-** Que, el Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, ofrecida prueba instrumental por el recurrente, declarados inadmisibles mediante auto de fojas cuatrocientos setenta y dos, del trece de setiembre de dos mil diez, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas quinientos tres, del veintinueve de setiembre de dos mil diez, cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de vista de fojas quinientos ocho, del seis de octubre de dos mil diez.

**Quinto.-** Que, la sentencia de vista recurrida en casación confirmó la condena de recurrente Jesús Amador Sánchez Amezcua por delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de 18 años de edad, en agravio de la menor de iniciales D.G.G.

**III.- Del trámite del recurso de casación de la defensa técnica del encausado Jesús Amador Sánchez Amezcua**

**Sexto.-** Que, el Tribunal Superior por resolución de fecha quince de octubre de dos mil diez, de fojas quinientos ochenta, concedió el recurso de casación, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veintidós de noviembre de dos mil diez.

Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha diez de marzo de dos mil once, de fojas veintitrés -del cuadernillo de casación-, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno y cuatro del Código Procesal Penal, por Inobservancia de la garantía constitucional de carácter

material y concretamente la afectación de las garantías de "presunción de inocencia" y "debido proceso", y por falta de lógica en la motivación.

Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con emitir la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada –con las partes que asistan– se realizará por Secretaria de la Sala el día diez de julio del dos mil doce, a las ocho y treinta del mañana.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

##### **I. Del ámbito de la casación:**

**PRIMERO:** Que, se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas: **(a)** la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y, **(b)** la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.



**SEGUNDO:** Que, bajo la línea de pensamiento descrita en el párrafo precedente, en el presente caso se concedió el recurso de casación por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno y cuatro del Código Procesal Penal, es decir, i) Inobservancia de la garantía constitucional de carácter material y concretamente la afectación de las garantías de "presunción de inocencia" y "debido proceso"; y ii) Falta de logicidad en la motivación; por lo tanto, como regla general este Tribunal Supremo sólo está facultado de pronunciarse respecto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, y por las que se declararon Bien Concedido, sin embargo, estas restricciones al ámbito de decisión de la presente sentencia no tienen un alcance absoluto sino relativo, ya que de manera excepcional, de conformidad con lo dispuesto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, interpretado bajo los cánones descritos en el párrafo precedente, el Tribunal de Casación tiene competencia de declarar de oficio las cuestiones que estime pertinentes, en cualquier grado y estado del proceso; en consecuencia, para el caso concreto, aquello que es declarable de oficio, es lo concerniente a la delimitación del objeto de decisión del presente recurso de casación.

**TERCERO:** Que, en ese sentido, surge con nitidez que la casación oficiosa no sólo procede cuando la sentencia de segunda instancia se dicta en un juicio viciado de nulidad, sino también cuando la exigencia de desarrollo de doctrina jurisprudencial busca definir contornos más o menos precisos del ámbito de vigencia y aplicación de las normas jurídicas penales, para de ese modo poder darles un sentido determinado que pueda fijar criterios adecuados para su aplicación, en

ese sentido, no existe ningún problema o dificultad para aceptar pacíficamente la legitimidad y utilidad de poder viabilizar un pronunciamiento en sede casacional respecto de una causal no invocada y no declarada Bien Concedida en el Auto de Calificación de Casación, eso si, entendiendo que esta forma de proceder es excepcional, conforme se fundamentó en el primer considerando. Por tal, en el presente caso, este Supremo Tribunal se pronunciará de manera oficiosa sobre la interpretación de los artículos ciento setenta y ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal, buscando afianzar doctrina jurisprudencial respecto a la interpretación de los preceptos jurídicos antes mencionados, se apertura entonces la causal contenida en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tercero, referido a la errónea interpretación de la ley penal. Además, se absolverá el grado respecto a las causales declaradas Bien Concedidos en el Auto de Calificación de fecha diez de marzo de dos mil once, esto es, sobre la inobservancia de garantía constitucional de carácter material -presunción de inocencia y debido proceso- y sobre la falta de lógica en la motivación.

**II. Sobre la causal de Inobservancia de garantía constitucional de carácter material -debido proceso y presunción de inocencia-:**

**CUARTO:** Que, la garantía constitucional de presunción de inocencia como regla de juicio fáctico de la sentencia con incidencia en el ámbito probatorio resalta que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén

referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, puedan sostener un fallo condenatorio.

**QUINTO:** Que, corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, fluye la existencia de un auténtico vacío probatorio y, en su caso, de una ilegalidad de los actos de prueba de entidad significativa. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias y éstas son legítimas la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas -tal como la ley prevé-, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior, salvo que ésta vulnere groseramente las reglas de la ciencia o de la técnica o infrinjan las normas del pensamiento, de la lógica o de la sana crítica.

**SEXTO:** Que, el recurrente cuestiona que en la sentencia recurrida no ha existido suficiencia probatoria, para lo cual alega que en dicha sentencia de vista no se especifica cómo es que el certificado médico legal que concluyó que la agraviada presenta "desfloración antigua", el acta de nacimiento de la hija de la agraviada y el protocolo de pericia psicológica realizado a esta última, acreditan la agresión sexual de la que supuestamente fue víctima. Además, sostiene que no se tomó en cuenta que la fecha de concepción de la hija agraviada no coincide con las fechas en que presuntamente fue objeto de ultraje sexual. Estas

afirmaciones por parte del recurrente no son exactas en tanto existe el suficiente material probatorio que fundamente de manera razonable la convicción del Colegiado que confirmó la sentencia de primera instancia, tal cual se desprende de la motivación del Segundo y Tercer Considerando de la sentencia recurrida, en tal virtud esta causal debe ser declarada Infundada.

**SÉPTIMO:** Que, en lo concerniente a la garantía genérica del debido proceso, el recurrente sostiene como agravios que el Colegiado Superior declaró inadmisibles la nueva prueba que propuso, rechazó su petición de que la agraviada y su tía Julia Callomamani de Gómez sean citadas al plenario, y que además se denegó su solicitud de que la audiencia no se llevara a cabo en el Penal de San Ramón de Samegua, sino en un local que cuente con servicio de Internet, ya que lo requería para su defensa, empero le denegaron el pedido por "razones de seguridad". Frente a estos cuestionamientos se debe de precisar que a fojas cuatrocientos setenta del cuaderno de debate se encuentra debidamente sustentada en los considerandos segundo, tercero, cuarto y quinto de la resolución número cuatro del trece de setiembre del dos mil diez, la inadmisibilidad de los medios de prueba de descargo, en tanto estos no se constituirían como prueba nueva. Por otro lado, con respecto al segundo cuestionamiento se tiene que la sindicación de la agraviada mediante su referencial fue tenida en cuenta y no como única prueba para poder realizar la imputación al sentenciado, sino que esta se enmarca sobre la base de un conjunto de pruebas aun más amplio, las mismas que valoradas en su conjunto viabilizan de manera contundente la responsabilidad del sentenciado; en ese sentido, la declaración de la tía de la agraviada no presentaría la entidad suficiente que hubiese

podido enervar la responsabilidad del sentenciado. Por último, sobre el pedido de llevar a cabo la audiencia de apelación en un lugar que cuente con Internet, mediante resolución número cinco, de fecha veintiuno de setiembre del dos mil diez obrante a fojas cuatrocientos ochenta y tres, del cuaderno de debate, en el fundamento cuarto se motiva adecuadamente las razones de no poder acceder a dicho pedido. En consecuencia, esta causal invocada también debe ser declarada Infundada.

### **III. Sobre la causal de falta de logicidad de la motivación:**

**OCTAVO:** Que, el recurrente cuestiona que la sentencia impugnada presenta una falta de logicidad de la motivación en razón a que no se tomó en cuenta lo ilógica e incoherente que resulta la forma y circunstancias en que la agraviada afirma que fue ultrajada sexualmente, a lo que se aúna el hecho de que el encausado padece de disfunción eréctil, que tampoco se valoró que la agraviada no comentó a nadie de la supuesta violación sexual pese a que fue visitada por su madre y tenía contacto con sus familiares, que se ha tomado la prueba de ADN como irrefutable pese a la existencia de tratados científicos que señalan lo contrario, y que el Colegiado Superior de manera prevaricadora interpretó lo declarado por la agraviada y además señalaron que una persona con disfunción eréctil puede lograr la penetración. Frente a estos cuestionamientos se debe de precisar que los mismos, en esencia, cuestionan la valoración de la prueba efectuada por el Colegiado de instancia y de vista, por lo que deviene en inatendible dicha causal por el carácter limitado de cognición que presenta el recurso de casación.

**IV. Sobre la causal aperturada de oficio por errónea interpretación de la ley penal, para delimitar doctrina jurisprudencial en lo concerniente a los artículos ciento setenta y ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal:**

**NOVENO:** Que, en el presente caso, es de puntualizar que la situación de hecho, *quaestio facti*, está claramente definida y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, valorarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos, apartado dos del Código Procesal Penal, por tal, está fuera de discusión la culpabilidad del sentenciado Jesús Amador Sánchez Amezquita en el hecho punible; sin embargo, el tema a dilucidar en la presente sentencia casatoria radica en el análisis del juicio de imputación que corresponde al sentenciado, es decir, analizar si la subsunción de su conducta se encuadra a los alcances del artículo ciento setenta o bien a los alcances del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, por lo que para tal fin, en principio se debe de realizar una descripción genérica del problema de subsunción que se desprende al analizar el presente caso con los dos artículos señalados del Código Penal.

**DÉCIMO:** Que, se tiene que el Código Penal en su Título IV Delitos contra la Libertad, en su Capítulo IX regula los tipos penales referentes a la Violación de la Libertad Sexual, plasmando en dichos tipos penales como bien jurídico objeto de tutela penal a la libertad sexual y la indemnidad sexual, el primero de ellos entendido como la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para determinarse en el ámbito de su sexualidad, y el segundo definido como la preservación de la sexualidad

de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, mediante una interpretación literal, la misma que no presenta mayor profundidad, se puede afirmar que el artículo ciento setenta del Código Penal expresamente protege la libertad sexual de las personas, en cambio, de los supuestos que se extraen del artículo ciento setenta y tres del Código Penal se tiene que el bien jurídico protegido en estos casos es la indemnidad sexual. El error de interpretación que se acusa en las partes precedentes de la presente resolución y que condujo a que este Tribunal Supremo, pueda aperturar excepcionalmente de oficio la causal casatoria contenida en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tercero, del Código Procesal Penal para desarrollo y unificación de doctrina jurisprudencial referida a la correcta forma de interpretación de los artículos ciento setenta y ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal, radica en establecer si el supuesto contenido en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres, se fundamenta en la protección del bien jurídico "indemnidad sexual" o del bien jurídico "libertad sexual" en consonancia con una interpretación sistemática del Acuerdo Plenario cuatro guión dos mil ocho oblicua concordancia jurisprudencial guión ciento dieciséis, esto debido a que en dicho Acuerdo Plenario en su fundamento noveno, tercer párrafo, se llegó a la conclusión de que se debe de eximir de responsabilidad penal a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad, en consecuencia, el supuesto referido a la protección penal de la indemnidad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años habría desaparecido estatuyéndose en cambio la protección penal respecto al bien jurídico de libertad sexual,

en tanto que se permite que las personas que se encuentran en la franja etaria de los catorce a los dieciocho años de edad puedan decidir respecto a su actividad sexual.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, en virtud de lo establecido en el párrafo anterior, con el afán de consolidar y unificar jurisprudencia sobre este punto y atendiendo a que este Colegiado Supremo Ha fijado un cambio en su línea jurisprudencial -véase Ejecutorias Supremas R. N°. 1700 -2010 - Lima, de fecha 03 de mayo de 2011, R. N°. 1222-2011- Lima, de fecha 09 de febrero de 2012, se debe de precisar que la libertad sexual es una cualidad que se brinda a las personas, entendiendo que estas presentan un desarrollo psíquico y fisiológico tal, que se permita inferir en ellas una capacidad racional de determinación respecto de la actividad sexual, en ese sentido, cuando esta capacidad no existe, la protección que surge es la de la indemnidad sexual; por tal, en el Acuerdo Plenario cuatro guión dos mil ocho oblicua concordancia jurisprudencial guión ciento dieciséis, se entendió que las personas mayores de catorce años ya cuentan con esta capacidad de dirección sexual, por lo que la protección penal que se enmarca será la de su libertad sexual.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, bajo los argumentos esgrimidos, la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la persona cuenta con una edad superior a los catorce años, por tal, en el presente caso, el bien jurídico tutelado de la agraviada será el de la libertad sexual, presentándose de esa manera una colisión aparente de normas, ya que es posible la subsunción típica de la conducta del sentenciado tanto en el artículo ciento setenta como en el ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, sin embargo, dicha colisión, tal cual se precisó,

sólo se produce de manera aparente, en tanto la configuración típica del artículo ciento setenta refleja que el bien jurídico tutelado en dicha norma es la de la libertad sexual, configurándose de esa manera el bien jurídico como sustrato mismo de la norma, en ese sentido, se vacía el contenido de protección del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero por dos razones, en principio, porque el bien jurídico tutelado en este artículo es el de la indemnidad sexual –sería un sinsentido que esta norma dependiendo del inciso que se configure, proteja distinto bien jurídico-; y segundo, debido a que el supuesto de hecho del tercer inciso consigna a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, ergo lo que se protege en ellos es su libertad sexual, no acomodándose la conducta delictiva a dicho artículo, sino al artículo ciento setenta.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, bajo la lógica planteada, en el presente caso se debe de efectuar una desvinculación de la subsunción típica efectuada por el Ministerio Público y desarrollada por los Tribunales de Instancia y de vista, encuadrando la conducta del sentenciado al artículo ciento setenta, además de configurarse la agravante específica consignada en el segundo inciso, es decir, "Si para la ejecución del delito [el sentenciado] se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, (...) o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.", por lo que, el marco de pena abstracta para el presente caso es de doce a dieciocho años de pena privativa de la libertad. Y actuando como Órgano de Instancia, la determinación concreta de la pena en virtud de los artículos cuarenta y cinco, cuarenta y seis, y demás normas aplicables a dicho fin, la pena será doce años de pena privativa de libertad.

**DECISIÓN:**

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales de Inobservancia de garantía constitucional de carácter material –debido proceso y presunción de inocencia-; y por falta de logicidad en la motivación.
  
- II. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal aperturada de oficio de errónea interpretación de la ley penal y en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista **REVOCÁNDOLA** en el extremo que condenó a Jesús Amador Sánchez Amesquita como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales D.G.G. a veinte años de pena privativa de libertad efectiva, previsto y sancionado en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres; y **lo condenaron** por el artículo ciento setenta tipo base, concordado con la agravante específica del inciso dos del Código Penal, a doce años de pena privativa de libertad, la que computada desde el veintitrés de julio de dos mil diez, vencerá el veintidós de julio de dos mil veintidós.
  
- III. **ESTABLECIERON** de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso tercero del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, los considerandos Duodécimo y Décimo Tercero de la presente resolución. En consecuencia **ORDENARON** sea publicada la presente sentencia como corresponda de conformidad al artículo

cuatrocientos treinta y tres, inciso tercero *in fine* del Código Procesal Penal.

**IV. ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

**Ss.**

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

MORALES PARRAGUEZ

PP/LPSG

**JURISTA**  
**EDITORES**

  
Dr. Lucio Jorge Ojeda Barzudá  
Secretario de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

12 5 MAR 2013



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por [REDACTED] contra la resolución de fojas 141, de fecha 16 de enero de 2018, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 4 de octubre de 2016 (folio 71), la recurrente interpone demanda de amparo contra la fiscal superior Azucena Inés Solari Escobedo de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y el fiscal supremo Pedro Gonzalo Chávarry Vallejos de la Fiscalía Suprema de Control Interno, pretendiendo que se declare la nulidad de (i) la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial encargada de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad; y de (ii) la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), que confirmó la Resolución 123-2016, pues considera que estas han vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación del derecho de acceso a la justicia, y al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones y de defensa.

La recurrente cuestiona las disposiciones fiscales expedidas en la Carpeta 322-2015 que rechazó su denuncia interpuesta contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, los que habrían sido cometidos en la tramitación de la Carpeta 606-2014, correspondiente a la denuncia penal que interpuso también contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

Respecto al trámite de la Carpeta 606-2014, alega que el 23 de diciembre de 2014 (folio 43) denunció a Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir consumado en su agravio el 19 de diciembre de 2014 en el Hospital Central de la Fuerza Aérea del Perú (FAP), en donde ambos, en su condición de médicos, se encontraban de guardia. Así, en su denuncia propuso diversas diligencias que debían realizarse durante la investigación preliminar, entre ellas el examen toxicológico de su cabello para acreditar el tipo de droga que le fue suministrada; y, del mismo modo, mediante escrito presentado el 24 de diciembre de 2014 (folio 46), ofreció las prendas que vestía cuando ocurrieron los hechos (trusa y pantalón) para que sean sometidos a una pericia biológica. Sin embargo, la fiscal provincial penal a cargo de la investigación preliminar únicamente recibió su declaración indagatoria y la de Katia Romina Briceño Bardales; recabó el certificado médico legal 082459-E-IS, de fecha 23 de diciembre de 2014 (folio 49), y visualizó los videos de seguridad remitidos por el hospital, luego de lo cual expidió la disposición de fecha 27 de febrero de 2015 (folio 54), declarando no ha lugar a formalizar denuncia penal contra su agresor, la misma que fue confirmada mediante disposición superior de fecha 22 de marzo de 2016 (folio 58).

Respecto a la Carpeta 322-2015, la recurrente afirma que la fiscal provincial penal incurrió en ilícitos penales al archivar la indagación abierta contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, razón por la cual la denuncia penalmente por los delitos de omisión de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad. Señala que esta segunda denuncia estuvo paralizada en la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima desde el 27 de abril de 2015, fecha en que la presentó, hasta el 27 de enero de 2016, fecha en la que se expidió la disposición fiscal de primera instancia o grado cuestionada, y que pese al tiempo transcurrido solo se recibió el descargo de la fiscal denunciada, es decir, no se realizó ningún otro acto de investigación sobre los hechos imputados, y solo con dicho descargo se resolvió archivar su denuncia. Subsecuentemente, impugnó esta decisión y su recurso fue elevado a la Fiscalía Suprema de Control Interno, la cual sin ningún sustento fáctico o jurídico resolvió confirmar la disposición de archivo.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante auto de fecha 11 de octubre de 2016 (folio 90), declaró improcedente *in limine* la demanda de autos al considerar que a través de esta la recurrente pretende el reexamen de lo decidido en aras de reabrir la investigación preliminar.

A su turno, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante auto de vista de fecha 16 de enero de 2018 (folio 141), confirmó la apelada al



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

estimar que las disposiciones fiscales cuestionadas cuentan con una motivación lógica y coherente y, por ello, no se advierte la vulneración de derechos fundamentales que se acusa.

## FUNDAMENTOS

### Procedencia de la demanda

1. Conforme se advierte de los antecedentes, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la improcedencia *in limine* de la presente demanda de amparo, y esta decisión fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la referida Corte Superior de Justicia. Sin embargo, este Tribunal considera que los hechos postulados en la demanda y sus anexos se encuentran directamente referidos al derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, toda vez que se acusa que las disposiciones cuestionadas no expresan —o lo harían en forma insuficiente— las razones que justifican la decisión de no abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en el decurso del trámite de la denuncia interpuesta por la recurrente contra Edgar Reyes Mayate por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.
2. En tal sentido, este Tribunal advierte que la presente demanda ha sido rechazada de manera indebida; sin embargo, considera viable emitir en esta oportunidad procesal el correspondiente pronunciamiento de fondo, en lugar de devolver los actuados al juez de primera instancia o grado, toda vez que (i) el litigio versa sobre un asunto de puro derecho; (ii) se cuestiona directamente la decisión fiscal que dispuso el archivo de una investigación preliminar, así como su confirmatoria, por lo que la posición de las instancias fiscales resulta totalmente objetiva y esta se ve —o debería verse— reflejada en la propia fundamentación utilizada al momento de expedirse (cfr. Sentencia 3864-2014-PA/TC); y (iii) tal proceder no vulnera el derecho fundamental al debido proceso (en su manifestación del derecho de defensa ni alguna otra) de los fiscales demandados, ni de la Procuraduría Pública del Ministerio Público.
3. Respecto a este último punto, cabe resaltar que en autos consta que no se ha generado indefensión para los demandados, pues se ha notificado el escrito de apelación (folio 96) y el auto de su concesión (folio 105), así como el decreto de vista de la causa (folio 118) y el auto de vista (folio 141) al fiscal Pedro Gonzalo Chávarri Vallejos (folios 106, 130 y 156), a la fiscal Azucena Inés Solari Escobedo (folios 108, 120, 159) y a la Procuraduría Pública a cargo de la Defensa Jurídica del



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

Ministerio Público (folios 116, 119, 157). Además, la citada Procuraduría Pública se apersonó al proceso a través de los escritos presentados el 23 de enero de 2017 (folio 112) —por el que solicitó su emplazamiento con la demanda, anexos y demás resoluciones— y el 4 de diciembre de 2017 (folio 124) —por el que solicitó el uso de la palabra en la audiencia de vista de la causa, a la que finalmente no asistió—.

4. En tal sentido, la decisión de este Tribunal de pronunciarse sobre el fondo de la presente controversia en esta oportunidad procesal resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, así como con los principios procesales de economía procesal e informalismo, tal cual lo enuncia el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo que conlleva a reprobar la posibilidad de que los errores de apreciación de los jueces que rechazaron la demanda, pueda justificar que la solución del problema jurídico se dilate, más aún si lo que está en entredicho es la eficacia vertical de derechos fundamentales cuya efectividad el Estado Constitucional no solamente debió respetar, sino promover.

#### **Delimitación del petitorio**

5. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de las siguientes decisiones fiscales emitidas en la Carpeta 322-2015, que recoge la denuncia interpuesta por la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad:

- Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no haber lugar a abrir investigación preliminar; y
- Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la Resolución 123-2016.

6. En tal sentido, la controversia de autos se encuentra referida al derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, por cuanto el pronunciamiento de la fiscal superior de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima el correspondiente al fiscal supremo de la Fiscalía Suprema de Control Interno no expresan —o lo harían en forma insuficiente— las razones que justifican su decisión de no abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en el decurso del trámite de



la denuncia interpuesta por la recurrente contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

**Sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de igualdad en la administración de justicia**

7. Como ya ha tenido ocasión de referir este Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente 01423-2013-PA/TC, la historia nos ha mostrado que las mujeres durante muchísimos años han sido excluidas sin justificación razonable del espacio público, en tanto que su presencia en distintos contextos sociales ha sido obligada a manifestarse como subordinada. Y no hay duda de que todavía existen rezagos de las diferencias culturalmente creadas entre hombres y mujeres en muchas sociedades. El Perú no escapa a esa realidad. Sin embargo, como Estado constitucional, es consciente de su deber de combatir las desigualdades de manera efectiva; por ello, además del reconocimiento del derecho que tienen las mujeres a no ser discriminadas por razón de sexo, ha constitucionalizado algunas obligaciones, como el deber de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), de crear igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191).
8. A pesar de que el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad en tanto vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido por parte de todas las personas, una regulación constitucional y legislativa que se proponga tutelar los derechos de las mujeres y el respeto que ellas merecen como personas iguales en dignidad no es suficiente; sobre todo cuando las desigualdades culturalmente concebidas contribuyen a la creación de problemas estructurales de relevancia constitucional, como lo es, por ejemplo, la violencia de género en el Perú y que, consecuentemente, ha colocado a las mujeres en una situación de especial vulnerabilidad que demanda una atención prioritaria, real y efectiva por parte del Estado (cfr. Sentencia 5121-2015-PA/TC).
9. La desaparición de las desigualdades es un desafío social y es un objetivo cuyo cumplimiento involucra principalmente al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto. En ese sentido, la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un



instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria.

10. La perspectiva de igualdad de género es, pues, una nueva forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres, vale decir, un análisis con sensibilidad de género y motivado por lograr la equidad entre hombres y mujeres. Es esta definición conceptual la que explica por sí sola la necesidad de su incorporación en el ámbito institucional.
11. Ahora bien, la adopción de la perspectiva de igualdad de género en el ámbito institucional supone un proceso de cambio en la acostumbrada forma de ejercer la función y el servicio públicos, que propicia, a su vez, ajustes en las estructuras institucionales, así como la flexibilización en los procedimientos y prácticas rígidas diseñados para el funcionamiento estatal. De ahí que, por ejemplo, la adopción del enfoque de género en el ámbito de la administración de justicia supondría la creación de una jurisdicción y fiscalía especializadas, así como exigiría de un análisis con perspectiva de género presente en el razonamiento que sustenta las decisiones de jueces y fiscales al momento de impartir justicia y perseguir e investigar el delito.
12. Y así lo viene entendiendo el Estado, en tanto ha creado mediante Decreto Legislativo 1368, publicado el 29 de julio de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar; cual está integrado por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Dicho sistema es competente para conocer las medidas de protección y las medidas cautelares que se dicten en el marco de la Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”; así como para conocer los procesos penales que se siguen por la comisión de los delitos de feminicidio, lesiones, violación sexual y actos contra el pudor en menores.
13. La lucha contra la violencia de género es, pues, una política de Estado —descrita en el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2020, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2016-MIMP— que obliga a todos los actores públicos a trabajar desde sus propios espacios conforme a dicho objetivo y desempeñando debidamente su función. Por ello, cuando un juzgado o una fiscalía manifiesta una conducta insensible ante la discriminación en contra de las mujeres y ante los distintos tipos de violencia de la que estas pueden ser objeto, además de desacatar dicha política estatal que los vincula e involucra, así como incumplir lo dispuesto en la citada Ley 30364, también impide el acceso a la justicia y la reparación del daño a



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC

LIMA

la víctima, genera impunidad, y convierte a la autoridad y a la sociedad en cómplices de la violencia.

14. Eliminar la desigualdad y promover la defensa de los derechos de las mujeres es una tarea que involucra principalmente al Estado, por tanto, la razón para afirmar que el sistema de administración de justicia se encuentra especialmente comprometido con ese fin constitucional resulta obvia, en particular, en lo que a la violencia de género respecta, toda vez que la labor técnica que pueda desplegar el sistema de justicia incide directamente en la tarea de su erradicación de nuestra sociedad.
15. En un Estado Constitucional, los tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, ejercen sus funciones de forma interrelacionada y coordinada con el objetivo de alcanzar el bien común. Cuando uno de los tres poderes confunde la dimensión de su autonomía y se aparta de las políticas estatales, no solo se ve afectado el regular funcionamiento del sistema democrático, sino que además se genera un contexto de incertidumbre respecto a la protección de los derechos que, tal como ordena la Constitución, tendría que estar plenamente garantizada.
16. En tal sentido, resultará ocioso el esfuerzo que desde el ejecutivo, con su diseño de políticas públicas, y desde el legislativo, con el dictado de una regulación normativa especializada, se pueda hacer para combatir la discriminación contra las mujeres y la violencia de género si el poder que se encarga de administrar justicia y tutelar los derechos de las mujeres ejerce su función de espaldas a dicho objetivo constitucional y público. El sistema de administración de justicia también es un actor — probablemente el más importante— en la ejecución de la política pública de lucha contra la violencia de género y, por ello, el enfoque o perspectiva de género debe ser incorporado y practicado en el ejercicio de la función judicial y fiscal.

#### **El derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales**

17. El artículo 159 de la Constitución prescribe que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Este mandato constitucional, como es evidente, ha de ser cumplido con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes, y se satisfaga y concrete el principio del interés general en la investigación y persecución del delito. A partir de ello, este Tribunal advierte que el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones fiscales observan o no los derechos fundamentales, o si, en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y razonabilidad que toda decisión debe suponer.



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

18. En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, este Tribunal tiene también establecido que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas —sean o no de carácter jurisdiccional— comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, la decisión exprese una suficiente justificación de su adopción. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la decisión cuestionada (cfr. Sentencia 04437-2012-PA/TC, fundamento 5).
19. Con base en ello, el Tribunal Constitucional tiene precisado que el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas de hecho o de Derecho que sustentan la decisión fiscal, o porque se intenta dar solo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión fiscal que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional (cfr. Sentencia 04437-2012-PA/TC, fundamento 6).
20. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una decisión fiscal constituye automáticamente una violación del derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales. Ello solamente se da en aquellos casos en los que dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, es decir, solo en aquellos casos en los que la decisión fiscal es, más bien, fruto del decisionismo que de la aplicación razonable del derecho y de los hechos en su conjunto.

#### Análisis del caso

21. Conforme ha quedado establecido, en el presente caso se cuestionan las disposiciones fiscales expedidas en la Carpeta 322-2015, que recoge la denuncia penal interpuesta por la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en la tramitación de la Carpeta 606-2014, correspondiente a la denuncia penal que también interpuso la recurrente contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, la cual fue archivada.



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC

LIMA

22. Al respecto, este Tribunal debe enfatizar que el proceso de amparo no puede constituirse en una suprainstancia de revisión de toda actuación judicial o fiscal y, en concreto, que no corresponde realizar en su sede una evaluación de las pruebas a fin de determinar cuál es el valor probatorio que estas deben recibir. Sin embargo, sí corresponde, a través del proceso de amparo, que el Tribunal Constitucional examine la motivación llevada a cabo por la judicatura ordinaria o el Ministerio Público al momento de emitir sus decisiones.
23. Ahora bien, tal como se ha señalado en el fundamento 17 *supra*, el Ministerio Público se encuentra facultado constitucionalmente para conducir desde su inicio la investigación del delito, función que debe ejercer con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes y se satisfaga y concrete el principio del interés general en la investigación y persecución del delito.
24. A su vez, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo 052) establece lo siguiente:

Artículo 12.- La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento.

25. En tanto que el inciso 2 del artículo 94 de la citada Ley Orgánica señala lo siguiente:

Artículo 94.- Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

[...]

2. Denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualquiera del pueblo, en los casos de acción popular, se extenderá acta, que suscribirá el denunciante, si no lo hubiese hecho por escrito, para los efectos a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley. Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada o, alternativamente, apertura investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizarla ante el juez penal. En este último caso, expondrá los hechos que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; los actos de investigación con que cuenta y los que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. Al finalizar la investigación preliminar sin actos de investigación suficientes, el fiscal lo declarará así, disponiendo el archivamiento de la denuncia; o cuando se hubiesen reunido los actos de investigación que estimase suficientes, procederá a formalizar la denuncia ante el juez penal. En caso de incumplir los plazos para la



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

realización de los actos fiscales que correspondan, deberá remitir un informe a la Fiscalía Suprema de Control Interno, que sustente tal retraso, bajo responsabilidad disciplinaria.

26. En tal sentido, tratándose de una denuncia penal por la presunta comisión del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales —modalidad a la que se refiere el presente caso—, la motivación de la decisión fiscal que dispone abrir la investigación preliminar, así como la que dispone no abrirla, debe transitar obligatoriamente (i) por el análisis del mandato legal de realizar actos de investigación, y (ii) por la clarificación expresa de los actos funcionales supuestamente omitidos.
27. Respecto de la primera obligación a motivar, conforme al citado artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el propósito de la apertura de la investigación preliminar es reunir los actos de investigación indispensables. Por tanto, el fiscal en su condición de director de la investigación del delito tiene la obligación legal de reunir actos de investigación, pero no todos, ni cualesquiera, sino aquellos que considere *indispensables* en orden a la clarificación del delito denunciado.
28. Con relación a la segunda obligación a motivar, el fiscal a cargo de la calificación de la denuncia deberá (i) enumerar los actos de investigación propuestos por la parte denunciante y los dispuestos por el fiscal denunciado de haber incurrido en omisión de acto funcional; (ii) analizar si estos resultaban indispensables o no en orden al delito denunciado en la investigación fiscal subyacente; y (iii) verificar si los actos de investigación indispensables fueron realizados y, si no lo fueron, verificar si su omisión estaba justificada o no.
29. Contrariamente a las dos exigencias del procedimiento de motivación señalado, la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, respecto al delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, solo cumple —aunque no suficientemente— con la justificación del análisis del mandato legal de realizar actos de investigación, en la medida en que concluye que la fiscal denunciada no ha omitido ilegalmente algún acto de su cargo sin ningún otro fundamento más que la mera transcripción del artículo 377 del Código Penal y los artículos 12 y 94, inciso 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
30. Si bien es cierto que, conforme al ya citado artículo 94 de su Ley Orgánica, el Ministerio Público se encuentra facultado para rechazar de plano una denuncia, el mismo artículo —en clara remisión al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales— exige que la decisión de rechazo se encuentre debidamente



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC  
LIMA

motivada, esto es, que exprese las razones o justificaciones objetivas que sustentan el sentido de lo decidido.

31. Por tanto, la decisión cuestionada debía involucrar imperativamente un análisis exhaustivo de la actividad indagatoria desplegada por la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, en el trámite de la denuncia formulada por la recurrente por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, de tal forma que su conclusión de que no ha omitido ilegalmente algún acto de su cargo estuviera debidamente sustentada.
32. Así, habiéndose denunciado la omisión de actos funcionales en el trámite de la denuncia por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, debió establecerse, por ejemplo, si resultaba indispensable o no la práctica de una pericia biológica a la muestra del contenido vaginal de la agraviada recabada durante el examen médico al que fue sometida a fin de establecer si se consumó o no el acto sexual; o también debió establecerse si era indispensable o no la práctica de una pericia biológica al cabello de la agraviada a fin de determinar si hubo o no ingesta de drogas, así como el tipo de drogas. Asimismo, debió establecerse si era necesaria la participación de las partes en la visualización de los videos remitidos por el Hospital de la FAP y, además, si ameritaba solicitar la remisión del video del piso 10 de dicho nosocomio a partir de las 02:54 horas, en que la demandante salió del piso 6. Sin embargo, se observa de los actuados que no se cumplió con el deber de disponer los actos de investigación *indispensables* para el esclarecimiento del caso.
33. Por su parte, en la disposición fiscal de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, se establece como argumento que el fiscal es el director de la investigación y, como tal, decide la actuación de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.
34. Esta fundamentación, observa el Tribunal, es solo aparentemente correcta, pues, si bien conforme al artículo 159 de la Constitución, el Ministerio Público a través de sus fiscales ostenta la titularidad y exclusividad directiva de la investigación criminal; ello no supone que las decisiones fiscales en torno a la investigación del delito estén liberadas de observar y garantizar, en aras de su propia legitimidad constitucional, derechos fundamentales, como lo es el deber de motivar debidamente sus decisiones.
35. Asimismo, absolviendo el agravio invocado por la recurrente respecto a las diligencias que propuso y no fueron actuadas por la fiscal denunciada, el fiscal supremo demandado solo se remitió en forma escueta a las providencias fiscales de fechas 10 de febrero de 2015 y 26 de febrero de 2015 (que no obran en autos).



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC

LIMA

36. Por lo expuesto, considera este Tribunal que los fiscales de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y de la Fiscalía Suprema de Control Interno que conocieron la denuncia interpuesta por la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales y otros, no han cumplido con su deber constitucional y legal de motivar debidamente sus respectivas disposiciones, más aún cuando concluyeron *a priori* —esto es, sin consignar razón alguna— que la fiscal provincial penal denunciada no ha omitido ilegalmente algún acto de su cargo.

#### Efectos de la sentencia

37. Al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de la resoluciones fiscales, corresponde estimar la pretensión nulificante de la recurrente y declarar la nulidad de (i) la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad; y (ii) la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la Resolución 123-2016.

38. En consecuencia, corresponde ordenar la expedición de una nueva disposición observando los fundamentos de la presente sentencia respecto al deber de justificar en forma expresa y suficiente las decisiones fiscales, en aras de restituir el derecho fundamental vulnerado.

39. Asimismo, corresponde ordenar que la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima recalifique la viabilidad o no de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente.

40. Y, en atención a que se ha estimado la presente demanda de amparo, corresponde también ordenar que la parte demandada asuma el pago de los costos procesales conforme a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

41. Ahora bien, independientemente de los efectos de la sentencia precisados, este Tribunal, en atención a lo ocurrido en el presente caso, observa conveniente recordar que los fiscales tienen el deber de ejercer su función en orden a los mandatos constitucionales y a la observancia de los principios de independencia, objetividad,



EXP. N.º 01479-2018-PA/TC

LIMA

razonabilidad y respeto al debido proceso, según prescribe el artículo 33, inciso 2, de la Ley de la Carrera Fiscal (Ley 30483); ello por cuanto la inobservancia de la norma constitucional y de los principios referidos supone incurrir en responsabilidad, la que puede ser calificada como falta leve, grave o muy grave (artículo 45, inciso 9; 46, incisos 1, 2 y 7; y, 47, inciso 1, de la Ley 30483).

De ahí que el artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, aprobado mediante Resolución 071-2005-MP-FN-JFS, de fecha 3 de noviembre de 2005, recoge como infracciones sujetas a sanción disciplinaria el incumplimiento de las disposiciones legales (inciso d) y la emisión de dictámenes y resoluciones con falta de adecuado estudio, motivación y fundamentación (inciso k); en tanto que el artículo 53 de la Ley 30483 faculta a la Fiscalía Suprema de Control Interno a visitar cuando lo creyera conveniente —esto es, de oficio— las Fiscalías de la República para comprobar el debido cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los fiscales. Igual facultad se encuentra recogida en el artículo 26 del citado Reglamento, que señala que el procedimiento disciplinario contra los fiscales se abre de oficio.

42. No obstante lo precisado, observa este Tribunal que la medida de disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a un fiscal por la infracción que cometió en el trámite de una denuncia que estuvo a su cargo, en tanto esta no ordena también acciones concretas de tutela para quien resultó agraviada por alguna de las distintas formas de violencia de género existentes, constituye una medida insuficiente e incapaz de incidir en la materialización del objetivo público de eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, de erradicar la violencia de género y de promover la defensa de los derechos de las mujeres.

43. Siendo ello así, resulta necesario que, independientemente del procedimiento disciplinario al que se alude precedentemente, así como de su resultado respecto a la existencia o no de responsabilidad administrativa de la autoridad fiscal, la denuncia en cuya calificación se configuró la conducta funcional debe ser recalificada a fin de verificarse la viabilidad de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente, quedando prohibido que el resultado de tal recalificación fiscal sea considerada como medio probatorio de cargo o descargo en el procedimiento administrativo sancionador.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,



**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos; en consecuencia, **NULA** la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016, expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la Fiscal de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad; así como **NULA** la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016, expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la Resolución 123-2016 (**Carpeta N.º 322-2015**).
2. **ORDENAR** a la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima que emita nueva resolución atendiendo lo señalado en la presente sentencia.
3. **ORDENAR** que la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, recalifique la viabilidad de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente; en consecuencia, **NULA** la Resolución, de fecha 27 de febrero de 2015, expedida por la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, que declaró no ha lugar a formalizar denuncia penal contra Edgar Rene Reyes Mayaute, por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual- violación sexual; así como **NULA** la Resolución, de fecha 22 de marzo de 2016, expedida por la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, que declaró infundada la Queja de Derecho interpuesta y dispuso no ha lugar a formalizar la denuncia penal (**Carpeta N.º 606-2014**).
4. **ORDENAR** el pago de costos a favor de la recurrente, los que deberán ser liquidados y abonados en ejecución de sentencia del presente proceso de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI**  
**MIRANDA CANALES**  
**RAMOS NÚÑEZ**  
**LEDESMA NARVÁEZ**  
**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**PONENTE LEDESMA NARVÁEZ**



## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, debo señalar lo siguiente:

1. Hace un año este Tribunal, a propósito del expediente 05121-2015-PA/TC, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la violencia contra la mujer en el Perú, un tema que resulta lamentablemente recurrente en nuestro país. En ese escenario, también se constata que no son pocos los casos en los cuales el proceso de hábeas corpus busca ser utilizado como un último recurso de reevaluación de pruebas mediante el cual se busca liberar de sanción a quienes cometen actos de violencia sexual.
2. En dicho caso, señalamos que la violencia contra la mujer no era solo un asunto coyuntural, sino que respondía a un problema estructural en el Perú. De hecho, nuevos datos de las Encuestas Demográficas y de Salud Familiar muestran que la situación no ha cambiado sustancialmente. Y es que, mientras que en el año 2016 el porcentaje de mujeres que alguna vez sufrieron violencia por parte del esposo o compañero era del 68%, dato que fue consignado en la citada sentencia, el porcentaje en los años siguientes se ha mantenido en un rango cercano: 65,4%<sup>1</sup> en el 2017 y 65,9%<sup>2</sup> en el 2018.
3. No estamos frente a casos aislados, sino frente a una situación que lamentablemente se ha sostenido hasta llegar al punto que genera resistencia el reclamo por una perspectiva de género en la actividad pública. En el ámbito jurisdiccional, y sin necesidad de salir del caso concreto que nos toca resolver, se puede observar cómo es que una perspectiva de género (perspectiva a la cual debe entenderse como un reconocimiento de espacios de igualdad material, y no de la forma prejuiciosa y tendenciosa que proyectan algunos) hubiera permitido un tratamiento expeditivo y oportuno al pedido de la recurrente.
4. El derecho a una igualdad material, y no solo a una igualdad formal, lleva supera una perspectiva en la cual bastaría que el derecho sea objetivamente el mismo para todos. La propia jurisprudencia de este Tribunal Constitucional da cuenta de la situación de discriminación contra la mujer en diferentes ámbitos (STC Exp. n.º 05652-2007-PA, f. j. 22 y ss; STC Exp. n.º 1423-2013-PA, f. j. 21 y ss; STC Exp. n.º 00853-2015-AA, f. j. 33 y ss; STC Exp. n.º 05121-2015-PA, f. j. 4 y ss.). El punto de partida, por tanto,

<sup>1</sup> INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar ENDES. 2018. p. 219

<sup>2</sup> INEI, Nota de prensa N° 210. <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n210-2018-inei.pdf>



debe ser el reconocimiento de este problema estructural, así como el de la vulnerabilidad de la mujer fruto de un particular contexto social, contexto que no puede ser ajeno a los operadores jurídicos existentes a y en todos los niveles.

5. Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano (y por ende, una interpretación convencionalizada de lo previsto en el plano constitucional e infraconstitucional en el Perú) también van en ese sentido. Por ello debe recordarse que, entre otras normas, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer forma parte del ordenamiento jurídico peruano. Dicha convención señala, en su artículo 5 que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...)”. Considero que esta disposición, con rango constitucional en el Perú de acuerdo con el parámetro establecido por reiterada jurisprudencia de este mismo tribunal, se hace especialmente relevante para tratar los casos en los que ciertos prejuicios ralentizan o directamente impiden un correcto trámite y resolución de las denuncias por violación sexual, prejuicios que deberían quedar fuera de las consideraciones de los funcionarios públicos a cargo de tratar temas tan delicados.
6. Ahora bien, y en cuanto a los mandatos que se han formulado en el fallo, cabe señalar que, al igual que en el caso 05121-2015-PA/TC, no corresponde a este Tribunal intervenir en las competencias de los órganos del Ministerio Público. Sin embargo, algunos mandatos previstos en la parte resolutoria de este fallo requieren ser más precisos que la simple declaración de nulidad, de modo que no dejen de atenderse las consideraciones que el Tribunal ha asumido en defensa de los derechos alegados. Aquello por supuesto, no puede implicar que se pase a subrogar las competencias ni el criterio jurídico de quienes están llamados a ejercer sus funciones conforme al parámetro constitucional.

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**



**Lo que certifico:**



Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y  
FERRERO COSTA**

Con el mayor respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, ya que no suscribimos el punto resolutivo 3 de la sentencia en mayoría, por las siguientes consideraciones.

La propia sentencia, en sus fundamentos 5 y 6, es clara en la delimitación del petitorio: 1) la nulidad, por vulnerar el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, de la Resolución 123-2016, expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la Fiscalía provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, entre otros; y 2) la nulidad de su confirmatoria, la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de la Fiscalía Suprema de Control Interno.

La sentencia en mayoría declara la nulidad de dichas resoluciones y ordena que la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima emita nueva resolución, con lo que estamos de acuerdo.

Sin embargo, junto con ello (punto resolutivo 3), y aquí radica nuestra discrepancia, la sentencia, adelantándose a lo que pueda resolver el órgano de control del Ministerio Público y sin que esto haya sido parte del petitorio, también ordena a la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima que un nuevo fiscal "recalifique la viabilidad de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente" respecto de la denuncia que la demandante presentó al Ministerio Público contra Edgar Reyes Mayaute por delito de violación sexual (Carpeta 606-2014).

En nuestra opinión, con dicho punto resolutivo la sentencia en mayoría vulnera la autonomía del Ministerio Público (artículo 158 de la Constitución) y el *principio de corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12). Asimismo, la sentencia va más allá del petitorio pese a tenerlo prohibido (cfr. artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

SS.

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA



**Lo que certifico:**



Flávio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL