



Martes 21 de junio de 2016



PODER JUDICIAL

IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

JURISPRUDENCIA

SEPARATA ESPECIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116º TUO LOPJ.

Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15º del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

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, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. 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 Nº 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona 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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. 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. En esta etapa fueron recepcionados importantes aportes orales y escritos formulados por DEMUS- Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y por la Defensoría del Pueblo, los cuales han sido analizados e incorporados como material informativo para la elaboración del presente Acuerdo Plenario. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en las sesiones de fecha 12 de agosto último, 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 temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de setiembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

4º. La tercera etapa del IX Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, 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 116º 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.

5º. 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes del Problema

6º. Históricamente los delitos de violencia sexual contra menores de catorce años de edad han generado siempre una grave alarma social. Por tal razón en la legislación vigente ellos están sancionados con penas muy severas, entre las que se incluye a la cadena perpetua. En la actualidad la judicatura penal nacional viene registrando una recurrencia relevante de procesos por delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, los cuales tienen como autores a integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país. La presencia de esta clase de delitos y de procesos penales marca sus mayores indicadores de frecuencia en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco.

7º. La mayoría de estos casos guarda relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de 14 años. En lo esencial, por ejemplo, es común encontrar como razón etiológica de estos sucesos una arraigada tolerancia y fomento social en las comunidades campesinas y amazónicas, ubicadas en aquellas áreas geográficas del territorio nacional, hacia el sometimiento a prácticas sexuales tempranas de las niñas o adolescentes desde que ellas comienzan a menstruar. Para los investigadores de esta actitud cultural, ella refleja un consolidado modelo histórico de discriminación social y política de la mujer indígena que tiene un origen y connotación androcentrista [Cfr. Villanueva Flores, Rocío: Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas, en Revista de Derecho Público Nº 32, Enero-Junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 17 y ss.]. Es más, dicho patrón cultural se reproduce en los siguientes comportamientos y creencias:

1. Toda menor de edad que menstrúa puede mantener relaciones sexuales y ser sometida a ellas.
2. Prácticas arraigadas de matrimonios arreglados para niñas o adolescentes menores de catorce años.
3. Venta de niñas o adolescentes menores de catorce años con fines matrimoniales.
4. Validación y tolerancia del "robo" (raptó).
5. Legitimación de prácticas sexuales tempranas consentidas.

8º. En ese contexto, otro componente que también incide negativamente en la extensión de la imagen del problema descrito, lo constituye la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15º del Código Penal ("El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena"). Esta práctica disfuncional de los órganos jurisdiccionales coadyuva determinadamente a que tales actos de agresión sexual queden impunes o sean objeto de penas simbólicas o extremadamente atenuadas. Pero, también, en conexión con lo anterior el proceder judicial adolece de otras disfunciones como las siguientes:

1. Tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolución) o minimizar (aplicar penas leves) el tratamiento de los perpetradores de actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15º, sin mediar una pericia antropológica.
2. Interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica solo la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual.
3. Invisibilización frecuente de la víctima en los procesos judiciales.
4. Ausencia de otros medios de contrastación de las costumbres o patrones culturales que influyeron en la conducta delictiva para decidir la aplicación de los efectos del artículo 15º del Código Penal.
5. Escaso conocimiento y utilización práctica de los protocolos de actuación judicial intercultural.
6. Distorsión ideológica sobre el rol y situación de la víctima de la violencia sexual ("prestó su consentimiento", "sus padres y la comunidad lo aceptaron", "así son pues sus costumbres").
7. Falta de equidad y sensibilidad en las decisiones judiciales sobre la reparación de los daños sufridos por la víctima.

9º. Todo parece indicar que estas malas prácticas judiciales guardan relación directa con una inadecuada o parcializada información que recepciona el órgano jurisdiccional desde los contenidos y conclusiones de las pericias antropológicas, dispuestas y realizadas para explicar la trascendencia intercultural de los hechos de agresión sexual imputados [Conforme Guevara Gil, Armando: El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto; Verona Badajoz, Aarón: ¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico. Análisis de seis peritajes, ambos en Guevara Gil, Armando - Verona Badajoz, Aarón - Vergara, Roxana (Editores), El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 167 y ss.]. A dicha deficiencia informativa cabe añadir también la falta de otros medios de contraste que sean igualmente idóneos para entender o contrastar el real significado intercultural del delito cometido. Entre las principales observaciones que cabe formular a tales instrumentos técnicos de auxilio judicial cabe señalar las siguientes:

- A. Pericias que solo aportan información insuficiente y general.
- B. Limitada capacidad, calidad y experiencia técnica de los peritos.
- C. Referencias escasas y genéricas sobre los patrones culturales que determinan la tolerancia de prácticas sexuales con menores de 14 años (madurez sexual temprana, relaciones prematrimoniales, acuerdos entre los padres de la menor y el hombre, relaciones sexuales intrafamiliares, falta de costumbres de enamoramiento).
- D. Necesidad, no siempre justificada, de aplicar a todo caso el artículo 15º, como vía exclusiva y excluyente de realización de una justicia penal intercultural.
- E. Reflexiones y cuestionamientos legales impertinentes sobre la severidad de las penas solicitadas por el Ministerio Público.
- F. Validación cultural de prácticas sexuales realizadas con niñas y adolescentes, cuando fueron consentidas y la denuncia de los hechos fue realizada por terceros.
- G. Tendencia a construir las conclusiones periciales como un alegato de defensa a favor del procesado, lo que afecta la objetividad del análisis técnico del caso.
- H. Marcado compromiso emotivo de los peritos con los imputados que pertenecen a otros contextos culturales y son sometidos a la justicia penal, lo que los lleva a sostener una constante presunción de inocencia por motivos culturales.

§ 2. Oportunidades interculturales y jurídicas para superar la problemática detectada

10º. En la actualidad existen diferentes estudios antropológicos sobre la problemática de las relaciones sexuales tempranas con niñas y adolescentes menores de 14 años que han puesto en evidencia la existencia al interior de las comunidades andinas y amazónicas peruanas de importantes vetas de ilustración, que cuestionan críticamente los patrones culturales hegemónicos que inciden en el mantenimiento y fomento de tales prácticas. Así lo demuestran los estudios empíricos realizados en núcleos campesinos de Bambamarca por Gittlitz, y, entre las mujeres, de la etnia Awajún por Fuller Osoros. El primero ha desmitificado que el matrimonio con niñas o adolescentes menores de 14 años sea una costumbre, así como ha demostrado que entre estos núcleos campesinos coexisten notables manifestaciones de rechazo a todo abuso sexual contra menores de 13 años [Gittlitz, John Stephen: La Cultura es más Compleja de lo que Pensamos: Artículo 15 y la Violencia sexual de menores. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. Por su parte, la segunda, también ha puesto en evidencia que actualmente las mujeres jóvenes y adultos demandan, desde el interior de las etnias amazónicas, que no se les entregue a temprana edad para convivir con hombres y tener relaciones sexuales [Fuller Osoros, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. Pero, además, entre órganos representativos de las autoridades comunales, como la Central Única de Rondas Campesinas del Perú, se ha detectado, igualmente, tendencias a favor de cambiar aquellas prácticas de discriminación y agresión de género. En efecto, en un comunicado sobre la materia, del 21 de setiembre de 2015, hecho público durante el desarrollo del

VI Congreso Internacional de Justicia Intercultural realizado en Puno, dicho colectivo anunció su voluntad de reconocer el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a una tutela jurisdiccional efectiva frente a todo abuso y forma de violencia sexual que se cometa en el espacio donde la justicia ronderil ejerce competencia. Esta importante declaración incluyó también la promoción de acciones para propiciar “una mayor participación de las mujeres en la administración de justicia y el cambio de prácticas sociales machistas o de abuso... y una mejor comprensión de sus derechos”.

11º. En el ámbito jurídico confluyen múltiples declaraciones regionales especializadas e instrumentos internacionales, suscritos por el Perú, que demandan, también, que las conductas y costumbres que afectan a las mujeres, niñas y adolescentes en entornos interculturales sean modificadas o removidas por constituir estas modalidades graves de discriminación y violencia de género; [Conforme: Centro De Culturas Indígenas Del Perú (et al.): Un Continente, Un solo Espíritu. Memoria del IV Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de las Américas, Lima 2004, p. 114 y ss.]. Ejemplo de esta tendencia normativa es el artículo 7.e de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-Convención de Belém Do Pará. Según esta disposición: “Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en: (...) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”. En ese mismo sentido, la 57ª Sesión de la Comisión de la Condición de la Mujer de las Naciones Unidas, emplazó a los Estados para la creación de “mecanismos de accesibilidad a la justicia ordinaria para mujeres indígenas, a través de la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios que imparten justicia en materia de derechos individuales y colectivos con enfoque de interculturalidad y de género...” (Declaración de las Mujeres Indígenas. Numeral 5. Naciones Unidas. Nueva York. Marzo de 2013).

Además, se viene produciendo un cambio de enfoque y de praxis entre los órganos de la justicia ordinaria y constitucional de nuestra región frente a los abusos sexuales contra menores en contextos pluriculturales. Al respecto se marca la necesidad de abordar tales conflictos interculturales desde un test de compatibilidad y ponderación con las exigencias derivadas del principio universal de prevalencia del interés superior del niño [Sánchez Botero, Esther: Violencia sexual a menores y pluralismo jurídico en contextos multiculturales. Experiencia Colombiana. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15º del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. En coherencia con ello la Corte Constitucional Colombiana ha sostenido lo siguiente: “En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio pro infans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la restricciones de la jurisdicción ordinaria los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad” (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 617 de 2010).

12º. Cabe señalar que en el marco normativo interno también concurren disposiciones normativas concordantes con las aludidas normas internacionales. Por ejemplo, el texto aprobado recientemente por el Congreso Nacional de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo familiar, destaca que el enfoque de interculturalidad: “Reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes” (Artículo 3.3). Asimismo, declara que “las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de

discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación” (Artículo 9°). Por su parte, el marco normativo institucional del Poder Judicial, particularmente aquel que orienta el desarrollo de políticas y estrategias institucionales de gestión de casos de naturaleza intercultural, también ha regulado sobre la interdicción y deslegitimación de aquellas decisiones judiciales que puedan avalar, directa o indirectamente, la violencia sexual contra la mujer. Al respecto, el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Ronderos ha establecido en las Reglas de Actuación N° VIII (9 y 10) lo siguiente:

“Si los jueces requieren información especializada para la valoración de los aspectos culturales del caso, solicitarán la realización de peritajes antropológicos-jurídicos a cargo de profesionales especializados e informes ilustrativos a las autoridades comunales y ronderas.

Los jueces podrán solicitar a las organizaciones de los comuneros o ronderos involucrados en el proceso la información adicional que consideren pertinente para comprender mejor el contenido cultural y la naturaleza de los hechos controvertidos.

Los jueces no podrán realizar o aceptar conciliaciones que vulneren derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia familiar o violencia sexual.”

13°. Es, pues, en este marco de problemas y alternativas, que se hace necesaria la reorientación del proceder judicial en los procesos penales por delitos sexuales en agravio de niñas y adolescentes menores de catorce años, los cuales fueron cometidos por miembros de comunidades campesinas y nativas alegando la práctica de costumbres ancestrales. En torno a ello, sin embargo, es importante reconocer, como lo advierte la antropóloga Norma Fuller, que este tipo de problemas de la justicia intercultural constituye una compleja paradoja y desafío por lo que, en principio, no es posible abordar tal problemática con criterios generales. Por consiguiente, las alternativas pertinentes de solución de tales conflictos deben identificarse y evaluarse caso por caso. Sobre todo, porque en dicho ámbito confluyen en paralelo dos demandas reivindicativas contemporáneas y legítimas, que han merecido igual reconocimiento y amparo del derecho convencional y constitucional [Fuller Osoreo, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. En efecto, de un lado, se posee la válida exigencia de un respeto irrestricto a la diversidad cultural de los pueblos originarios. Y, de otro lado, emerge la demanda impostergable de alcanzar la plena igualdad e inclusión social de las mujeres a la vez que de impedir que se perennicen contra ellas formas graves de discriminación o violencia de género. Esta, necesidad, pues, de un tratamiento selectivo, prudente y equilibrado de este tipo de conflictos penales interculturales, es también destacada implícitamente en la precitada Ley aprobada para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. En ella se precisa que “La intervención de los pueblos indígenas u originarios en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se sujeta a lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política” (Artículo 47°). Teniendo en cuenta, pues, tales posibilidades y límites, resulta oportuno que el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales desarrolle dos estrategias mínimas para modificar la situación problemática que se ha descrito. En la implementación de ambas, sin embargo, debe patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales opciones estratégicas y toda acción que de ella derive deberá de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

14°. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la

finalidad de que el juez penal ordinario pueda evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional. La segunda estrategia, en cambio, tiene un sentido fundamentalmente operativo, ya que radica en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que eviten el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15° del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

15°. El presente Acuerdo Plenario constituye, pues, la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias. Con él se busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o reducción punitiva que propone el artículo 15° del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicas o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembro de comunidades campesinas y nativas.

§ 3. Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes

16°. El artículo 15° del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de inimputabilidad o incapacidad penal [Conforme Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2013, p. 622 y ss.; Hurtado Pozo, José - Prado Saldarriaga, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, 4° edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; Meini, Iván: Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría General del Delito, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.]. Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente o se le aplicará una disminución punitiva. Ahora bien, los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían “una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos” [Hurtado Pozo, José - Prado Saldarriaga, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 614]. Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15° del Código Penal a los imputados. En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

i. **Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años.** Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimiento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

ii. **La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia.** La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por la "Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas" elaborada por Guevara Gil y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario [Conforme Guevara Gil, Armando – Verona, Aarón – Vergara, Roxana (Editores): El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 221 y ss.]. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes:

1. "La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal.
2. La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.
3. La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen."

En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

- a) La procedencia
- b) Los antecedentes
- c) El nombre del procesado
- d) El motivo del análisis
- e) El método de análisis y las técnicas usadas
- f) Los resultados
- g) Las observaciones
- h) Las recomendaciones
- i) Las conclusiones

iii. **La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas.** Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (amicus curiae) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15° del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

iv. **La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales.** Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

III. DECISIÓN

17°. 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:

18°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 16°.

19°. 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° Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial
Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, 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, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

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. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§. 1 El sub tipo legal agravado del art. 173° 3) del Código Penal.

6°. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7°. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8° Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9°. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad–, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional–, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, MARCIAL, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y ya a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la

consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo..." (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

§ 2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.

10°. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: *"Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción"*. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, *"Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua"*.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos– invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por

su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

§ 3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

12°. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuenten con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

13°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial 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; por unanimidad;

ACORDARON:

14°. ESTABLECER como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.

15°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

16°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano".
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO 

VILLA STEIN 

LECAROS CORNETO 

PRADO SALDARRIAGA 

RODRÍGUEZ TINEO 

VALDEZ ROCA 

ROJAS MARAVÍ 

PONCE DE MIER 

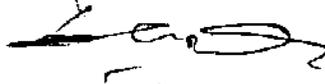
MOLINA ORDOÑEZ 

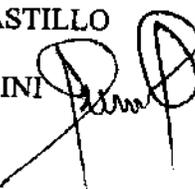
SANTOS PEÑA 

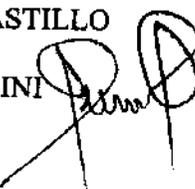
VINATEA MEDINA 

PRÍNCIPE TRUJILLO 

PARIONA PASTRANA 

ZECENARRO MATEUS 

CALDERÓN CASTILLO 

URBINA GANVINI 

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

La mujer como autora del delito de violación sexual de menor de edad

Sumilla. El delito de violación de menores puede materializarse como penetración o compenetración. El término acceso carnal involucra ambas opciones. Por tanto, la mujer imputada que se hace penetrar por el menor agraviado comete delito de violación sexual de menor.

Lima, veinte de junio de dos mil veintidós

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el representante del MINISTERIO PÚBLICO y la PARTE CIVIL contra la sentencia del 4 de diciembre de 2020 emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín¹. La cual se desvinculó de la acusación fiscal por delito de violación sexual de menor de edad y calificó los hechos imputados como delito de actos contra el pudor de menor de edad. En consecuencia, condenó a la acusada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN como autora del delito de actos contra el pudor de menor de edad, en agravio del menor de iniciales M. M. S. P. D. L. V. Asimismo, le impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución con el periodo de prueba² de 3 años.

Intervino como ponente el juez supremo **Prado Saldarriaga**.

CONSIDERANDO

I. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

Primero. El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante CPP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios

¹ Véase a folio 1072.

² Se impusieron las siguientes reglas de conducta: i) Prohibición de frecuentar lugares de mal vivir o dudosa reputación. ii) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez executor. iii) Comparecer al juzgado executor o registrar mensualmente mediante sistema virtual para informar y justificar sus actividades. iv) Reparar el daño ocasionado pagando el importe de la reparación civil; todo bajo apercibimiento de revocarse la suspensión de la ejecución de la pena en caso de incumplimiento.

del ordenamiento procesal peruano³. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del CPP.

II. HECHOS IMPUTADOS

Segundo. Según la acusación fiscal, el 12 de julio de 2014, aproximadamente a las 21:00 horas, HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN se aprovechó de la confianza derivada de su relación docente-alumno para mantener relaciones sexuales con el agraviado M. M. S. P. D. L. V. de 13 años, a quien le impartía clases de inglés. Los hechos se produjeron en un departamento del tercer piso del inmueble ubicado en la avenida Ferrocarril N.º 2260 de la ciudad de Huancayo.

En aquella ocasión, culminada la clase, tostaron palomitas de maíz y después ingresaron a la habitación que ocupaban el menor y su madre. En tales circunstancias la acusada empieza a besar al agraviado y se desviste, y ayuda al menor a desvestirse quien no se negó a consumar las relaciones sexuales por temor a que su negativa influyera en sus notas escolares. Posteriormente, concluido el acto sexual el agraviado se quedó preocupado porque la procesada pudiera quedar embarazada.

En esos instantes oyen la voz de doña Marita de la Vega Rojas, madre del menor quien retornó a su domicilio antes de la hora que acostumbraba, y encontró el departamento con llave por lo que llamó insistentemente al menor diciendo: "Misi... Misi...". Tanto el agraviado como la imputada se pusieron nerviosos por lo que esta última se

³ Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

coloca su trusa color negro, su polera de color blanco y su saco rojo y opta por salir por la ventana con la ayuda del menor descolgándose con una sábana. Sin embargo, cae desde el tercer piso a un canchón, en tanto el menor respondía a su madre diciendo: “Ma, estoy acá”. Abre la puerta bastante nervioso y pálido diciendo: “Mamá, abajo hay una persona tirada en el piso”. Es así que alarmada la señora desciende y con ayuda de los vecinos descubre que es la profesora que había contratado para que dicte clases particulares a su hijo y encuentran cerca de ella, tiradas, sus botas y brasier blanco.

Al llegar su hijo a la escena del canchón y como la persona herida despertó y comenzó a llamarlo, la madre del agraviado interrogó a su hijo quien le indicó que se trataba de su profesora de inglés y que lo había violado. Bajo estas circunstancias la docente fue trasladada por Serenazgo y el SAMU al Hospital de EsSalud para su atención por Emergencia debido a la caída que le provocó la fractura del fémur y requirió intervención quirúrgica. Al día siguiente, la madre del agraviado encontró la cartera de mano de la imputada en una de las sillas de su sala.

III. RECURSOS DE NULIDAD

Tercero. El representante del MINISTERIO PÚBLICO, en su recurso formalizado⁴ solicita la nulidad de la sentencia por lo siguiente:

- 3.1.** No se ha tomado en cuenta que el concepto de “acceso carnal” tiene como equivalente punitivo el concepto “hacerse acceder” y, por tanto, es posible considerar como delito de violación sexual de menor de edad al docente que le practica sexo oral al agraviado, conforme se ha establecido en el R. N. N.º 189-2017/Junín.

⁴ Véase a folio 1092.

- 3.2.** Se ha acreditado fehacientemente que la imputada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN mantuvo relaciones sexuales sin mediar violencia física con el menor agraviado.
- 3.3.** La Sala Superior justificó la reducción de la pena por debajo del mínimo hasta los 4 años de pena privativa de libertad porque la imputada resultó gravemente lesionada como consecuencia de su conducta delictiva (se lanzó del tercer piso al tratar de salir del inmueble). Sin embargo, no se valoró que las lesiones se produjeron como consecuencia de intentar fugar del lugar de los hechos, mas no como consecuencia de las relaciones sexuales que mantuvo con el menor.
- 3.4.** No se valoraron adecuadamente los medios de prueba para fines de la desvinculación de la acusación fiscal por el delito de violación sexual de menor de edad.

Cuarto. Por su parte, la defensa técnica de la PARTE CIVIL en su recurso formalizado⁵ solicita la nulidad de la sentencia por lo siguiente:

- 4.1.** El argumento expresado por la Sala Superior para suspender la ejecución de la pena es injustificado porque se cometió la conducta bajo la agravante de vínculo de autoridad por posición con el agraviado y el pseudoconsentimiento del menor carece de validez jurídica.
- 4.2.** Asimismo, sostuvo que suspender la ejecución de la pena por la condición de mujer de la acusada es inconstitucional, ya que si el hecho hubiera sido cometido por un varón la pena sería efectiva y dentro del marco punitivo. Además, si entre los fundamentos de la sentencia recurrida se estableció que la imputada sufrió un descredito social y fue la perjudicada socialmente en vez que el agraviado.

⁵ Véase a folio 1099.

4.3. La justificación de rebaja punitiva y suspensión de la ejecución de la pena no se encuadra dentro de la norma legal porque el marco punitivo establece una pena mínima de 10 años de pena privativa de libertad. Finalmente, señala que esta clase de decisiones establecen un mal precedente debido a que cualquier acusado buscaría autolesionarse luego de cometido el delito para ser merecedor de una rebaja punitiva.

IV. ANÁLISIS DEL CASO SUB JUDICE

Quinto. Se aprecia de lo actuado en la audiencia que la materialidad del delito de violación sexual de menor de edad (previsto en el artículo 173 del Código Penal) y la responsabilidad penal de la imputada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN se estiman acreditados con los siguientes medios probatorios:

5.1. Las declaraciones del menor agraviado identificado con las iniciales M. M. S. P. D. L. V. quien sindicó a su profesora de inglés como la persona que bajo el pretexto de asistirlo en sus tareas, lo acompañó a su domicilio y lo sedujo con besos, abrazos y caricias mientras lo desvestía y orientó su pene con sus manos para que la penetrara.

5.2. El Certificado Médico Legal N.º 009071-IS da cuenta que a la evaluación médica el menor agraviado presentó el glande con aspecto enrojecido y el surco balano prepucial desgastado en la parte superior derecha.

5.3. La Pericia Biológica N.º 378-14 concluye que se hallaron restos seminales con espermatozoides en la región balano prepucial del menor agraviado.

5.4. El Protocolo de Pericia Psicológica N.º 009105-2014-PSC arroja como resultados que el menor no presentaba signos emocionales producto de los hechos denunciados. Sin embargo, la pericia al ser ratificada en el juicio oral por la perito Norka Elvira Yupanqui Bonilla,

esta refirió que si bien el agraviado no evidenciaba indicadores emocionales, los hechos denunciados sí habían afectado sus indicadores en el área psicosexual.

5.5. El Oficio N.º 140-D-IEPSPX-Et-14, emitido por el Colegio Particular San Pío X, a través del cual se informa que la imputada se desempeñaba como profesora del área de Inglés en el nivel secundario de dicha institución educativa.

5.6. La Pericia Psicológica N.º 012909-2016-PSC que concluyó que la imputada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN es psicosexualmente inmadura con tendencias hebefílicas. Al respecto, en el juicio oral la perito Rosario María Livano Herrera explicó que la hebefilia es la atracción, preferencia, interés y fantasías sexuales por menores de edad que se encuentran en la etapa de la pubertad-adolescencia.

Sexto. Cabe precisar que la acusada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN en un primer momento negó los hechos y señaló que el motivo de su caída se debió a la "trifulca" que se suscitó con la madre del agraviado. No obstante, posteriormente reconoció parcialmente los actos imputados y adujo que mantenía una relación sentimental con el menor de edad (13 años); por tal motivo, el día de los hechos solo ocurrieron caricias y besos, pero no mantuvieron relaciones sexuales. Tal negativa no es estimable dadas las pruebas citadas anteriormente. Asimismo, los testigos presenciales Feliciano Páucar Cárdenas, César Meza de la Cruz y Esther Soledad Calderón Pérez señalaron que la imputada se encontraba tirada en el suelo del patio vistiendo solo su ropa interior y un saco rojo, lo cual se corrobora con el acta de hallazgo y recojo realizado el mismo día de los hechos por el personal policial. Es más, dicho documento da cuenta del hallazgo de un pantalón *jean* azul y *top* de color azul en el dormitorio ubicado en el tercer piso del inmueble del agraviado.

Séptimo. Ahora bien, del análisis y valoración de lo acreditado en el proceso cabe estimar que los magistrados de la Sala Penal Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, no realizaron una debida calificación jurídica. Efectivamente, el fundamento legal para que el Tribunal Superior se desvinculara de la acusación fiscal por delito de violación sexual de menor edad hacia el de actos contra el pudor fue porque el Colegiado de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante ejecutoria suprema del 20 de noviembre de 2018 (Recurso de Nulidad N.º 432-2018) estableció que las relaciones sexuales entre una mujer adulta y un menor de 14 años de edad no podría tipificarse como violación porque no se presenta el elemento de penetración o introducción a la víctima.

Octavo. Sin embargo, este Colegiado Supremo, en mayoría, discrepa respetuosamente de tal antecedente que no tiene eficacia vinculante. Sobre todo porque la expresión “acceso carnal” debe interpretarse tanto como penetración o compenetración. Al margen que el bien jurídico afectado en ambas posibilidades de acceso carnal es la indemnidad sexual del menor.

Noveno. En consecuencia, la desvinculación realizada en la sentencia recurrida no es conforme a ley y debe ser anulada y procederse a realizar la adecuada calificación jurídica del delito cometido, esto es, la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, de conformidad con el inciso 2 artículo 173 del Código Penal, vigente al momento de los hechos.

Sobre el particular, la jueza suprema Pacheco Huancas emite un voto singular, que se adjunta a la presente ejecutoria suprema.

DECISIÓN

Por los fundamentos expresados los jueces y la jueza de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declararon, **por mayoría: HABER NULIDAD** en la sentencia del 4 de diciembre de 2020, en cuanto se desvinculó de la acusación fiscal por delito de violación sexual de menor de edad y condenó a la acusada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN como autora del delito de actos contra el pudor de menor de edad, en perjuicio del menor de iniciales M. M. S. P. D. L. V. Asimismo, **HABER NULIDAD** en el extremo que impuso a la procesada 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución con el periodo de prueba⁶ de 3 años; y, **REFORMANDOLA**, se **CONDENA** a la acusada HELEN ROCÍO ANAYA CAJAHUAMÁN como autora del delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el inciso 2 artículo 173 del Código Penal. Como a tal, le **IMPONEN** treinta años de pena privativa de libertad.

Intervino el juez supremo Coaguila Chávez por licencia del juez supremo Guerrero López.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

COAGUILA CHÁVEZ

VPS/fata

⁶ Se impusieron las siguientes reglas de conducta: i) Prohibición de frecuentar lugares de mal vivir o dudosa reputación. ii) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez ejecutor. iii) Comparecer al juzgado ejecutor o registrar mensualmente mediante sistema virtual para informar y justificar sus actividades. iv) Reparar el daño ocasionado pagando el importe de la reparación civil; todo bajo apercibimiento de revocarse la suspensión de la ejecución de la pena en caso de incumplimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASCIÓN N.º 1341-2022/ICA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título.- Violación sexual. Artículo 14 del Código Penal. Error de tipo.

Sumilla. 1. Más allá de la versión de la agraviada S.P.S.G, la diferencia de edad entre imputado y agraviada es especialmente relevante, así como también el hecho que el encausado Cabrera Zárate tuvo tiempo para conocerla y enterarse con cierto nivel de seguridad la verdadera edad de la víctima, tanto más si la contextura de aquella no auguraba una confusión inicial respecto a su edad. En lo concerniente a esto último, así lo hizo saber en el plenario la médico legista Jenny Rosario Ventura Seminario, que examinó a la menor agraviada S.P.S.G. y aportó información calificada al respecto. De igual manera, el Juzgado Colegiado expuso su propio análisis experimental al observar a la víctima en el juicio oral. La madre de la agraviada, Flor Alicia Gabriel Delgado, en su declaración plenaral refirió que el encausado domiciliaba en Trapiche, ceca donde ellos vivían, y que lo conocía desde hacía tres años antes de los hechos –ella declaró plenaralmente el día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho y allí mencionó que conocía al imputado desde hacía diez años–. A ello se agrega que, conforme a la sentencia de doce de agosto de dos mil dieciséis, se acreditó que el encausado Cabrera Zárate junto con los padres de la agraviada S.P.S.G. procuraron cambiar el nombre y fecha de nacimiento de esta última –se buscó aparecer que la agraviada cuanto se vinculó con el imputado ya tenía catorce años de edad, al punto de ser utilizado para pedir el sobreseimiento de esta causa [vid.: fojas once del cuaderno de casación]–. **2.** El hecho subjetivo (dolo en este caso) del agente se acredita a partir de los hechos objetivos (hecho externo) y de sus elementos de prueba –los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente–. El dolo en los delitos sexuales permite advertirse a partir de determinados indicadores operativos en función a la edad del imputado, a su experiencia de vida, al contexto situacional en sus relaciones con la víctima, al tiempo en que conocía a la agraviada, a su contextura, etcétera. **3.** En el presente caso, no solo se tiene la gran diferencia de edad con la víctima, la contextura de la agraviada, la forma y circunstancias en que se conocieron y relacionaron, también que pudo y debió agenciarse de información suficiente y real sobre la edad de la agraviada, más aún si la conoció ocasionalmente y al poco tiempo le hizo sufrir el acto sexual. No es posible, entonces, afirmar la existencia de error de tipo, es decir, de un error sobre las circunstancias del hecho reguladas por el tipo delictivo –de un elemento típico o del sentido delictivo del hecho–. El imputado estaba en condiciones de saber la edad de la víctima y, por tanto, conocía los elementos que caracterizan la acción realizada como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, ocho de marzo dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por las causales de infracción material y vulneración de la garantía de motivación, interpuesto por el encausado HENRRY ALDO CABRERA ZÁRATE contra la sentencia de vista de fojas sesenta y cuatro, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas dieciocho, de dieciocho de junio de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.P.S.G. a treinta años de pena

privativa de libertad y al pago de diez 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 las sentencias de mérito declararon probado que el encausado Henry Aldo Cabrera Zarate, de veintiséis años de edad, hizo sufrir el acto sexual a la agraviada S.P.S.G, de doce años de edad. El citado imputado logró que la niña acceda a sus requerimientos sexuales desde fines de febrero del año dos mil once, a consecuencia de lo cual quedó embarazada. La agraviada S.P.S.G. el día catorce de diciembre de dos mil once, cuando contaba trece años de edad, dio a luz a un niño varón en el Hospital Santa María de Socorro en el distrito, provincia y departamento de Ica. Así consta del acta fiscal de quince de diciembre de dos mil once levantada por la fiscal de familia, doctora Luz Faeda Marroquín Delgado.

SEGUNDO. Que el procedimiento se desarrolló como a continuación se detalla:

1. El fiscal provincial de Parcona por requerimiento de fojas tres, de veintisiete de agosto de dos mil doce, acusó a Henry Cabrera Zarate como autor de delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal, según la Ley 28704, de cinco de abril de dos mil seis, cuya pena conminada es de treinta a treinta y cinco años de privación de libertad, en agravio de la menor S.P.S.G. Solicitó se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y diez mil soles por concepto de reparación civil. Indicó que el imputado aceptó los cargos, pero eludió la acción de la justicia y no tiene antecedentes penales.
2. En la audiencia de control de acusación, conforme al acta de fojas diez, de treinta de enero de dos mil trece, el acusado Cabrera Zarate solicitó el sobreseimiento de la causa porque la madre de la víctima indicó que la menor nació el doce de abril de mil novecientos noventa y ocho. El Fiscal, empero, señaló que el acta de nacimiento de la menor consigna que nació el doce de abril de mil novecientos noventa y nueve, la cual fue rectificadas indebidamente por el registrador municipal. El pedido se declaró infundado por resolución Diez; además, se declaró improcedente el recurso de apelación. El auto de enjuiciamiento corre a fojas trece y es de fecha treinta de enero de dos mil trece.
3. Realizado el juicio oral, privado y contradictorio, el Juzgado Penal Colegiado expidió la sentencia de primera instancia de fojas dieciocho, de dieciocho de junio de dos mil dieciocho. Consideró que:
 - A. El núcleo de la imputación se verifica en la declaración de la menor agraviada S.P.S.G., que consta en el Informe Social 044-2012-MP-DML-ICA/TFS, de la que se desprende que: “La menor

manifiesta que mantiene una relación de pareja con el padre de su hijo y que éste se preocupa por el bienestar de ella y el hijo que tienen en común, así refiere [yo estoy bien con él... él quiere mucho a mi hijo, lo ha firmado... él se preocupa por mi hijo, me da plata, le trae la leche, por eso yo no sé por qué le hacen tanto problema, nosotros estamos bien, yo me voy a dedicar a cuidar a mi hijo y cuando cumpla dieciocho años nos vamos a juntar]”. Esta versión ha sido ratificada en el juicio oral. Expresó la agraviada S.P.S.G. que conoció al acusado Cabrera Zárate en carnavales; que ella inició la conversación porque siempre le gustaron los hombres mayores; que tuvieron relaciones sexuales en la casa de su abuelo en Trapiche; que cuando le dijo que estaba embarazada, él le mencionó que se haría responsable; que vivían juntos en el año dos mil once; que le hizo saber que tenía quince años.

- B.** El encausado Cabrera Zárate en su declaración plenarial corroboró lo indicado por la menor S.P.S.G. Enfatizó que tuvo una relación sentimental con ella en el año dos mil once, a quien conoció en carnavales; que quince días después se le declaró, y tuvieron relaciones sexuales a finales de febrero de dos mil once cuando fueron al río y la segunda vez en la chacra del abuelo de la menor; que en esa ocasión tenía veintiséis años; que cuando la menor salió embarazada, le dijo que se haría responsable.
- C.** El certificado médico 000311-VLS, de diecisiete de febrero de dos mil doce, expedido por la médico legista Jenny Rosario Ventura Seminario, da cuenta de signos de parto antiguo y en el punto cuarto de las conclusiones señala como edad aproximada de la agraviada trece años. Apuntó que para determinar su edad se consideró el peso, talla y características físicas; así como la escala de Tanner, que toma en consideración la presencia de vello en axilas, vello púbico y el desarrollo de las glándulas mamarias. Precisó, de otro lado, que el Documento Nacional de Identidad de la agraviada consignaba que tenía doce años.
- D.** La madre de la menor, Flor Alicia Gabriel, mencionó conocer al imputado desde hace diez años; que no recuerda en qué año se embarazó su hija, pero que tenía doce años en ese momento; que conversó con los padres del imputado para que se haga cargo del niño; que no denunció porque su hija estaba enamorada del imputado.
- E.** En aplicación del principio de inmediación se advierte que la agraviada tiene una apariencia física acorde a su edad, por lo menos no excede la edad que tiene, y es lógico que luciera mucho más joven antes. Por tanto, no se puede asumir el error alegado por el acusado como hipótesis de defensa.

- F. Como prueba nueva se tiene la sentencia de conformidad 336-2016, de doce de agosto de dos mil diecisiete, que condenó al acusado por delito de falsedad ideológica a tres años, cinco meses y cinco días de pena privativa de libertad, suspendida por dos años, ante un intento de ocultar la edad de la menor.
- G. También se mencionó la pericia psicológica 0001575-2012-PCS practicada por el psicólogo forense Edgar Yhovani Machado Velásquez; el Informe Social Forense 0044-2012-MP-DML-ICA/TSF, expedido por la trabajadora social forense Twiggy Mercedes Picón Perla; el acta de nacimiento de la agraviada y de su primogénito, en la que el imputado lo reconoce como hijo; y, el oficio 0007-2012-RDC-CSJIC/PJ, que acredita que el acusado no tiene antecedentes penales; las fotografías de la agraviada con el imputado y su bebé.
4. La sentencia fue apelada por el encausado Cabreara Zarate por escritos de fojas cuarenta y cuarenta y cuatro, de diez de julio de dos mil dieciocho. Instó se revoque la indicada sentencia y se le absuelva de los cargos. Alegó la existencia de un error de tipo vencible; que no sabía la edad de la agraviada; que ella le dijo que tenía quince años. También cuestionó la motivación y, además, postuló insuficiencia probatoria.
5. Concedido el recurso de apelación por auto de fojas sesenta y uno, de dieciséis de julio de dos mil dieciocho, y realizado el juicio de apelación, la Sala Superior expidió sentencia de vista de fojas sesenta y cuatro, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve. Estimó que:
- A. Está probado que el encausado Cabrera Zarate, de veintiséis años, mantuvo relaciones sexuales con la agraviada S.P.S.G., de once años y diez meses de edad, quien quedó embarazada y el catorce de diciembre de dos mil once dio a luz a una niña. Es decir, si bien tuvo acceso carnal consentido con la menor, al momento de los hechos el consentimiento de la menor S.P.S.G. se considera legalmente viciado.
- B. El encausado Cabrera Zárate y la agraviada S.P.S.G. sostuvieron en juicio oral (sesión del juicio oral de dieciséis de mayo de dos mil dieciocho) que mantuvieron relaciones sexuales en el año dos mil once, en dos ocasiones, como consecuencia de una relación sentimental, producto de lo cual nació una niña. La agraviada señaló que se enteró del embarazo en mayo de dos mil once y que actualmente vive con otra persona.
- C. El certificado médico legal 00311-VLS, de diecisiete de febrero de dos mil doce, concluyó que la menor S.P.S.G. presentó signos de parto vaginal antiguo, no lesiones ni signos de actos contra natura. Asimismo, anotó que la menor consignó como edad doce años, lo que estaba acorde con su Documento Nacional de Identidad, pero por sus características físicas (talla, peso, presencia de vello

- público, de vello en las axilas y el desarrollo de las glándulas mamarias) se registró trece años.
- D. La madre de la menor sostuvo que cuando se enteró que su hija estaba embarazada fueron a conversar con el encausado, quien asumió su responsabilidad.
 - E. En virtud del principio de inmediación, el Colegiado apreció que la agraviada S.P.S.G. tiene una apariencia física que no excede de lo que es su propia edad, tanto en la fecha como en la época en que ocurrieron los hechos, de acuerdo a su desarrollo físico y sus actitudes personales, tal como consta de las fotografías, lo que se corroboró en el momento en que acudió al juicio a prestar su declaración plenarial el diecisiete de mayo de dos mil dieciocho, máxime si en el examen médico que se le realizó el diecisiete de febrero de dos mil doce (un año después de los hechos) se consignó que la menor, por sus características físicas, aparentaba tener trece años, esto es, su edad real.
 - F. Antes de que sucedieran las relaciones sexuales, el encausado Cabrera Zárate tuvo un contacto previo con la menor, por lo que pudo haberse dado cuenta de la edad de la menor. En consecuencia, no se configura el error de tipo alegado por el encausado.
6. Contra esta sentencia de vista el encausado Cabrera Zarate interpuso recurso de casación por escrito de fojas setenta y cuatro, de tres de junio de dos mil diecinueve.

TERCERO. Que el citado encausado en su escrito de recurso de casación de fojas setenta y cuatro, de tres de junio de dos mil diecinueve, planteó como causa de pedir, infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Alegó, de un lado, que se inaplicó indebidamente el artículo 14 del Código Penal, sobre error de tipo, al punto que no se efectuó un examen para acreditar la apariencia de la edad de la agraviada, y que la motivación de la sentencia, en este extremo, resulta insuficiente; y, de otro lado, que no se acreditó que medió violencia o amenaza para el acceso carnal.

CUARTO. Que, denegado el recurso de casación por la Sala Superior e interpuesto recurso de queja, este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas ciento veintinueve del cuaderno de casación, de seis de febrero de dos mil veinte, declaró fundada la queja y concedió el recurso de casación por las causales de infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación. Corresponde analizar en casación la aplicación del artículo 14 del Código Penal y la suficiencia de la motivación.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada la fecha para la audiencia de casación el día uno de marzo del año en curso, ésta se realizó con la intervención de la defensa pública del encausado Cabrera Zárate, doctora Judith Antonieta Rebaza Antúnez, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, clausurado 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 infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación, se circunscribe a determinar si correspondía aplicar el **error de tipo** previsto en el artículo 14, primer párrafo, del Código Penal; y, si la motivación de la sentencia en este punto cumplió con los principios de suficiencia y completitud.

SEGUNDO. Que, objetivamente, se declaró probado que la agraviada S.P.S.G., cuando los hechos, tenía once años y diez meses, mientras que el imputado contaba con veintiséis años de edad; es decir, tenía una diferencia de quince años de edad. Según declaró el imputado Cabrera Zárate en sede plenarial, conoció a la citada agraviada en los carnavales de Ica en dos mil once –así también lo reconoció la agraviada–, quince días después se le declaró y pronto, a fines de febrero del indicado año dos mil once le hizo sufrir el acto sexual en dos ocasiones, a consecuencia de lo cual quedó embarazada y dio a luz una niña el catorce de diciembre de dos mil once. Esta declaración no ha sido controvertida en sede recursal.

TERCERO. Que, ahora bien, el imputado Cabrera Zárate sostuvo que la agraviada S.P.S.G. le dijo que tenía quince años de edad –tal versión así fue sostenida por la propia agraviada en el acto oral–. A partir de ello su hipótesis defensiva es que incurrió en **error de tipo vencible**.

∞ Más allá de la versión de la agraviada S.P.S.G, la diferencia de edad entre imputado Cabrera Zárate y la indicada agraviada es especialmente relevante, así como también el hecho que el referido encausado tuvo tiempo para conocerla y enterarse, con cierto nivel de seguridad, la verdadera edad de la víctima, tanto más si la contextura de aquella no auguraba una confusión inicial respecto a su minoría de edad. En lo concerniente a esto último, así lo hizo saber en el plenario la médico legista Jenny Rosario Ventura Seminario, que examinó a la menor agraviada S.P.S.G. y aportó información calificada

al respecto, incluso desde la escala de Tanner. Por consiguiente, no es posible estimar que ese examen fuera incompleto o que se llevó a cabo por quien no tenía la calificación profesional para hacerlo, obviando que se trata de una médico legista y que es común en los exámenes sobre integridad sexual incorporar conclusiones, previa anamnesis y revisiones o exploraciones, acerca de la edad de la víctima–.

∞ De igual manera, el Juzgado Colegiado expuso su propio análisis experimental en uso del principio de inmediación al observar a la víctima en el juicio oral. La madre de la agraviada, Flor Alicia Gabriel Delgado, en su declaración plenarial refirió que el encausado domiciliaba en Trapiche, cerca de donde ellos vivían, y que lo conocía desde hacía tres años antes de los hechos –ella declaró plenarialmente el día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho y allí mencionó que conocía al imputado desde hacía diez años–.

∞ A ello se agrega que, conforme a la sentencia de doce de agosto de dos mil dieciséis, se acreditó que el encausado Cabrera Zárate junto con los padres de la agraviada S.P.S.G., procuraron cambiar el nombre y fecha de nacimiento de esta última. Es decir, se buscó aparecer que la agraviada cuanto se vinculó con el imputado ya tenía catorce años de edad, al punto de ser utilizado para pedir el sobreseimiento de esta causa [vid.: fojas once del cuaderno de casación y sentencia de conformidad 336-2016 del expediente judicial].

CUARTO. Que todo lo expuesto revela que el imputado Cabrera Zárate conocía la minoría de edad (once años y diez meses) de la agraviada S.P.S.G. cuando le hizo sufrir el acceso carnal. Los elementos de prueba son categóricos.

∞ Por lo demás, el hecho subjetivo del agente (dolo en este caso: el sujeto activo conoce, se ha representado, el riesgo que despliega su conducta) se acredita a partir de los hechos objetivos (hecho externo) y de sus elementos de prueba (los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente). El dolo en los delitos sexuales, en lo que respecta a la edad de la víctima (para determinar si, en su caso, existiría *error in persona*), se infiere a partir de determinados indicadores operativos o datos que se expresan en los hechos probados en función a la edad del imputado, a su experiencia de vida, al contexto situacional en sus relaciones con la víctima, al tiempo en que conocía a la agraviada, a la contextura de aquélla, etcétera.

∞ En el presente caso, no solo se tiene la gran diferencia de edad con la víctima, la contextura de la agraviada, la forma y circunstancias en que se conocieron y relacionaron, también que pudo y debió agenciarse de información suficiente y real sobre la edad de la agraviada, más aún si la conoció ocasionalmente y al poco tiempo le hizo sufrir el acto sexual. No es posible, entonces, afirmar la existencia de error de tipo, es decir, de un error sobre las circunstancias del hecho –del objeto o persona en el presente caso– reguladas por el tipo delictivo. El imputado estaba en condiciones de saber la

edad de la víctima y, por tanto, conocía los elementos que caracterizan la acción realizada como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido [BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho Penal Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 307]. No es, pues, aceptable que el imputado no pudo comprender, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento, que desconociera que su conducta se adecua a un tipo delictivo.

QUINTO. Que, finalmente, la motivación de la presencia de dolo y el rechazo del error de tipo alegado por el imputado Cabrera Zárata ha sido, en lo relevante, correcta. La motivación de este extremo ha sido clara, completa, suficiente y racional. Tampoco no se aplicó indebidamente el artículo 14, primer párrafo, del Código Penal.

∞ El recurso de casación defensivo debe desestimarse. Así se declara.

SEXTO. Que, por otro lado, en el acto de la audiencia de casación se invocó la necesidad de aplicar la disminución excepcional de la punibilidad por “superior interés del niño”. Esta pretensión no es de recibo, primero, porque no ha sido planteada por el imputado en su recurso de casación y, menos, aceptada como objeto del citado recurso; y, segundo, porque el acceso carnal en perjuicio de la agraviada, que no tiene amparo legal alguno, no dio lugar a la formación de una unidad familiar estable, al punto que, según expresó la agraviada, tiene otra pareja, y además no es que la agraviada se encuentre absolutamente desprotegida, sino que, aunque precariamente, tiene el apoyo de su madre –así consta en el Informe Social Forense 0044-2012-MP-DML-ICA/TSF–. No se da, pues, una situación excepcionalísima en que los hechos están causalmente vinculados con los niños afectados y dependen con exclusividad del imputado, quien estaba cumpliendo con sus deberes alimentarios.

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

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado HENRRY ALDO CABRERA ZÁRATE contra la sentencia de vista de fojas sesenta y cuatro, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas dieciocho, de dieciocho de junio de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de S.P.S.G. a treinta años de pena privativa de libertad y al pago de diez mil soles por

concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **II. CONDENARON** al encausado Cabrera Zárate al pago de las costas del recurso de casación, que serán ejecutadas por el Juez de la Investigación Preparatoria competente, previa liquidación por la Secretaría de esta Sala. **III. MANDARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria, al que se enviarán las actuaciones. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Cotrina Miñano por vacaciones de la señora Carbajal Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABAS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

CSMC/YPLR

NULIDAD DE SENTENCIA CONDENATORIA

La Sala Superior no motivó adecuadamente la probanza del elemento típico referido a la edad de la menor, pues solo consideró su declaración y la de su progenitora, no realizando un análisis completo del Certificado Médico Legal N.º 07671-EA que al momento de su ratificación propuso la posibilidad de un escenario diferente –mayor de 14 años–, y además de ello, no llevó a cabo de manera efectiva las diligencias para su esclarecimiento.

Se ha incurrido en una causal de nulidad insubsanable, conforme lo prevé el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, al haberse infringido la garantía de motivación de las resoluciones judiciales prevista en el numeral 5, del artículo 139, de la Constitución.

Lima, veinticuatro de noviembre de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de **Fredy Vargas Vargas**, contra la sentencia del diecisiete de agosto de dos mil veintiuno (folios 323 a 344), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Villa María del Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Mediante dicha sentencia se le **condenó** como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor con las iniciales N. F. C. (13 años). Como consecuencia, se le impuso la pena de cadena perpetua; y se fijó en cinco mil soles el monto que como reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada; con lo demás que contiene.

Con lo expuesto por la fiscalía suprema en lo penal.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de

impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios del ordenamiento procesal peruano¹. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331), efectos suspensivos de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

2.1. De acuerdo al Dictamen Acusatorio N.º 49-2021-FSPP-DLFS, formulado por el Ministerio Público (a folios 217 a 234), la atribución fáctica que se tiene contra el acusado consiste puntualmente en lo siguiente:

El día **16 de marzo del 2020**, a horas 19:30, en circunstancias en que la menor agraviada se hallaba por inmediaciones del Paradero 10, Nueva Esperanza, distrito de Villa María del Triunfo, se encontró con el imputado Fredy Vargas Vargas, con quien mantuvo una conversación, donde el imputado le indica que le compraría unos juguetes y le pagaría la suma de veinte soles a cambio de que lavara unos baldes; seguidamente, la agraviada aborda el vehículo menor (mototaxi) que conducía el imputado confiada que la dejaría cerca de una escalera, la cual estaba cerca a su casa, empero, el imputado aprovechó para desviarse del trayecto y llevarla hasta un lugar donde este tenía un criadero de cerdos (chanchería), ubicado en el sector Minas de Agua, a espaldas del cementerio Virgen de Lourdes de Nueva Esperanza, distrito de Villa María del Triunfo.

En ese lugar, a las 20:30 horas, tras estacionar su vehículo, el imputado le manifestó a la víctima que estaba enamorado de ella, mientras le tocaba su cuerpo, rehusándose la menor a seguir en el lugar, siendo impedida por el procesado quien tras bajar unos baldes que tenía en el interior de su vehículo, bajó el cierre del pantalón de la menor, así como el de su pantalón, junto con la ropa interior de la víctima hasta las rodillas, e introdujo su miembro viril (pene) en la cavidad vaginal de la agraviada a pesar que ella trataba de empujarlo en todo momento para intentar huir, sin embargo, el procesado logró sujetarla y abusar de ella; asimismo, mientras continuaba la menor con sus intentos de huir por una de las puertas del vehículo, la sujetó por la fuerza haciéndole sentar en su miembro viril (pene)

¹ Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

mientras le besaba la boca, el cuello y los senos, hasta que luego de haber transcurrido veinte minutos, el procesado llegó a eyacular encima de su ropa interior. Posteriormente, la menor agraviada logró huir del imputado y se dirigió a su vivienda, en donde contó los hechos a su progenitora, quien seguidamente se apersonó a la dependencia policial del sector para poner la denuncia correspondiente.

2.2. Los hechos antes descritos fueron subsumidos en el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173 del Código Penal², y vigente al momento de los hechos, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30838, publicada el 4 de agosto de 2018.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa técnica del recurrente, en su recurso de nulidad (a folios 348/354v), alegó que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido enervar la presunción de inocencia que existe a favor del procesado, existiendo en la sentencia errores que han afectado su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, su derecho a la defensa y al debido proceso, lo que amerita una sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria. En calidad de agravios, sostuvo esencialmente lo siguiente:

3.1. De autos se advierte que no existe material probatorio suficiente que acredite la responsabilidad penal del recurrente, puesto que no obra la partida de nacimiento de la agraviada, no habiéndose probado su edad.

3.2. Asimismo, existe contradicción en los hechos narrados por la adolescente en cámara Gesell y en el examen de pericia psicológica que obran a folios 33/47 y 89/99, respectivamente, pues no coincide con las conclusiones arribadas en el certificado médico legal de folio 20, en cuya data se consignó “niega” cuando se le preguntó por la primera y última relación sexual,

² **Artículo 173. Violación sexual de menor de edad**

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.

consignándose además que no se evidencia signos de lesiones traumáticas corporales recientes y que no requirió incapacidad médico legal.

3.3. Lo anterior guarda relación a su vez con lo declarado por su madre quien, en la quinta sesión del juicio oral, de fecha nueve de abril de dos mil veintiuno, señaló que la menor, en forma posterior a la denuncia le indicó que “no había pasado nada”. Aunado a ello, dicha persona presentó un escrito que obra a folio 204, en el que señaló que su hija no fue violada y adjuntó un informe psicológico, lo cual no ha sido tomado en cuenta por la Fiscalía al formular acusación.

3.4. Además de ello, se ha vulnerado el derecho a la defensa y al debido proceso, por cuanto, su defendido, en la manifestación que brindó a nivel policial y que obra a folios 23/26, no estuvo asistido con un abogado de su libre elección o en todo caso con uno de oficio; igual situación sucedió en la entrevista única de cámara Gesell, donde tampoco estuvo presente abogado defensor alguno.

3.5. Por último, señala que, a folios 165 a 168, obra el escrito mediante el cual se deduce excepción de naturaleza de acción, la cual pese a ser proveída conforme consta a folios 180 a 181, no ha sido materia de pronunciamiento alguno.

CUARTO. DICTAMEN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante Dictamen N.º 802-2022-MP-FN-SFSP (folios 58/61 del cuadernillo), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se declare **No Haber Nulidad** en la sentencia condenatoria impugnada. Entre sus fundamentos, estimó que el Colegiado Superior al momento de expedir la sentencia recurrida ha efectuado un correcto análisis de las pruebas aportadas en el proceso penal para concluir que Fredy Vargas resulta ser penalmente responsable como autor del delito de violación sexual de menor de edad; en agravio de la adolescente identificada con las iniciales N. F. C., por lo que la pretensión impugnatoria debe ser desestimada.

QUINTO. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. El inciso 5, artículo 139, de la Constitución consagra el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional, en reiteradas decisiones³, sostiene que importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

5.2. Por consiguiente, la respuesta del órgano jurisdiccional debe provenir de la valoración objetiva de la prueba actuada, la misma que debe ser realizada observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En ese aspecto, el artículo 280 del C de PP estipula que la sentencia debe apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción. Esto es, una valoración conjunta de todos los medios probatorios.

SEXTO. ÁMBITO DEL RECURSO DE NULIDAD

Este Supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el recurso de nulidad, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales (principio conocido como *tantum devolutum quantum appellatum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión, está delimitada objetiva y subjetivamente, precisamente por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

SÉPTIMO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

7.1. Del análisis de los agravios planteados por el recurrente, se advierte que destaca que no se encuentra probada la edad de la menor, y por lo tanto no

³ STC N.º 896-2009-PHC, del 24 de mayo de 2010, entre otras.

existe ese elemento objetivo del tipo penal. En dicho extremo, la Sala Superior en el fundamento sexto de la sentencia, desarrolló los argumentos por los cuales concluyó que la edad de la menor al momento de los hechos era trece años, para lo cual tomó en cuenta su declaración, así como la de su madre, quienes de manera uniforme indicaron la edad mencionada, ello en contraposición con las versiones contradictorias del procesado, valorando además el Certificado Médico Legal N.º 07671-EA, que determina como edad aproximada trece años. Asimismo, señaló que no existe cuestionamiento alguno con relación a la edad, toda vez que no se planteó que la menor tuviera una edad distinta, y la defensa solo se limitó a indicar que no está probada la edad.

7.2. Al respecto, este Supremo Tribunal advierte que, desde el inicio del proceso, en su declaración policial⁴, el recurrente ha alegado que desconocía que la menor tenía trece años, y que incluso esta le habría dicho que tenía quince. Aunado a ello, en la audiencia de presentación de cargos⁵, la defensa sostuvo que no existe documento idóneo que acredite la edad de la menor, reiterando dicho cuestionamiento en los escritos donde deduce excepción de naturaleza de acción⁶, así también, en la segunda sesión del juicio oral⁷ el recurrente declaró nuevamente que la menor le dijo que tenía quince años, y finalmente la defensa en sus alegatos señaló que no obra en autos una partida de nacimiento por lo que no está probada la edad de la menor.

7.3. En ese sentido, es innegable que nos encontramos ante un cuestionamiento sostenido respecto al elemento de tipicidad objetiva referido a la edad de la presunta víctima para efectos de la aplicación del artículo 173 del Código Penal, advirtiéndose de los actuados que esta no se ha determinado con prueba documental. Además, la partida de nacimiento de la menor se ofreció como medio probatorio recién en la primera sesión del

⁴ A folios 23/26

⁵ A folios 130/139.

⁶ A folios 165/168.

⁷ A folios 246/248.

juicio oral⁸, y se indicó que se debe oficiar al Reniec o solicitar dicho documento de la madre.

7.4. Ante ello, en la Sala Penal Superior a través de Secretaría de Sala, se dio cuenta durante las sesiones de juicio oral respecto al trámite para recabar la mencionada partida, lo siguiente:

- a) En la sesión 11 del treinta y uno de mayo de dos mil once⁹, se informó, mediante constancia de intercambio de correos electrónicos sostenidos entre el usuario consultas@reniec.gob.pe y la judicatura¹⁰, que “el acta de nacimiento de la menor no figura incorporada al Reniec”.
- b) En sesiones posteriores, el secretario de la Sala dio cuenta de su apersonamiento ante la Municipalidad de San Juan de Miraflores, Municipalidad de Villa María del Triunfo, así como el Hospital María Auxiliadora, a fin de solicitar el referido documento, donde no se obtuvo información relevante.

Respecto a dichas actuaciones se puede advertir que no se actuó con la debida diligencia debido a que no se cuenta con información oficial (positivo o negativa) sobre la existencia del acta de nacimiento o la partida de nacimiento, apreciándose con transparencia que no se han efectuado con la debida firmeza los apremios y/o apercibimientos que la ley contempla con base en el principio-regla plasmado en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no obstante la trascendencia de la referida información para el caso concreto.

7.5. No cabe duda que para este caso se puede y se debe obtener el documento referido al nacimiento de la presunta víctima, por lo que se deben agotar los esfuerzos necesarios con las herramientas legales disponibles para superar esa dificultad; incluso debe oficiarse a las instituciones educativas en

⁸ A folio 245.

⁹ A folio 294.

¹⁰ A folio 293.

las que se la inscribió; y, en caso que se establezca contundente e insoslayablemente su inexistencia, proceder a realizar un peritaje especializado.

7.6. En este último supuesto (que no exista partida o documento que demuestre la fecha de nacimiento), y con el peritaje especializado o mínimamente con el certificado médico existente en la causa, será necesario que las partes y el órgano jurisdiccional evalúen si cabría alguna desvinculación o replanteamiento de la calificación jurídica, con arreglo al ordenamiento jurídico vigente, que, ulteriormente permita el otorgamiento del principio constitucional de la tutela judicial efectiva, sobre la base de la valoración integral de las pruebas obtenidas y, especialmente de las declaraciones tanto de la menor como de su madre, quienes han coincidido en la edad de la niña, su grado académico —sexto grado de primaria al momento de los hechos¹¹—, y su fecha de nacimiento —29 de enero de 2007¹²—.

Cabe acotar en ese sentido, que obra el Certificado Médico Legal N.º 07671-EA¹³ que concluyó como edad aproximada de la menor trece años, asimismo, en juicio oral, en la correspondiente ratificación, el médico que lo suscribió indicó que existe un margen de error de “más menos dos” por lo que la edad podría variar entre once a quince años, y precisó que el margen mismo no es exacto, por lo que la valoración promedio según los instrumentos científicos practicados arrojó lo que fue consignado, trece años. De ser necesario y pertinente en el nuevo juzgamiento, esta diligencia tendría que llevarse adelante nuevamente por tratarse de un nuevo Colegiado.

Asimismo, considerando que la madre de la menor indicó en juicio oral que la partida de la niña solo se encontraba pendiente de recoger, y que no lo había hecho porque “se fue a su pueblo”, se tiene que no estamos ante la impracticabilidad de un medio probatorio, si no, ante una falta de debida diligencia para su obtención.

¹¹ Según indica la menor en su declaración en cámara Gesell, a folio 33.

¹² A folio 36 – folio 259v, respectivamente.

¹³ A folio 22.

7.7. Por consiguiente, al haberse advertido que la Sala Superior no motivó adecuadamente la probanza del elemento típico referido a la edad de la menor, pues solo consideró su declaración y la de su progenitora, no realizando un análisis completo del Certificado Médico Legal N.º 07671-EA que al momento de su ratificación propuso la posibilidad de un escenario diferente —mayor de 14 años—, y además de ello, no llevó a cabo de manera efectiva las diligencias para su esclarecimiento; por lo que se ha incurrido en una causal de nulidad insubsanable, conforme lo prevé el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, al haberse infringido la garantía de motivación de las resoluciones judiciales prevista en el numeral 5, del artículo 139, de la Constitución.

7.8. Por lo tanto, se debe declarar la nulidad de la sentencia impugnada y celebrar un nuevo juicio oral, donde se deberá llevar a cabo las siguientes diligencias:

- a) La declaración de la madre de la menor, fin de que precise la fecha y lugar de nacimiento de su hija, así como los trámites realizados para su inscripción de su nacimiento en una municipalidad o en el Reniec.
- b) Oficiar al Reniec, con el debido apercibimiento conforme al artículo 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴, a fin de que informe acerca de la inscripción de la menor en el registro civil y la documentación que la sustente, debiendo considerarse además la información que obre en el registro de personas sin DNI o indocumentadas.
- c) Oficiar a las municipalidades de Villa María del Triunfo, San Juan de Miraflores y Villa El Salvador, con el debido apercibimiento¹⁵, a fin

¹⁴ **Artículo 276º. Informes o pericias de funcionarios**

En caso de que se solicite informes o pericias a los funcionarios de la Administración Pública, estos están obligados a prestar su colaboración bajo responsabilidad, salvo que se afecten las labores a su cargo, a juicio de su superior jerárquico, en cuyo caso deben excusarse.

¹⁵ Ídem

de que informen si obra en su legajo la partida de nacimiento de la menor, y de ser el caso, la remitan.

d) Oficiar a los establecimientos de salud aledaños a las municipalidades mencionadas, con el debido apercibimiento¹⁶, a fin de que informen si obra en su legajo el certificado de nacido vivo de la menor.

e) Oficiar al Centro Educativo Virgen de Lourdes N.º 6057 de Villa María del Triunfo, con el debido apercibimiento¹⁷, a fin de que informe respecto a los documentos que sustentan la matrícula de la menor.

f) Elaborar actas e informes respectivos en caso exista omisión en la entrega de la información requerida de acuerdo lo antes indicados, para los fines pertinentes.

g) Solo de ser necesario, y resguardando la integridad de la agraviada, se deberá actuar la pericia de estimación de edad cronológica, en aplicación de criterios antropométricos, maduración sexual, el examen odontológico y la evaluación de rasgos faciales.

7.9. Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, corresponde declarar nula la sentencia impugnada, y ordenarse la realización de un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, escenario en el que se deberán actuar las pruebas pertinentes, conducentes y útiles que sean propuestas por las partes, con la debida razonabilidad y sustento; y/o, las que sean dispuestas por el Colegiado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

7.10. Como se ha expresado, le corresponde al nuevo Colegiado realizar una valoración íntegra de los actuados y emitir un motivado pronunciamiento, por

¹⁶ Ídem

¹⁷ Ídem

lo que de advertirse nuevos elementos, y si así lo considera, debe tener presente que se encuentra facultado para sustentar una recalificación jurídica de los hechos incriminados, conforme lo establece el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116¹⁸.

7.11. Finalmente, con relación a la situación jurídica del recurrente, durante el proceso se le dictó prisión preventiva, prologándose posteriormente por nueve meses¹⁹, por lo que a la fecha este plazo ha vencido ampliamente. En este orden de ideas, como consecuencia de la nulidad de la sentencia recurrida debe ordenarse su inmediata libertad siempre y cuando no obre mandato u orden de detención de alguna autoridad competente.

Sin embargo, en salvaguarda de que el proceso no sufra dilaciones indebidas, a causa de una posible incomparecencia a las citaciones que haga la Sala Penal correspondiente, resulta necesario dictarse las medidas correspondientes a efectos de asegurar la presencia del acusado en el proceso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

- I. Declarar **NULA** la sentencia del diecisiete de agosto de dos mil veintiuno (folios 323/344), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Villa María del Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que **condenó a Fredy Vargas Vargas** como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor con las iniciales N. F. C. (13 años) y como

¹⁸ Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. **Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados —como argumento principal, alternativo o secundario—, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva.** En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

¹⁹ Resolución de fecha catorce de diciembre de dos mil veinte, a folios 212v/215v.

consecuencia le impuso cadena perpetua, con lo demás que al respecto contiene.

- II. DISPONER** que se realice un nuevo juicio oral por otra Sala Penal Superior llamada por ley, la cual deberá tener en cuenta lo expuesto en la presente ejecutoria para el esclarecimiento de los hechos.
- III. DISPONER** la inmediata libertad de **Fredy Vargas Vargas**, la misma que se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención en su contra, emanado de autoridad competente. **OFICIÁNDOSE**, para tal efecto, vía fax o medio idóneo correspondiente, a la Sala Penal de Apelaciones de Villa María del Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, para los fines legales consiguientes, así como para la notificación personal al procesado.
- IV. DISPONER** que para el nuevo juzgamiento el acusado Fredy Vargas Vargas, cumpla las siguientes reglas: **a)** no variar el domicilio señalado en autos sin autorización del órgano jurisdiccional; **b)** comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días a la Sala Superior, para informar y justificar sus actividades, así como firmar el cuaderno respectivo y/o el registro en el control biométrico; **c)** presentarse a toda citación y a las sesiones del nuevo juzgamiento las veces que el Tribunal Superior lo requiera; **d)** no mantener comunicación por ningún medio con la agraviada ni su familia; todo bajo apercibimiento de disponerse su prisión preventiva.
- V. DISPONER** se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino el juez supremo Coaguila Chávez, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

COAGUILA CHÁVEZ

ISGL/jlch



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SAN MARTIN CASTRO CESAR EDGONDO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/09/2020 11:44:46 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA LIMA FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: FIDELERCA NAVARRO ALDO MARTIN / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/09/2020 11:46:52 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA LIMA FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SEQUIEROS VARGAS IVAN ALEJO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/09/2020 12:02:52 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA LIMA FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CHAVEZ ERAZMO ARMANDO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/09/2020 11:11:02 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA LIMA FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: LAS CARRASCA / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 16/09/2020 09:31:18 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA LIMA FIRMA DIGITAL

Illegitimidad en la motivación y apartamiento de la doctrina vinculante

La Sala Superior sustentó su decisión justificando aparentes contradicciones en la versión de la agraviada, para lo cual utilizó su comportamiento previo, concomitante y posterior como si fuera un acto de consentimiento. Además, obvió valorar las conclusiones del examen psicológico practicado a la víctima. Todo ello configuraría falta e ilegitimidad en la motivación, así como apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de septiembre de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia privada, mediante sistema de videoconferencia, el recurso de casación ordinaria interpuesto por la **Fiscalía Superior de Junín** contra la sentencia de vista del trece de marzo de dos mil diecinueve, que revocó la de primera instancia del seis de septiembre de dos mil dieciocho, que condenó a **Ferrando Huamaní Huallpa** como autor del delito de violación sexual, en perjuicio de la menor agraviada identificada con las iniciales G. V. C., a doce años de pena privativa de libertad y fijó el pago de S/ 15 000 (quince mil soles) por concepto de reparación civil; y, reformándola, lo absolvió de la acusación fiscal.

Intervino como ponente el señor juez supremo Castañeda Espinoza.

CONSIDERANDO

§ I. Antecedentes

Primero. Como hecho jurídico plasmado en la acusación fiscal, se imputó al acusado Ferrando Huamaní Huallpa haber abusado

sexualmente de la menor agraviada en el mes de marzo de dos mil dieciséis, aprovechando que había sido pareja de la madre de aquella. Así, en una madrugada se encontró con la agraviada y la condujo a su dormitorio y luego a un hotel. En ambos lugares, el encausado abusó sexualmente de la menor por vía vaginal.

Segundo. Tras recabarse las pruebas durante la investigación preparatoria y llevarse a cabo el juicio oral, el Juzgado Penal Colegiado de Huancayo halló responsable y condenó al procesado Huamaní Huallpa como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual, en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales G. V. C., a doce años de pena privativa de libertad y fijó la reparación civil en S/ 15 000 (quince mil soles) –y lo demás que contiene–. Fundamentó su decisión sobre la base de:

- 2.1. La declaración de la agraviada recabada en el acta de entrevista única (foja 5 del expediente judicial), del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (oralizada en el juicio oral de primera instancia), en la que señaló que se encontró con el acusado en la calle y este la invitó a su casa a ver televisión y le dijo que le daría desayuno. Como inicialmente no quería ir, el encausado amenazó con golpearla (como ya antes lo había hecho). Al llegar intentó escapar, pero aquel la jaló de regreso y la metió a su cuarto. Entonces comenzó a tomar licor y le pegó a la menor, recriminándole por qué estaba en la calle. Luego se desnudó porque le dijo que dormiría y quería que ella también se acostara, pero esta no quería. Fue así que, tras regresar del baño, el acusado le bajó el pantalón y el polo, y quiso agarrarle los pechos y el trasero. Luego sacó su miembro viril y le rozó las piernas y la vagina, tras lo cual la penetró levemente. Después ello, el imputado le dijo que saldrían y la llevó a un hotel, donde

nuevamente abusó de la menor colocando su miembro viril en su rostro y sus brazos hasta eyacular.

- 2.2. Las actas fiscales de inspección del nueve de julio de dos mil diecisiete (fojas 28 y 34), en las que se dejó constancia de los lugares a donde el acusado había llevado a la menor (su domicilio y el hostel), lo cual guardó coherencia con la versión de la víctima.
- 2.3. El Certificado Médico Legal número 016470-IS (foja 282), del veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis, en el que la menor señaló al acusado (exenamorado de su mamá) como la persona que le introdujo el pene en la vagina, y que concluyó que esta presentaba himen con desgarró antiguo completo en horas VI en sentido horario (ratificado en juicio oral por el perito Jhon Tomás Vilcahuamán).
- 2.4. Las Pericias Psicológicas¹ signadas con los números 007469-2017-PSC, 009531-2017-PSC y 009532-PSC (fojas 261, 268 y 275), que concluyeron que la agraviada presentaba rasgos de personalidad *borderline* y afectación emocional con episodio depresivo moderado como resultado del evento sexual vivido, en el que sindicó al acusado como su atacante sexual (ello fue ratificado en juicio oral por la perita psicóloga Norka Elvira Yupanqui Bonilla², quien precisó los rasgos de la personalidad *borderline*: tiene un conjunto de características de inestabilidad de la personalidad que pueden incluir estado de ánimo oscilante, predominio de conductas de irritabilidad, falta de tolerancia a la frustración, entre otras. Indicó que la menor no se pudo defender de su agresor porque le tenía miedo, y por su tipo de personalidad tenía escasos recursos de enfrentamiento. Finalmente, indicó que la personalidad de la agraviada la hacía muy influenciable y no poseía

¹ Se debe precisar que, a pesar de ser tres pericias distintas, en realidad se trata de una sola que se extendió en tres partes en razón de la extensa narración de la agraviada.

² Quien también estuvo presente y participó en el acta de entrevista única practicada a la menor.

habilidades sociales para decir no, por lo cual habría aceptado seguir al acusado, pero remarcó que estaba afectada por el evento de agresión sexual vivido).

- 2.5.** La declaración de la madre de la víctima, Erika Condori Quispe, quien en juicio oral señaló que, efectivamente, tuvo una relación con el imputado que terminó por los constantes problemas que tenía con él, pues se trataba de una persona agresiva que maltrataba físicamente tanto a ella como a su hija (la agraviada). Se enteró de los hechos porque la menor le contó que, primero, el procesado la había llevado a su casa y luego a un hotel, donde abusó sexualmente de ella.

Así, el Juzgado de Primera Instancia consideró que existían suficientes elementos de prueba que corroboraban la versión de la menor, quien a la fecha de los hechos tenía dieciséis años de edad³, por lo que su versión cumplió con los requisitos señalados por el Acuerdo Plenario número 02-2005 y de ello se desprendió la responsabilidad penal del acusado.

Tercero. Formulado el recurso de apelación por dicho procesado (foja 112), la Sala Transitoria Anticorrupción de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín emitió la sentencia de vista del trece de marzo de dos mil diecinueve (foja 156 del cuaderno de debates), que revocó la condena de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal a Huamaní Huallpa por el delito que fue materia de autos. Consideró que había duda sobre la responsabilidad del procesado debido a que:

- 3.1.** De la versión de la agraviada se desprendió un relato poco coherente y por momentos ilógico, que no guardaba relación

³ Corroborado con la partida de nacimiento obrante a foja 27.

con el comportamiento regular de una víctima de agresión sexual.

- 3.2. No se tomó en cuenta que existió incredulidad subjetiva debido a que tanto la agraviada como su madre dieron cuenta de episodios de agresión contra ellas que justificaban una precondición de encono contra Huamaní Huallpa.
- 3.3. Tampoco se apreció verosimilitud en el relato de la víctima, ya que en episodios de su relato señaló que no gritó porque estaba débil por no haber comido; asimismo, indicó que cuando llegó al hotel donde la llevó el acusado esta únicamente le dijo que mejor la llevase a otro lugar porque ese era "muy feo".
- 3.4. Todas estas contradicciones e incongruencias, además de la versión de la madre de la agraviada, conllevaron que no se acreditara una amenaza real para que la víctima no hubiese opuesto resistencia o pedido ayuda. Más aún si el certificado médico legal no corroboró lesiones que justificaran violencia contra la menor para forzar el acto sexual, por lo que las conclusiones de desfloración himeneal antigua no podían ser directamente imputadas al encausado.

Cuarto. Frente a ello, el titular de la acción penal interpuso recurso de casación ordinaria (foja 171 del cuaderno de debates). Consideró que la sentencia de vista se emitió con inobservancia de garantías constitucionales (debido proceso y motivación de las resoluciones), con manifiesta ilogicidad en la motivación y se apartó de la doctrina jurisprudencial vinculante (conforme a los numerales 1, 4 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal). Dicho recurso fue concedido por la Sala Superior de Junín (foja 178) y elevado a esta Suprema Instancia para su calificación respectiva.

§ **II. Motivos de la concesión**

Quinto. Cumplidos los trámites de traslado a las partes procesales, este Supremo Tribunal, a través del auto de calificación del quince de noviembre de dos mil diecinueve (foja 26 del cuadernillo formado en esta instancia), lo declaró bien concedido por falta de motivación e ilogicidad en la motivación de la resolución judicial y apartamiento de la doctrina jurisprudencial, adecuando a las causales 4 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal, que precisó en sus fundamentos jurídicos noveno y décimo:

Noveno. De este modo, resulta evidente que la Sala Superior dio una nueva valoración a la versión de la menor sin que existan nuevos elementos de prueba que se le contrapongan; además, tampoco cuestionó el proceso de valoración del órgano de primera instancia. Por lo tanto, existiría una motivación aparente e ilógica que, por lo demás, también se apartó de los criterios jurisprudenciales establecidos por los Acuerdos Plenarios número 2-2005 (respecto a la incidencia sobre las matizaciones en la versión de la víctima) y número 1-2011 (análisis del juicio de credibilidad sobre la base de la conducta de la víctima de abuso sexual).

Décimo. En virtud de los considerandos precedentes, esta Sala Suprema estima pertinente admitir a trámite la presente casación por falta de motivación y manifiesta ilogicidad en la motivación de la sentencia de vista (numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, el cual reemplaza la invocada causal del numeral 1 debido a que se encuentra mejor subsumida al supuesto reconducido), así como al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecido por la Corte Suprema (numeral 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal), al haber revocado una condena de primera instancia por el delito de violación sexual sin tomar en cuenta todas las pruebas recabadas en autos y valoradas por el órgano de primera instancia, y por estimar solo algunas con sesgo subjetivo y fundamentación aparente.

De este modo, corresponde realizar el análisis de fondo, conforme está habilitado por el auto de calificación.

§ **III. Audiencia de casación**

Sexto. Instruido el expediente por Secretaría, se señaló como fecha para la audiencia de casación el tres de septiembre del año en curso. Realizada esta con intervención de la señora fiscal adjunta suprema Gianina Tapia Vivas (sin la concurrencia del procesado absuelto Huamani Huallpa ni de su abogado defensor), el estado de la causa quedó para expedir sentencia. Así, cerrado el debate y deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, se produjo la votación respectiva, en la que se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación y darle lectura en la audiencia programada para la presente fecha.

§ **IV. Fundamentos de derecho**

• **Carácter vinculante de los acuerdos plenarios**

Séptimo. Resulta incontrovertible la aplicación obligatoria de los criterios de carácter vinculante del Acuerdo Plenario número 02-2005 sobre los requisitos para brindar validez a la versión de la víctima (ausencia de incredibilidad objetiva, verosimilitud con elementos de corroboración objetiva periférica y persistencia). Además, debe destacarse que los delitos contra la libertad sexual se realizan, generalmente, en forma clandestina, secreta o encubierta, puesto que se perpetran en ámbitos privados, sin la presencia de testigos, por lo que el testimonio de la víctima se eleva a la categoría de prueba, con contenido acusatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre que reúna los requisitos de coherencia, persistencia, solidez y ausencia de incredibilidad subjetiva, y que no se vulnere el derecho a un proceso con las debidas garantías (tutela jurisdiccional efectiva, motivación de las resoluciones, defensa, etcétera), es

decir, con los requisitos señalados en el acuerdo plenario inicialmente indicado.

Octavo. Respecto al uso de la amenaza o violencia por parte del agente para la consumación del abuso sexual y así doblegar la resistencia de la víctima, deben tenerse en cuenta los criterios establecidos en los fundamentos jurídicos veintiuno y veintisiete del Acuerdo Plenario número 01-2011, que señalan lo siguiente:

[...] 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.

[...] 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.

- ***Contenido de las causales invocadas y admitidas***

Noveno. Debe precisarse que la ilogicidad, como causal de casación admitida, alude a lo contrario de la lógica. A su vez, la lógica es el razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o desarrollan coherentemente, sin contradicciones. Por lo tanto, la ilogicidad de la motivación podría definirse como contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones. La ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser manifiesto; un vicio claro, grosero, evidente. En cambio, la falta de motivación está relacionada con la ausencia absoluta del sustento racional de la decisión. En otras palabras, cuando no exista argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juez en la resolución de un caso sometido a su competencia, como cuando se enumeran los medios de prueba en la sentencia sin analizarlos. También existirá falta de motivación cuando sea incompleta, esto es, cuando se eluda el examen de un aspecto central o trascendente de lo que es objeto del debate, que puede comprender la omisión de la evaluación a una prueba esencial que acredite el injusto típico.

Décimo. En cuanto al apartamiento de la doctrina jurisprudencial, debe tenerse en cuenta que se halla en función de decisiones vinculantes así declaradas por la máxima instancia de la Corte Suprema, y se excluyen de su ámbito de comprensión las decisiones que, a pesar de emanar de tales Cortes, solo fijan una determinada línea jurisprudencial. En la jurisdicción ordinaria penal, los precedentes vinculantes así expresados en ejecutorias supremas según el Código

de Procedimientos Penales, las doctrinas jurisprudenciales establecidas como vinculantes en sentencias casatorias de conformidad con el Código Procesal Penal o los principios jurisprudenciales fijados en acuerdos plenarios como producto de la realización de Plenos Jurisdiccionales de los jueces supremos en lo penal constituyen, en su totalidad, decisiones de observancia necesaria y obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de otras instancias.

§ V. Análisis del caso de autos

Undécimo. En el caso de autos, materia de casación ordinaria, se cuestionó la sentencia de vista de la Sala Superior Junín, que, revocando la condena de primera instancia de doce años, la reformó y absolvió al procesado Ferrando Huamaní Huallpa de la acusación fiscal por el delito de violación sexual, aduciendo contradicciones irreconciliables en la sindicación de la agraviada.

Al respecto, este Supremo Tribunal considera que el análisis y valoración que efectuó la Sala Superior resulta totalmente errado e incompleto en cuanto a la evaluación de todos los elementos probatorios actuados, que conducen a un resultado incongruente y a una motivación insuficiente con visos de ilogicidad, puesto que:

- 11.1. Si bien la Sala Superior mencionó la Ejecutoria Suprema número 442-2018/Huánuco, sobre la irrelevancia de las contradicciones secundarias en la versión de una víctima de violencia sexual, estas sirvieron y fueron determinantes para que la Sala de mérito considere como contradictoria e inverosímil la versión de la menor agraviada (con lo que demostró una motivación contradictoria).

11.2. Existió una valoración subjetiva y sesgada del examen médico legal practicado a la agraviada, puesto que la falta de huellas de lesiones en la zona vaginal no conllevaba automáticamente concluir que no se suscitó tal acto, porque existió una diferencia de tiempo entre el hecho imputado y el examen médico practicado. Ello no fue tomado en cuenta y simplemente se concluyó sin mayor fundamentación que la desfloración himeneal no podía ser atribuida al acusado (con lo cual también se demostró una apariencia de motivación o motivación insuficiente).

11.3. Igualmente, el análisis sobre la incredibilidad subjetiva como requisito de validez en la sindicación de la agraviada se efectuó exclusivamente contra la versión testimonial corroborativa de la madre de la víctima, y concluyó automáticamente sobre dicha base en que la agraviada también debía presentar la misma incredibilidad por los antecedentes de violencia que sufrieron y que esta denunció (lo que evidentemente trasgredió los criterios y requisitos señalados por el Acuerdo Plenario número 02-2005).

Duodécimo. De ello se concluye que la Sala Superior realizó un nuevo análisis valorativo sobre la amenaza en la víctima como elemento constitutivo del tipo penal que fue materia de autos tomando como base la conducta de la menor, quien señaló que no pudo oponer resistencia ni pedir ayuda durante el tiempo en que estuvo retenida y solicitó ir a un lugar distinto al que la llevó el agresor; cuando la conducta precedente, concomitante o posterior de la víctima no puede ser un indicativo de su consentimiento, conforme a lo señalado por el Acuerdo Plenario número 01-2011 referido

precedentemente y que la Sala Superior, de manera clara, obvió en su análisis en conjunto.

Decimotercero. Asimismo, se aprecia que, al expedir la sentencia cuestionada, el Colegiado Superior omitió pronunciarse sobre una prueba fundamental que acreditaría la versión inculpativa de la agraviada, consistente en las conclusiones del protocolo de pericia psicológica practicado a la menor, que dio cuenta de que esta presentó una serie de afectaciones psicológicas (rasgos de personalidad *borderline* y afectación emocional por episodio depresivo moderado como resultado del evento sexual vivido) e incluso fue explicado durante el juicio oral de primera instancia por la profesional a cargo, quien determinó que la agraviada se sentía amenazada por el acusado y no tenía mecanismos de defensa contra este (lo que justificaría su falta de resistencia). Dicho elemento de convicción que fue admitido en etapa intermedia y valorado por el órgano de primera instancia no fue analizado por parte de los miembros de la Sala Superior, con lo que se consolidó, una vez más, su falta de motivación en la resolución judicial para sustentar una revocatoria de condena por un delito de connotación social como el de autos.

Decimocuarto. De igual manera, se evidencia que la Sala Superior tampoco tomó en cuenta los criterios de análisis de incredulidad subjetiva y verosimilitud indicados en el Acuerdo Plenario número 02-2005 para analizar la versión de la víctima, pues no se enfocó en el núcleo de su sindicación y solamente apreció aspectos periféricos; más aún si le brindó mayor atención a la versión de la madre de la víctima. Así también, al tomar en cuenta la conducta de la menor antes, durante y después del evento sufrido sobre su falta de defensa, obvió respetar los criterios indicados en el Acuerdo Plenario número

01-2011, que expresamente lo prohíben, con lo que afectó la dignidad de una víctima de violación sexual. De este modo, también se configuró la causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial como causal de casación ordinaria.

Decimoquinto. Así pues, resulta evidente que el Colegiado Superior analizó de forma subjetiva pruebas que no fueron cuestionadas con otras nuevas en la instancia de apelación para sobreponer sus paradigmas de valoración de forma incoherente y contradiciendo el contenido de las propias pruebas valoradas, así como para apartarse de los criterios de la doctrina jurisdiccional vinculante; igualmente, obvió valorar todo el acervo probatorio incorporado en autos sobre la afectación psicológica de la agraviada.

De todo ello se desprende que se incurrió en una motivación ilógica y aparente, así como en el apartamiento de la doctrina jurisdiccional vinculante (Acuerdos Plenarios signados con los números 02-2005 y 01-2011). De esa manera, se afectaron los derechos y garantías del debido proceso y la motivación de las resoluciones, con lo cual se subsumió dentro de las causales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADA** la casación interpuesta por la **Fiscalía Superior de Junín** y, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del trece de marzo de dos mil diecinueve, que revocó la de primera instancia del seis de septiembre de dos mil dieciocho, que condenó a **Ferrando Huamaní Huallpa** como autor del delito

de violación sexual, en perjuicio de la menor agraviada identificada con las iniciales G. V. C., a doce años de pena privativa de libertad y fijó el pago de S/ 15 000 (quince mil soles) por concepto de reparación civil; y, reformándola, lo absolvió de la acusación fiscal.

- II. **CON REENVÍO, ORDENARON** que se lleve a cabo un nuevo juicio de apelación por otro Colegiado Superior, tras el cual se emitirá la sentencia de vista correspondiente, teniendo en cuenta los alcances precisados en la presente ejecutoria suprema.
- III. **DISPUSIERON** que se archive el cuaderno de casación, con transcripción de esta ejecutoria al Tribunal Superior.
- IV. **MANDARON** que se publique esta sentencia en la página web del Poder Judicial y sea leída en audiencia pública; registrándose.
- V. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta Sede Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CE/ran

J



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1113-2018
CUSCO

Precisión sobre la evaluación de las garantías de certeza en la declaración de la agraviada

La contradicción sobre la verosimilitud e evidencia falta de coherencia interna en la decisión. Al mismo tiempo no se puede afirmar que concurre y no concurre, dado que ello vulneraría el principio lógico de no contradicción.

Las conclusiones sobre la ausencia de credibilidad subjetiva exigen al juez efectuar un juicio crítico de las razones que las partes exponen durante el debate sobre el posible odio o rencor que entre ellas pudiera existir, y sobre esa base emitir su pronunciamiento, en las que se conceda crédito o se relegue una declaración. No basta remitirse a una expresión de la agraviada para desestimarla, ni alegar cierta rencilla entre las partes para que, *ipso facto*, se desestime el principal medio de prueba.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia privada, el recurso de casación, por falta de motivación, interpuesto por **Lourdes Mozo Sinchiroca** contra la sentencia de vista, expedida el veintinueve de mayo de dos mil dieciocho por los señores jueces que integraron la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que declarando fundado en parte el recurso de apelación que interpuso el sentenciado revocó la sentencia de primera instancia, que condenó a **César Blanco Núñez** como autor del delito contra la indemnidad sexual, en perjuicio de la menor de iniciales C. G. B. M.; y, reformándola, lo absolvió de la citada imputación y ordenó el archivo definitivo de la causa.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

El auto de calificación emitido el once de diciembre de dos mil dieciocho¹ dio cuenta de que el recurso fue concedido por advertir un defecto en la motivación, toda vez que la Sala Superior no habría emitido un pronunciamiento íntegro que considerase los términos de la declaración de la menor agraviada respecto a la prenda y el absorbente de sangre que aquella portaba al tiempo en el que refirió haber sido sometida sexualmente.

¹ Obrante en los folios 30 a 34.

La casacionista –madre de la menor agraviada–, pide que se sancione la sentencia de vista porque no evaluó en sus propios términos la versión de su hija y emitió juicios de valor sin las respectivas premisas. Asimismo, indica que la versión inculpativa se halla corroborada con los medios de prueba documentales y posee entidad para ser considerada un medio idóneo para confirmar la condena. La declaración de la agraviada no puede ser relevada por conclusiones sin fundamento y, con ello, alegar que en el presente caso habría insuficiencia probatoria.

Segundo. Imputación fáctica y origen de responsabilidad

El treinta de octubre de dos mil dieciséis, al promediar las 14:30 horas, en circunstancias en que la menor de iniciales C. G. B. M. se hallaba en la habitación de su padre, este ingresó y se echó en la cama. Luego de varias insinuaciones rechazadas por la menor, se produjo el enojo de su progenitor, y por miedo a ello la menor accedió a besarlo y abrazarlo. El agresor, posteriormente, le pidió que se quitara el pantalón, y luego de ello la menor gritó al sentir la penetración del imputado, quien le pedía que se calmara.

Tercero. Itinerario del proceso

3.1. El nueve de junio de dos mil diecisiete el señor fiscal representante del Tercer Despacho de Investigación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco formuló requerimiento de acusación contra César Blanco Núñez, a quien le imputó la presunta comisión del delito de violación sexual agravada, en perjuicio de la menor de iniciales C. G. B. M., y en consecuencia requirió que se le imponga la pena de trece años de privación de libertad e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

3.2. Superada la etapa intermedia, en la que se evaluó la excepción de improcedencia de acción y demás actos propios de la defensa, se inició el juicio oral a cargo de los jueces que integraron el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial del Cusco, quienes el veinticuatro de enero de dos mil dieciocho emitieron la sentencia en la que condenaron a César Blanco Núñez como autor del delito materia de acusación, e impusieron la pena prevista en el citado requerimiento, lo inhabilitaron por el periodo de diez años y fijaron en S/ 20 000 (veinte mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil.

3.3. Esta decisión fue apelada por el entonces sentenciado mediante un escrito que fue redactado a mano, en el que pretendía alternativamente que se le absolviera o que se declarase la nulidad del juicio de primera instancia –escrito de los folios 167 a 192–. Como consecuencia de ello, los jueces de la Sala Superior –Farfán Quispe como ponente e integrado por los jueces Andrade Gallegos y Cáceres Cáceres– emitieron la sentencia de vista el veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, en que revocaron la sentencia de primera instancia, la reformaron y absolvieron a Blanco Núñez.

3.4. Inconforme con la determinación de segunda instancia, únicamente la madre de la menor agraviada interpuso recurso de casación, que fue declarado admisible a nivel superior –Resolución número 25, del dos de julio de dos mil dieciocho–.

? En detalle, los términos de la acusación obrante en los folios 2 a 11 del cuaderno 52.

Mientras que en la Corte Suprema la admisión fue declarada bien concedida mediante el auto de calificación del once de diciembre de dos mil dieciocho. Luego se concedió a las partes la oportunidad para presentar alegatos ampliatorios, sin que ninguna lo hiciera. En cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 431 del Código Procesal Penal, se señaló como fecha para la audiencia de casación el trece de noviembre pasado, y en ella intervino el defensor público Percy Ampuero Linares, quien oralizó su pretensión casatoria. Culminada esta, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en la que fue debatida. Tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, este Colegiado Supremo acordó pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Motivo casacional y objeto de pronunciamiento

- 1.1. El inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal prevé el siguiente motivo casacional: "Si la sentencia o auto ha expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor". La estructura del mencionado precepto contiene doce supuestos, que han sido estipulados en la Sentencia de Casación número 1074-2018/Puno.
- 1.2. Constituirá objeto de pronunciamiento en Sede Suprema determinar si la decisión de la Sala Superior –que revoca la condena de primera instancia y dicta la absolución del procesado– ha sido debidamente motivada o incurre en alguno de los supuestos que el motivo casacional descrito sanciona, sea por ilogicidad o falta de motivación, bajo los alcances que la Corte Suprema estableció sobre cada una de ellas.

Segundo. Análisis jurisdiccional

- 2.1. La decisión de la Sala Superior se basa en la inconcurrencia de dos garantías de certeza en la declaración de la agraviada. Así, indicaron que:
- No concurre la ausencia de credibilidad subjetiva, pues la menor sostuvo que su papá –el imputado– golpeaba a su mamá al punto de que casi la mató, y ello originó la separación de sus padres; asimismo, llegó a precisar lo siguiente: "Siempre sentía rabia por todo lo que hizo a mi mamá". A partir de ello, se concluye que es evidente la existencia de factores que influyen en la credibilidad de su versión, como el odio y el resentimiento hacia su progenitor.
 - En cuanto a la verosimilitud, se concluye que la desfloración no se condeciría con la conducta que habría perpetrado el imputado, toda vez que es poco probable que este haya introducido su pene a través de la ropa interior y la toalla

higiénica de la agraviada, y que luego de someterla sexualmente las hubiera mantenido.

Asimismo, en esta garantía se sostiene que:

Si el imputado ya había intentado agredirla sexualmente a la menor agraviada cuanto tenía sólo nueve o diez años de edad besándola en la boca, no resulta creíble que a pesar de esa experiencia negativa de manera voluntaria, haya seguido concurriendo al domicilio del imputado donde se habría producido la primera agresión sexual, tanto más si ha presenciado que el imputado trató de ahorcar a su mamá.

En cuanto a la inidoneidad de la amenaza, se sostiene que esta no sería útil porque "la violó sexualmente bajo la amenaza de la misma violación, advirtiendo como incoherente".

Sin embargo, en líneas posteriores, específicamente en el apartado ii.5. se refiere que:

En tal sentido, este tribunal considera que la narración es incoherente, a pesar de que existan medios periféricos que corroborarían la agresión sexual, contra la agraviada, puesto que las pericias psicológicas de la agraviada e imputado son acordes a persona víctima de agresión sexual y agresor sexual, debido a que la agraviada evidencia miedo, sometimiento e imposibilidad de oponerse a su padre [...].

Empero, en el apartado ii) se indica que no existe verosimilitud en el relato de la agraviada, puesto que a la edad de quince años y al tiempo en que pudo declarar en la cámara Gesell tenía la capacidad de explicar debidamente el acceso sexual en su agravio.

De otro lado, se declara la concurrencia de la persistencia en la incriminación.

2.2. La contradicción sobre la verosimilitud evidencia falta de coherencia interna en la decisión. Al mismo tiempo no se puede afirmar que concurre y no concurre, por cuanto ello vulneraría el principio lógico de no contradicción.

2.3. Asimismo, el contenido antes descrito configura un vicio de motivación incompleta, debido a la falta de examen sobre las pruebas esenciales en el presente proceso, por las siguientes razones:

a. Obra en el expediente la declaración de la menor, quien indicó que al tiempo de haber padecido la agresión se encontraba con su prenda íntima, así como con su toalla higiénica. Y es en este marco que se debe evaluar la imputación. La menor no indicó que el presunto agresor le

hubiese quitado tales medios para someterla sexualmente, sino que el acometimiento se produjo con ellos puestos.

- b. Sobre la base de lo mencionado, debe evaluarse la prueba sobreviniente, y con ello se tiene el certificado médico legal realizado el treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, en el cual se concluye que luego, del examen de integridad sexual, la menor tenía signos de desfloración reciente con desgarramiento incompleto reciente a horas V.
- c. Estas conclusiones, en un Tribunal de Mérito, deberán ser analizadas junto con los efectos psicológicos que una presunta agresión sexual genera en quien la padeció, y en el presente caso serían las previstas en el Dictamen Pericial Psicológico número 021927-2016-PS-CLS, elaborado por Betsabé Manchego Llerena –quien fue ofrecida como perito en el requerimiento de acusación–, cuyas términos dan cuenta de que al momento de la evaluación la menor presentó indicadores de abuso sexual.

2.4. La ausencia de credibilidad subjetiva exigen al juez efectuar un juicio crítico de las razones que las partes exponen durante el debate sobre el posible odio o rencor que entre ellas pudiera existir, y sobre esa base emitir su pronunciamiento, en las que se conceda crédito o se relegue una declaración. No basta remitirse a una expresión de la agraviada para desestimarla, ni alegar cierta rencilla entre las partes para que, *ipso facto*, se desestime una versión.

2.5. En el caso juzgado, si bien la menor indicó que tenía cierta animadversión contra su progenitor, también se debe considerar que ella indicó que trabajó con aquel como repartidora de volantes –folio 58 vuelta–, y que lo visitaba precisamente por el vínculo paternal.

2.6. Este Colegiado Supremo no comparte la razón brindada por la Sala Superior para restar credibilidad a la menor agraviada por la cercanía con su progenitor luego de un primer intento de violación, puesto que de por medio obra un vínculo sanguíneo que hace necesario su encuentro, tanto más si es al padre a quien deben requerir asistencia para subsistir. Esta no es una razón válida, puesto que de ampararla implicaría aseverar que en todos aquellos casos en los que los menores habrían padecido un intento de violación de sus padres estos tendrían que alejarse o no contactarse con ellos, obviando su familiaridad. Por tanto, esta aseveración debe

ser revocada por carecer de un análisis contextual, quebrar la lógica de cercanía entre padres e hijos, y tender a la revictimización.

2.7. Ahora, la Sala Superior concluye que no habría existido una penetración íntegra porque la desfloración no se condeciría con la conducta realizada por el imputado. Sin embargo, dicha conclusión no considera el resultado del examen médico, que da cuenta de que, en efecto, la menor tenía signos de desfloración reciente con desgarramiento incompleto reciente a horas V, que podría ser compatible con la versión que aquella indica. Por ende, es importante que en un nuevo juicio de apelación se evalúe esta conclusión, correlacionándola con la versión de la menor, ya que no se requiere la penetración íntegra para la configuración del tipo penal de violación sexual.

2.8. La sentencia de vista indica que no es idónea la amenaza, puesto que el imputado habría amenazado a la víctima con violarla si no se dejaba violar. Sin embargo, esta conclusión obedece a la falta de revisión de los hechos imputados en la acusación fiscal. Es importante y necesario que los jueces de la Sala Penal Superior o Sala de Apelaciones revisen el contenido del escrito de acusación.

2.9. La observación anotada se produce porque, efectuada la revisión de los hechos descritos en la sentencia de vista, estos difieren sustancialmente de la acusación. La lectura de esta última permitirá evidenciar que la imputación se estructuró sobre la base de una persuasión previa a la menor. Se indica lo siguiente:

El imputado se echó en la cama y le pidió a la menor que le sacara las canas para lo cual le pidió que se sentara en la cama, a lo que la menor se preocupó y negó, mientras el acusado insistía hasta que exclamó. ¿Acaso no confías en mí? Y por ello la menor empezó a llorar y en tales circunstancias el acusado la jaló de la cintura y preguntó ¿Por qué lloras, yo no te voy a hacer nada?, y le pidió que se eche en la cama a su costado, y la menor sintió que su padre se habría enfadado y por ello decidió hacerle caso por miedo a que reaccione mal, procediendo a echarse a lado de su padre y este se subió sobre la menor y le dijo que lo abrace, accediendo ella por temor.

Luego el acusado le dijo a la menor, te voy a besar en la mejilla, quien procedió a besarla también en la boca, y la menor presa de miedo le preguntó si sólo serían besos y abrazos.

Posteriormente el acusado le pidió que abriera las piernas mientras le seguía besando y abrazando y en ese momento, le pidió que se quite el pantalón porque le incomodaba el cierre. La agraviada se asustó más y nuevamente lloró, y es donde el acusado le indicó que si no se calmaba la iba a violar de

verdad; y es ahí donde le pidió que se quite el pantalón, accediendo la menor por miedo, luego de ello el acusado le dijo "estoy erecto, si sigues llorando te voy a violar".

En seguida el acusado se le acercó tanto a su vagina que le empezó a doler y ella le dijo "Papá me duele" y él respondió "lo estoy haciendo con la puntita, cálmate, cálmate o te voy a penetrar", hasta que la penetró haciéndole doler, y por ello la menor gritó y el acusado le pedía que se calme mientras la apretaba demasiado y cada vez más seguido y la menor le preguntó si estaba seguro de lo que estaba haciendo, respondiéndole el acusado, que no lo atormente [sic].

- 2.10. Entonces, no cabe certeza para descartar que la amenaza de violación hubiera consistido en un medio para doblegar la voluntad de la agraviada y prepararla para someterla sexualmente. En todo caso, se exige fundamentación y juicio crítico razonado, lo cual no está presente en la sentencia casada.
- 2.11. Finalmente, la Sala Superior calificó la declaración de la agraviada como incoherente; sin embargo, este calificativo exige que aquella no posea sentido común o lógica en su versión fáctica o tenga defectos que no concurren en el presente caso, puesto que la versión de la menor poseería esta calidad porque expresa en detalle las circunstancias precedentes en los que no se produjo una introducción completa del miembro viril de su agresor, y ello se condeciría con las circunstancias que narró y los medios probatorios objetivos que el fiscal propuso en su acusación.
- 2.12. En ese sentido, la sentencia adolece de doble vicio, esto es, de falta de motivación e ilogicidad en el contenido, y así se declara. En consecuencia, se debe ordenar la realización de un nuevo juicio de apelación a cargo de distintos jueces superiores, que habrán de considerar lo expuesto en la presente sentencia.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación, por defecto de motivación, interpuesto por **Lourdes Mozo Sinchiroca** contra la sentencia de vista, expedida el veintinueve de mayo de dos mil dieciocho por los señores jueces que integraron la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que declarando fundado en parte el recurso de apelación que interpuso el sentenciado revocó la sentencia de primera instancia,

que condenó a **César Blanco Núñez** como autor del delito contra la indemnidad sexual, en perjuicio de la menor de iniciales C. G. B. M.; y, reformándola, lo absolvió de la citada imputación y ordenó el archivo definitivo de la causa. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en todos sus extremos y, **CON REENVÍO**, ordenaron la realización de un nuevo juicio de apelación, en el que se deberá emitir una sentencia de segunda instancia, a cargo de un Tribunal integrado por magistrados distintos a los que expidieron la sentencia casada.

- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- III. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en la Corte Suprema.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por periodo vacacional de la señora jueza supremo Chávez Mella.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

IASV/WHCh

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Entrevista en cámara Gesell y diligencia preliminar

a. La entrevista en cámara Gesell es una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización. Mediante esta prueba preconstituida, la víctima relatará los hechos que son materia de imputación; en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo –bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas–, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima.

b. La exigencia de la realización de actos urgentes en el ámbito de las diligencias preliminares no se refiere a tiempos o plazos preclusorios que, de no observarse estrictamente, quiten validez probatoria al acto. Lo urgente alude a la necesidad de que el acto procesal –como el levantamiento de un acta de ubicación un inmueble o el acta de intervención, entre otros– se realice en el más breve plazo, antes del acto de juzgamiento, claro está, a efectos de que la información recabada de su actuación no desaparezca, se tergiverse o debilite. La información obtenida en una diligencia preliminar mantiene su fiabilidad si, contrastada con otros actos de investigación o prueba, se corrobora o coincide en lo esencial.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia, los recursos de casación interpuestos por el **actor civil** y el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del seis de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1138), emitida por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirmó la sentencia de primera

instancia del catorce de febrero de dos mil dieciocho (foja 1069), que absolvió al encausado **Luis Orlando Cajan Gil** de la acusación fiscal como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor, en agravio del menor identificado con las iniciales C. S. S. L.; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo Figueroa Navarro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Antecedente del Itinerario del proceso

- 1.1.** La Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de Alto de la Alianza formuló acusación fiscal (foja 3 del cuaderno de debate) en contra de Luis Orlando Cajan Gil, como autor del delito contra la libertad sexual en menor de edad (artículo 173, numeral 1, del Código Penal); solicitó la pena de cadena perpetua, así como S/ 10 000 (diez mil soles) de reparación civil, que el encausado deberá pagar a favor del agraviado. Realizada la audiencia de control de requerimiento de acusación, conforme al acta (foja 15), se emitió el auto de enjuiciamiento (Resolución número 9) del dieciocho de marzo de dos mil once (foja 30).
- 1.2.** Mediante la sentencia de primera instancia (Resolución número 5) del ocho de julio de dos mil once (foja 213), el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tacna absolvió a Luis Orlando Cajan Gil como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales S. L. C. S. El representante del Ministerio Público y el actor civil interpusieron recurso de apelación contra esa sentencia.
- 1.3.** Mediante sentencia de vista (Resolución 19) del veintisiete de diciembre de dos mil once (foja 644), la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna declaró nula la sentencia de

primera instancia que absolvió a Luis Orlando Cajan Gil como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales S. L. C. S., y se dispuso que se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado. El encausado Luis Orlando Cajan Gil interpuso recurso de casación, el cual fue declarado inadmisibles (foja 671). Ante dicha denegatoria, el encausado Cajan Gil interpuso recurso de queja de derecho, el cual fue resuelto mediante decisión de la Sala Penal Permanente del veintitrés de julio de dos mil doce (foja 773), que declaró fundado el recurso de queja. Finalmente, mediante el auto de calificación del quince de noviembre de dos mil trece (foja 784), la Sala Penal Permanente declaró inadmisibles el recurso de casación.

Segundo. Itinerario en primera instancia

Mediante sentencia de primera instancia (Resolución número 51) del catorce de febrero de dos mil dieciocho (foja 1069), el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tacna absolvió a Luis Orlando Cajan Gil de la acusación fiscal por delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales C. S. S. L. Contra dicha sentencia, el representante del Ministerio Público y el actor civil interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido mediante Resolución 52, del catorce de marzo de dos mil dieciocho (foja 1113).

Tercero. Itinerario en segunda instancia

3.1. La Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna emitió sentencia de vista (Resolución número 57), que confirmó la sentencia del catorce de febrero de dos mil dieciocho (foja 1069), que absolvió al encausado Luis Orlando Cajan Gil de los cargos formulados en su contra como autor del delito contra la libertad

sexual-violación sexual de menor, en agravio del menor identificado con las iniciales C. S. S. L.

- 3.2.** Notificada la resolución emitida por la Sala Superior, el actor civil planteó casación (foja 1151), la cual fue concedida mediante Resolución número 58, del diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1154). Por su parte, el representante del Ministerio Público formuló casación (foja 1158) contra la sentencia de vista, la cual fue concedida mediante Resolución número 59, del veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1175).

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del quince de marzo de dos mil diecinueve (foja 39 del cuaderno de casación).
- 4.2.** Así, mediante auto de calificación del veintinueve de marzo de dos mil dieciocho (foja 49 del cuaderno de casación), se declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el actor civil y el representante del Ministerio Público.
- 4.3.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, mediante decreto del veinte de septiembre de dos mil diecinueve, se señaló el seis de noviembre de dos mil diecinueve como fecha para la audiencia de casación, la cual se instaló con el representante del Ministerio Público (recurrente) y la defensa técnica del encausado Luis Orlando Cajan Gil. Se informó la incomparecencia del actor civil (recurrente). Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública se fijó en el

día de la fecha, con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el veinte de noviembre de dos mil diecinueve.

Quinto. Motivo casacional

Como se establece en el fundamento jurídico decimoprimer del auto de calificación del recurso de casación y de acuerdo con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación por la causal prevista en el numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, esto es: "si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor". Específicamente, porque no se habría considerado el acta de ubicación, reconocimiento del inmueble y verificación de personas, tomas fotográficas y croquis de ubicación, el acta de ubicación y reconocimiento del lugar de los hechos, así como el reconocimiento fotográfico del imputado.

Sexto. Inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por el actor civil

Como se señaló precedentemente, llegado el día de la audiencia (seis de noviembre de dos mil diecinueve), se dio cuenta de la incomparecencia injustificada del actor civil (recurrente). Por tanto, resulta de aplicación lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 431 del Código Procesal Penal, el cual señala: "La inasistencia injustificada del abogado de la parte recurrente a la audiencia de casación, determinará la declaración de inadmisibilidad del recurso"; decisión que, en el caso concreto, será adoptada por este Supremo Tribunal.

Finalmente, si bien la parte vencida debe soportar el pago de las costas, en el presente caso, se advierte que el actor civil actúa en representación del menor agraviado de iniciales C. S. S. L. y, dado que su intervención se orienta al ejercicio que está vinculado a la defensa de los intereses del menor, corresponde eximirlo del pago de las costas,

de conformidad con el artículo 497, numeral 3, del Código Procesal Penal.

Séptimo. Agravios expresados por el representante del Ministerio Público

Los fundamentos planteados por el representante del Ministerio Público en el recurso de casación (foja 1158), vinculados a la causal por la que fue declarado bien concedido su recurso (numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal), son los siguientes:

- 7.1.** Se inobservaron las garantías constitucionales de carácter procesal, como la debida motivación de resoluciones jurisdiccionales (por deficiencias en la motivación externa-justificación de premisas al absolver al encausado), que se vincula con la falta de valoración del acta de ubicación, reconocimiento del inmueble y verificación de personas, tomas fotográficas y croquis de ubicación, por el hecho de haberse realizado la diligencia luego de un mes de iniciada la investigación preliminar; lo que no encuentra asidero normativo, por cuanto la norma procesal sí permite que se lleven a cabo diligencias, después de un mes o más de iniciadas las diligencias preliminares e, igualmente, ser catalogadas como urgentes.
- 7.2.** No se valoró el acta de ubicación y reconocimiento del lugar de los hechos, porque no se efectuó una descripción previa. Sin embargo, dicha descripción sí la realizó el menor agraviado en cámara Gesell. Sobre el lugar de los hechos indicó: casa grande, blanca, que tenía tres puertas, dos pequeñas de color café y una grande de color plomo.
- 7.3.** No se consideró el reconocimiento fotográfico del imputado, porque no existe una descripción previa y no participó su defensa técnica. Empero, en cámara Gesell, el menor agraviado describió

las rasgos del agresor y señaló que es de piel oscura y clara, un poco canoso, con pelo corto, de talla normal y que no le vio ningún tatuaje en el cuerpo, es normal. Señala que la no presencia de la defensa está condicionada por la circunstancia de que recién en este acto procesal se identificó al imputado.

- 7.4.** Se inobservaron normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad, pues no se cumplió con las exigencias previstas en el numeral 2 del artículo 393 del Código Procesal Penal, sobre el análisis individual y conjunto de las pruebas .
- 7.5.** Se efectuó una errónea e indebida aplicación de los artículos 330 (inciso 2), 189 (inciso 1) y 191 (inciso 2) del Código Procesal Penal.

Octavo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con la acusación fiscal (foja 3), se señala lo siguiente:

Se atribuye a Luis Orlando Caján Gil haber abusado sexualmente –vía anal–, del menor de iniciales S. L. C. S., de ocho años de edad, hecho ocurrido en fecha no precisada del año dos mil nueve, en los servicios higiénicos del primer nivel de la Institución Educativa Particular El faro, ubicada en la avenida Tarata número 1454, distrito de Alto de la Alianza. Para realizar dicho acto, el acusado amenazaba al menor mostrándole un arma de fuego que portaba a la altura de la cintura y le decía que los mataría a él y a su mamá si contaba algo. El mismo año ocurrieron otros ultrajes, en el inmueble ubicado en la asociación de vivienda San Juan de Dios, manzana A, lote 35, distrito de Alto de la Alianza, a unos metros de la institución educativa referida. El acusado, aprovechando que el menor salía de su centro de estudios y caminaba solo con dirección a su domicilio –ubicado en la asociación de vivienda Villa Cerro Colorado, manzana 112, lote 5, distrito de Alto de la Alianza–, lo llamaba con insistencia, lo metía a la fuerza y con engaños, ya que le ofrecía revistas

para colorear y le decía que tenía algo para mostrarle; luego le enseñaba vídeos pornográficos y procedía a taparle la boca y a atemorizarlo (en algunas ocasiones, incluso, llegó a pegarle), para después abusar sexualmente del menor; finalmente, lo amenazaba para que no le contara nada a su mamá y luego lo botaba del inmueble.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno. Motivación de resoluciones judiciales

La motivación de las resoluciones judiciales exige al juez fundamentar debidamente una determinada decisión, especificando las normas o principios en que la sustenta, así como justificar la pertinencia de su aplicación a un caso concreto; es un elemento indispensable del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que supone una decisión fundada en derecho. Se encuentra regulada expresamente en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que como principio de la función jurisdiccional, señala: “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”. Queda claro que la motivación de las resoluciones judiciales **a)** se aplica a todos los casos en que se decide cuestiones de fondo, **b)** es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, **c)** implica la obligatoriedad de fundamentar la decisión, tanto jurídica (fundamentos de derecho) como fácticamente (fundamentos de hecho) y **d)** debe hacerse por escrito.

Décimo. Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación

Dentro de las causales para interponer el recurso de casación, en el numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal se establece lo siguiente: “Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad

de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor”. Al respecto, la ilogicidad es lo contrario a la lógica. A su vez, la lógica es el razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o se desarrollan de forma coherente sin que haya contradicciones entre sí. Por tanto, en el ámbito de la garantía de la motivación de las resoluciones, la ilogicidad podría ser definida como la motivación que es contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones. En sentido opuesto, una motivación lógica es la que evidencia un razonamiento debidamente estructurado entre sus premisas y la conclusión. Adicionalmente, se debe considerar que la ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser manifiesto; esto es, un vicio patente, claro, grosero, evidente. En este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado señalando que el examen de esta causal consiste en verificar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica¹. En el ámbito probatorio, la razonabilidad del juicio del juez, a efectos de un control casacional, descansa ya no en la valoración de los medios de prueba o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión probatoria - que es el dato precisado de acreditar-, debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos².

¹ Casación número 60-2010-La Libertad, del diecinueve de abril de dos mil once, fundamento jurídico tercero, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

² Casación número 482-2016-Cusco, del veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, fundamento jurídico sexto, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Decimoprimer. Por otro lado, en cuanto a la falta de motivación, se encuentra relacionada con la ausencia absoluta del sustento racional que conduce al juzgador a tomar una decisión. En otras palabras, cuando no exista argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juez en la resolución de un caso sometido a su competencia, como cuando se enumeren los medios de prueba en la sentencia sin llegar a analizarlos. La mera enunciación, en rigor, no conduce a establecer una afirmación. Es el proceso intelectual de valoración que viabiliza la acreditación de un suceso fáctico. Cabe precisar que también existirá falta de motivación cuando esta sea incompleta; esto es, cuando se eluda el examen de un aspecto central o trascendente –el objeto del debate–, el cual puede comprender la omisión de evaluación a una prueba esencial que acredite el injusto típico. En conclusión, en este supuesto, a diferencia de la exigencia cualificada para el caso de la ilogicidad en la motivación, el legislador abarca como motivo casacional tanto la total falta de motivación como su insuficiencia.

Decimosegundo. Este supuesto guarda relación con lo que el Tribunal Constitucional ha llamado “inexistencia de motivación o motivación aparente”; esto es, cuando en la resolución no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o no se responde a las alegaciones de las partes del proceso, o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. Este Tribunal Supremo en el Recurso de Casación número 1313-2017-Arequipa (fundamento jurídico 5.2), del veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, precisó que la motivación es aparente cuando la resolución incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto de no explicar la causal de su

convicción. Así, cuando del propio tenor de la resolución se advierta falta de motivación, el recurso de casación ha de ser amparado.

Decimotercero. Finalmente, en ambos supuestos, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución; esto es, del propio contenido de lo expuesto por el juzgador en la resolución al momento de resolver un caso. La determinación de la falta de motivación o su manifiesta ilogicidad debe evidenciarse con la sola lectura de la decisión cuestionada y no ser producto de una interpretación o del examen de los acompañados o recaudos. La identificación del vicio debe sujetarse a la literalidad del texto.

Decimocuarto. La entrevista única en cámara Gesell

La cámara Gesell es un ambiente acondicionado que permite la realización de la entrevista única a niñas, niños o adolescentes víctimas y/o testigos, posibilita el registro y la preservación de la declaración o testimonio³. La entrevista única es una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización⁴. Esta declaración tiene calidad de prueba preconstituida⁵. En ese sentido, el agraviado, durante su realización, relatará los hechos que son materia de imputación, de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural; en lo posible, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones de realización y la inmediatez con

³ Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en cámara Gesell. R.A. 277-2019-CE-PJ, del tres de julio de dos mil diecinueve, capítulo II, párrafo 2.1.2. Cámara Gesell.

⁴ Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en cámara Gesell. R.A. 277-2019-CE-PJ, del tres de julio de dos mil diecinueve, capítulo II, párrafo 2.1.4. Entrevista única.

⁵ Artículo 19 de la Ley número 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, del seis de noviembre de dos mil quince.

que se lleva a cabo –bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencia ni la presencia visible de otras personas–, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima⁶. Por tanto es legítimo incorporar a juicio oral la declaración del menor agraviado en cámara Gesell, en concordancia con los principios de contradicción e inmediatez.

Decimoquinto. La urgencia en las diligencias preliminares

El numeral 2 del artículo 330 del Código Procesal Penal señala: “Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente”. El *Diccionario de la Lengua Española* define término urgencia como: “Inmediata obligación de cumplir una ley o un precepto”⁷. En el ámbito de las diligencias preliminares, la exigencia de la realización de actos urgentes no se refiere a tiempos o plazos preclusorios que les quiten validez, si no se observan estrictamente. Lo urgente alude a la necesidad de que el acto procesal –el levantamiento de un acta de ubicación un inmueble o el acta de intervención, entre otros–, se realice en el más breve plazo, antes del acto de juzgamiento, claro está, a efectos de que la información recabada de su actuación no desaparezca, se tergiverse o debilite. La información obtenida en una diligencia preliminar mantiene su fiabilidad si, contrastada con otros actos de investigación o prueba, se corrobora o coincide en lo esencial.

⁶ Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once.

⁷ <https://dle.rae.es/?w=urgencia&m=form>

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimosexto. La casación interpuesta por el representante del Ministerio Público fue bien concedida, por vulneración al inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal (Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor). Al respecto, corresponde evaluar si la sentencia de vista del seis de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1138), recurrida en casación, vulnera el precepto legal acotado. Para ello, es necesario sujetarse a los agravios expuestos por la parte impugnante, en lo referido a lo que es objeto de casación.

Decimoséptimo. Así, el Tribunal Superior (considerando 6.8.), respecto al documento denominado acta de ubicación, reconocimiento del inmueble y verificación de personas, toma fotográfica y croquis de ubicación, del dieciséis de julio de dos mil diez (foja 30 del cuaderno sumilla expediente judicial, con presencia del fiscal), señaló lo siguiente:

Estando a la denuncia de fecha veintiséis de mayo de dos mil diez [...], mediante disposición número uno de fecha veintiséis de mayo de dos mil diez el representante del Ministerio Público, dispone la investigación preliminar en consecuencia las diligencias debieron proceder conforme lo establece el artículo 330 del Código Procesal Penal [...] inciso 2 [...]. La descripción efectuada por el menor agraviado en la entrevista única de cámara Gesell de fecha veintisiete de mayo del dos mil diez, debió ser corroborada mediante diligencia de carácter urgente, no en un plazo mayor a un mes, tiempo en el cual la escena del delito pudo [...] ser modificada o no haber existido [...].

Este razonamiento es errado en cuanto señala el tiempo transcurrido (mayor a un mes) entre la declaración de entrevista única en cámara Gesell del menor agraviado (veintisiete de mayo del dos mil diez) y la fecha de la diligencia del acta de ubicación, reconocimiento del

inmueble y verificación de personas, toma fotográfica y croquis de ubicación (dieciséis de julio de dos mil diez), pues como ya se señaló en considerandos precedentes, con el término “urgente”, no se alude a una condición preclusoria, sino a la necesidad de que se realice a la brevedad posible, independientemente de la fecha en que – como en el presente caso– la víctima fue dando información sobre las circunstancias del hecho, incluido el lugar en que se produjo.

Decimoctavo. En relación al documento acta de ubicación y reconocimiento del lugar de los hechos, del doce de noviembre de dos mil diez (foja 250 del cuaderno sumilla expediente judicial, con presencia del fiscal), la Sala Penal Superior señaló que se vulneró el artículo 191, numeral 2, del Código Procesal Penal⁸, por lo siguiente:

Es imposible que sea subsanado tal vicio procesal en el transcurso del proceso penal, ya sea por la inacción de las partes procesales, o porque actos posteriores la convaliden, consecuentemente, esta prueba ilícitamente obtenida debe ser excluida definitivamente del proceso penal [...] la prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona [...] carece de efecto legal, por lo que no pueden ser valoradas. (Considerandos 6.9. y 6.10. de la sentencia de vista).

Se debe señalar que del acta de entrevista única y CD en cámara Gesell del menor agraviado de iniciales C. S. S. L. (foja 11 del cuaderno expediente judicial y CD, foja 15 del mismo cuaderno), quien tenía ocho años de edad al momento de los hechos, se tiene una descripción de la casa donde ocurrieron los hechos materia de imputación. En efecto, el menor agraviado describe lo siguiente:

⁸ Artículo 191. Reconocimiento de cosas. [...] 2. Antes de su reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, regirán análogamente las reglas previstas en el artículo 189.

¿Está cerca a tu colegio? Acasito cerca mi colegio El Faro, doblas para la esquina (el menor hace señas con la mano mientras describe), yo vivo para arriba de frente, en Villa Cerro Colorado [...]. ¿Y cómo era por fuera, ese cuarto, esa casa? Era blanca, tenía dos puertas, la primera era dos puertas delgadas y una puerta grande ploma (menor hace señas con su mano). ¿La puerta grande era ploma? La puerta delgadita por ahí había entrado. ¿O sea tenía tres puertas esa casa? Sí. ¿Dos puertas pequeñas y una puerta grande? Sí. ¿De qué color están pintadas esas puertas? Una ploma, las dos delgadas cafés y toda su casita blanca. ¿Dos puertas pequeñas eran cafés? Sí. ¿La puerta más pequeña es por donde él te hizo entrar? Si, la primera. ¿Cuando entraste qué había, había un cuarto, un patio? Entré había un cuarto, más allá había más o menos muebles, no me había fijado bien si había una puerta porque estaba tapado con una cortina. ¿Lo que tú me vas a contar lo que ha pasado, porque eso pasó en el primer cuarto de donde entraste como dices, qué cosas había en ese cuarto donde te hizo eso ese señor? No recuerdo muy bien, pero sí me recuerdo donde vive, pero más o menos había muebles para poner un florero, fotos también en el cuarto. ¿Había algún artefacto electrodoméstico, de repente había una plancha, una licuadora, un televisor, un DVD, un VHS? Sí, había una tele y un DVD. ¿La tele era grande o pequeña? Como una tele normal, un DVD normal. ¿Y cuando entraste la tele estaba prendida o estaba apagada? Apagada. [...] ¿Entonces tú estabas pasando por la dirección, entonces qué te dijo, te ofreció algo? Me dijo ven, ven niño, mira hay algo aquí me dice, yo le dije no, me voy a mi casa, me dice, ven, digo ya un ratito voy a ir a ver, voy me metió a la fuerza a su cuarto, nadie había. Había una tienda de la casa al frente, estaba cerrada. [...] ¿Y había un colchón en el suelo, una cama o no había nada de eso? No.

Como se puede apreciar del acta de entrevista única y CD en cámara Gesell, el menor agraviado describe la casa (color, puertas, estructura del inmueble) donde ocurrieron los hechos. En ese sentido, al momento de valorar el documento acta de ubicación, reconocimiento del lugar de los hechos, la Sala Superior no tomó en cuenta la descripción previa realizada por el menor agraviado en la declaración única.

Decimonoveno. Finalmente, en relación al documento denominado acta de reconocimiento fotográfico mediante ficha de Reniec, del dieciséis de julio de dos mil diez, (foja 38 del cuaderno sumilla expediente judicial, con presencia del fiscal), la Sala Superior señaló lo siguiente:

Se aprecia que en tal diligencia no estuvo presente la defensa técnica del imputado, asimismo en el acta de entrevista única de fecha veintisiete de mayo de diez, efectuada al menor agraviado de iniciales S. L. C. S. en el que se habría descrito al acusado, tampoco estaba presente un defensor público [...], es del caso señalar, que se habría vulnerado el derecho de defensa, además que el representante del Ministerio Público no ha procedido conforme lo establece el inciso 2 del artículo 191 del Código Procesal Penal, lo que conlleva a que dicho medio de prueba procesalmente sea inutilizable [Considerando 6.11. de la sentencia de vista].

Conforme al acta de entrevista única en cámara Gesell (foja 11 y CD foja 15), antes del reconocimiento físico, el menor agraviado señala lo siguiente:

¿Cómo es este señor, su apariencia? Su corte es así, señala con su mano en la frente hasta la oreja, un poquito canosito, no tiene tantas. (El menor hace gestos con las manos para describir). ¿Es de pelo largo o de pelo corto? Un poco más cabello que usted. ¿Es alto o bajito? Una persona normal. ¿Es gordito o es flaco? Normal, tiene su panza. ¿Tiene alguna marca o alguna cicatriz o un tatuaje? No, no tiene nada. ¿Algo que sea diferente a otra persona? Nada. ¿Con que ropa estaba? Con pantalón negro su corra y su camisa verde con celeste.

De lo señalado en el párrafo anterior, el menor hace una descripción de manera general, de acuerdo con las condiciones psicológicas de un niño de ocho años de edad, por tanto, no se puede exigir que una persona de esta edad brinde detalles exactos de las características físicas de su agresor. La exigencia de la presencia del abogado defensor en el acto de reconocimiento debe relativizarse dado que,

a la fecha de su realización, el sospechoso aún no estaba individualizado.

Vigésimo. Así las cosas, las alegaciones del casacionista –representante del Ministerio Público– encuentran sustento, pues la Sala Penal Superior no cumplió con fundamentar su razonamiento a través de una valoración unitaria y conjunta de los medios de prueba, omitió en su análisis tanto el acta de ubicación, reconocimiento del inmueble y verificación de personas, tomas fotográficas y croquis de ubicación, como el acta de ubicación y reconocimiento del lugar de los hechos, lo mismo que el reconocimiento fotográfico del imputado; en tal sentido, se configura el supuesto de vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En consecuencia, corresponde amparar el recurso interpuesto.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el **actor civil** contra la sentencia de vista del seis de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1138); con lo demás que al respecto contiene. **EXONERARON** al actor civil del pago de las costas por la tramitación del citado recurso.
- II. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor representante del **Ministerio Público** y, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del seis de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1138), emitida por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna; y **ACTUANDO COMO SEDE DE INSTANCIA, NULA** la sentencia del catorce de febrero de dos mil dieciocho (foja 1069), emitida por el Juzgado Penal Colegiado de la

Corte Superior de Justicia de Tacna, que absolvió al encausado Luis Orlando Cajan Gil de la acusación fiscal como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor, en agravio del menor identificado con las iniciales C. S. S. L. **ORDENARON** nuevo juicio oral por otro órgano jurisdiccional, teniendo en consideración los fundamentos de la presente ejecutoria suprema.

- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en esta Sede Suprema, y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

AMFN/lul

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 552-2019/CAÑETE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título Violación Sexual. Motivación

Sumilla 1. El motivo de casación por violación de la garantía de motivación, por la propia naturaleza de medio de impugnación en sentido estricto del recurso de casación y de su carácter extraordinario, no es de recibir realizar un examen independiente o autónomo de la prueba actuada y reemplazar la valoración del material probatorio realizada por los jueces de mérito. Solo corresponde a esta Sala de Casación examinar si la motivación ha sido completa, suficiente, clara, precisa, terminante y, respecto de las inferencias probatorias, si fue racional (acatamiento u observancia de las leyes de la lógica (identidad, no contradicción, razón suficiente y tercero excluido), las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. 2. La motivación de la sentencia de vista es patentemente defectuosa. Es incompleta porque no analizó extensamente la pericia psicológica y el mérito de lo inmediato de la denuncia. Es insuficiente porque lo que expuso no permite entender que cumplió con el principio lógico de razón suficiente; es decir, explicar acabadamente la presencia de un error de tipo y con base en la prueba actuada. Es irracional porque vulneró las máximas de la experiencia para aquilatar el error de tipo y no tuvo en cuenta todo lo sucedido, en función a la partida de nacimiento de la niña, a lo inmediato de la denuncia y a la propia conducta del imputado, quien pese a la necesidad de explicaciones prefirió guardar silencio. Nada indica, como presupuesto, un enamoramiento previo o una relación de amistad o personal al punto de sostener relaciones sexuales libre y consentidamente.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, dieciocho de noviembre de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación

por vulneración de la garantía de motivación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE CAÑETE contra sentencia de vista de fojas ciento treinta y siete, de seis de febrero de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y dos, de diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, absolvió a Gustavo Edinson Tadeo Contreras de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de L.K.R.Q.; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTIN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provisional del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mala por requerimiento de fojas once del expediente judicial formuló acusación contra Gustavo Edinson Tadeo

Contreras por delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de L.K.R.Q.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de Mala dictó el auto de enjuiciamiento de fojas veinticinco, de dieciocho de abril de dos mil dieciocho.

∞ El Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cañete, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y dos, que absolvió a Gustavo Edinson Tadeo Contreras de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad en agravio de L.K.R.Q.

∞ Contra esta sentencia el señor Fiscal Provincial interpuso recurso de apelación [fojas ciento dieciséis, de dieciséis de octubre de dos mil dieciocho], concedido por auto de fojas ciento veinte, de dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

SEGUNDO. Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, previo trámite impugnativo, emitió la sentencia de vista de fojas ciento treinta y siete, de seis de febrero de dos mil diecinueve. Ésta, confirmó la absolución a Gustavo Edinson Tadeo Contreras de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor L.K.R.Q.

∞ Contra la referida sentencia de vista el Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de Cañete interpuso recurso de casación.

TERCERO. Que se imputó al acusado Tadeo Contreras, conforme a la acusación fiscal de fojas once, lo siguiente:

- A. El día diez de diciembre de dos mil dieciséis, como a las catorce horas, la agraviada L.K.R.Q., de doce años de edad, acudió a una reunión en la Casa de Religiosas de Santa Ana, ubicada en la calle Ciprés en el distrito de Mala – Cañete, donde se realizaría un compartir con los niños del lugar y la dejó su madre, Mariza Valeriana Quispe Caycho De Ruiz.
- B. Siendo las catorce horas y treinta minutos aproximadamente, la agraviada salió de dicho lugar con la finalidad de realizar una compra. En estas circunstancias la jaloron del brazo y al voltear se percató que el autor fue el acusado Gustavo Edinson Tadeo Contreras, quien tiempo atrás la había contactado por Facebook. El citado imputado le preguntó si era Lady Ruiz y si quería ser su amigo, a la vez que la sujetó fuertemente del brazo y muñeca, y a la fuerza la condujo por espacio de diez a quince segundos aproximadamente.
- C. Acto seguido el imputado Tadeo Contreras obligó a la agraviada L.K.R.Q. a subir a un mototaxi. Primero se dirigieron a un local donde vendían vino, donde bajó el acusado, mientras la niña, debido a la fuerza que se había empleado contra ella y al temor que tenía en esos momentos, quedó

paralizada. Empero, cuando pretendía bajar del mototaxi retornó el acusado y prosiguió la marcha del vehículo menor.

- D. Al llegar al Hospedaje “Flores”, ubicado frente al Colegio Encinas de la ciudad de Cañete, el imputado le dijo a la agraviada que bajara y caminara normal, lo que le causó temor a la agraviada por la mirada y la expresión de su rostro, así como porque todo el tiempo la sujetaba de la muñeca. El imputado hizo entrar a la agraviada al Hostal, quien por temor no dijo nada a la persona que los atendió, y luego la subió al segundo piso y la hizo ingresar al cuarto número cuarenta y dos.
- E. A continuación, el acusado Tadeo Contreras sacó el vino que había comprado y obligó a la agraviada L.K.R.Q. a tomar un pequeño vasito, y luego la tiró contra la cama, donde le empezó a tocar sus pechos, le sacó la ropa y prendas íntimas, pese a que la agraviada le reclamó que era menor y que tenía doce años de edad. El imputado continuó con sus actos lúbricos, le tocó sus partes íntimas y le introdujo el pene en su vagina y ano. Estas escenas violentas duraron aproximadamente una hora.
- F. Después el acusado Tadeo Contreras se retiró del hotel, no sin antes amenazar verbalmente a la menor para que se quede en la habitación hasta el día siguiente. Ella permaneció en la habitación toda la noche. En horas de la mañana del día siguiente, como a las nueve de la mañana, llegó el encausado y la despertó, a la vez que le exigió que guarde silencio de lo ocurrido porque le podía pasar algo a ella o a su familia.
- G. La menor L.K.R.Q. una vez que pudo salir del Hostal se dirigió a su casa y no dijo nada de lo sucedido, hasta el día siguiente en que comunicó a sus padres lo que le había pasado, por lo que se interpuso la denuncia correspondiente.

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas ciento cuarenta y nueve, de veinte de febrero de dos mil diecinueve, como *causa petendi* (*causa de pedir*) denunció inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal).

∞ Argumentó que la sentencia de vista incurrió en una motivación aparente; que la menor no indicó haber sido golpeada y señaló que no se defendió; que, además, la agraviada expresó que en el hostal donde la condujo el imputado la atendió una mujer, no un varón; que el relato de la agraviada fue espontáneo y con detalles, así como ostentó indicadores de afectación emocional por abuso sexual –no se tomó en cuenta la pericia psicológica–; que la versión del testigo Chacón Carranza no fue coherente.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas treinta y cinco, de ocho de noviembre de dos mil diecinueve, del cuadernillo formado en esta sede

suprema, declaró bien concedido el citado recurso por la causal de vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal).

∞ La Fiscalía denuncia que los medios de prueba no se evaluaron racionalmente, en especial la pericia psicológica y la propia declaración de la menor agraviada, cuya minoría de edad (doce años) es irrefutable. Además, advierte un determinado contexto debe ser examinado en función a la forma y circunstancias de los hechos, de la denuncia del padre de la agraviada y de lo sucedido ulteriormente. Por tanto, cabe examinar la justificación de la absolución desde las exigencias de una motivación racional. El planteamiento de la Fiscalía, en todo caso, está incurso en el inciso 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, que es un motivo específico centrado exclusivamente en la garantía de motivación.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día once de noviembre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas, y del letrado del encausado, doctor Roberto Saavedra Vásquez, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

∞ La señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Ellyde Secilia Hinojosa Cuba en la misma fecha de la audiencia presentó su requerimiento ciento treinta y cinco guión dos mil veinte guión MP guión FN guión SFSP. Estimó que el recurso de casación debía declararse fundado.

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

PRIMERO. Que es materia de examen casacional la corrección de la motivación materia de la sentencia de vista. En estos casos, como preceptúa el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal, el vicio o defecto de motivación debe resultar del propio tenor de la resolución (sentencia o auto) impugnada.

∞ En este motivo de casación, por la propia naturaleza de medio de impugnación en sentido estricto del recurso de casación y de su carácter extraordinario, no es de recibo realizar un examen independiente o autónomo de la prueba actuada y reemplazar la valoración del material probatorio realizada por los jueces de mérito. Solo corresponde a esta Sala de Casación examinar si la motivación ha sido completa, suficiente, clara, precisa,

terminante y, respecto de las inferencias probatorias, si fue racional (acatamiento u observancia de las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos).

∞ Así las cosas, los vicios de motivación constitucionalmente relevantes se presentan en los casos de: motivación omitida, motivación incompleta, motivación insuficiente, motivación impertinente, motivación vaga o genérica, motivación hipotética, motivación contradictoria y motivación irracional. La irracionalidad de la motivación se presentaría cuando en la construcción de las inferencias probatorias se vulneran las leyes de la lógica (identidad, no contradicción, razón suficiente y tercero excluido), las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

SEGUNDO. Que, en materia de la motivación fáctica, por lo demás, el juez no está autorizado a acordar categoría de prueba a datos que carecen de tal “ontología” y que solo parecen ser pruebas ni utilizar pruebas ilícitas. La libertad del juez tiene, por lo demás, una valla infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. Desde la sana crítica racional, el juez debe explicar cómo llegó a sus conclusiones sobre los hechos, pero respetando los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontestables de las ciencias y la experiencia común [Cfr.: CAFFERATA NORES, JOSÉ – HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO: *La prueba en el proceso penal*, 6ta. Edición, Editorial LexisNexis, 2008, pp.57-58].

TERCERO. Que las sentencias de instancia absolvieron porque estimaron que se habría acreditado un error de tipo: el imputado entendió que la agraviada contaba con más de catorce años de edad. Consideró el Juzgado Penal la actitud pasiva adoptada por la menor, su desempeño apreciado al examinar su declaración en cámara Gesell, la información falsa que proporcionó sobre su edad (diecinueve años) en el Hostal, así como que el imputado antes había hablado con ella por Facebook, por lo que estimó que la agraviada era mayor de catorce años; además, la propia agraviada le dijo que tenía doce años, pero luego del acto sexual.

∞ El Tribunal Superior refirió que, si bien el encausado debió saber la edad de la agraviada, como le dijo al empleado del hostel que tenía diecinueve años de edad, pensó que era mayor de catorce años, tanto más si la menor le dijo su edad solo después del acto sexual.

CUARTO. Que es evidente que la sentencia de vista y, asimismo, la de primera instancia, incurrió en motivación incompleta, insuficiente e irracional. Al respecto no puede dejar de mencionarse lo siguiente:

1. Los hechos se denunciaron inmediatamente de que la niña contó lo sucedido. La menor identificó el Hostal y la habitación donde ocurrieron los hechos.
2. La agraviada ha señalado con rigor y coherencia cómo fue obligada a ir al Hostal y el propio ataque sexual (actos de penetración vaginal y anal). La pericia médico legal de fojas veintinueve es determinante al respecto –himen complaciente con lesión genital reciente ocasionado por agente con filo y signos de coito contra natura reciente–.
3. No se trató de una actividad sexual consensuada. La pericia psicológica de fojas treinta y uno concluyó que la agraviada presentó indicadores de afectación emocional compatibles a experiencia negativa de tipo sexual. Ello demuestra derechamente que se le impuso, mediante amenazas, el acto sexual.
4. La agraviada solo contaba con doce años de edad, según su partida de nacimiento de fojas cuarenta. Ella, conforme a la citada pericia psicológica, es una persona emocionalmente dependiente e inmadura y con personalidad en proceso de estructuración, y además presentó un relato espontáneo. Sus características personales permiten entender por qué se sintió intimidada y que ante las amenazas no opuso mayor resistencia.
5. Si bien es posible que imputado y agraviada tuvieran comunicación por Facebook, de ella no se desprende que el imputado advirtió una mayoría de edad o el inicio o mantenimiento de una relación de mutua atracción. No cabe sostener que la niña habría dicho al personal del Hostal que tenía diecinueve años, si incluso el propio Tribunal, contradictoriamente, estimó que el imputado debió saber su edad. Es un intuicionismo inaceptable, al margen de todo análisis objetivo, decir que podía desprenderse una madurez de la niña a partir de su desenvolvimiento en la cámara Gesell, obviando lo que enunció la prueba pericial psicológica.
6. La edad de una persona, más aún si es una menor con quien se quiere tener actividad sexual, no puede deducirse de lo que pudo haber pensado psicológicamente el imputado –el criterio psicólogo no es de pertinente, nadie puede introducirse en los pensamientos y deseos de una persona–, sino debe partirse de criterios de imputación del dolo a través de reglas socialmente aceptadas. Hay, por lo general, diferencias apreciables, fisiológica y psicológicamente, entre una niña de doce años y una adolescente de catorce años o más, tanto más si no consta que entre imputado y agraviada medió una amistad relativa o un conocimiento previo y suficiente. Asimismo, el imputado tenía una diferencia de edad con la agraviada apreciable –él veinte años y ella doce años–.
7. No es de recibo aceptar, sin más, la versión del empleado de un Hostal que recibe parejas, pues siempre está en la presión de indicar que cumplió con sus criterios de seguridad. Además, desde la exposición del testigo, es

absurdo sostener –y, por ende, admitir o aceptar– que una niña de doce años parecía una joven de diecinueve años.

8. No se explicó, desde los factores de seguridad estipulados en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, por qué no se creyó en la versión de la agraviada y se marginó el mérito del protocolo de la pericia psicológica. Un paso importante es apreciar si medió una razón para atribuir un cargo gratuito a una persona, otro si la versión de la víctima es coherente y circunstanciada y, finalmente, si existen elementos externos periféricos de carácter objetivo que sostengan parte de la versión de la víctima.

QUINTO. Que la motivación de la sentencia de vista es patentemente defectuosa. Es incompleta porque no analizó extensamente la pericia psicológica y el mérito de lo inmediato de la denuncia. Es insuficiente porque lo que expuso no permite entender que cumplió con el principio lógico de razón suficiente; es decir, explicar acabadamente la presencia de un error de tipo y con base en la prueba actuada –de la prueba actuada no se deriva necesariamente los elementos probatorios invocados en su sustento–. Es irracional porque vulneró las máximas de la experiencia para aquilatar el error de tipo y no tuvo en cuenta todo lo sucedido, en función a la partida de nacimiento de la niña, a lo inmediato de la denuncia, a las características psicológicas de la agraviada y a la propia conducta del imputado, quien pese a la necesidad de explicaciones prefirió guardar silencio. Nada indica, como presupuesto, un enamoramiento previo o una relación de amistad o personal al punto de sostener relaciones sexuales libre y consentidamente.

SEXTO. Que, en estas condiciones, se incurrió en la causal de casación de violación de la garantía de motivación. La inobservancia de este requisito de la sentencia, de entidad constitucional, en los dos fallos obliga a su declaración de nulidad. Se incurrió en una nulidad insubsanable. La sentencia casatoria solo puede ser rescindente y con reenvío a primera instancia.

∞ El recurso acusatorio debe prosperar, y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por vulneración de la garantía de motivación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE CAÑETE contra sentencia de vista de fojas ciento treinta y siete, de seis de febrero de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y dos, de diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, absolvió a Gustavo Edinson Tadeo Contreras de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de L.K.R.Q.; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Y, reponiendo la causa al estado que le corresponde:

ANULARON la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y dos; y, **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral de primera instancia por otros jueces –de apelarse el fallo de segunda instancia, asimismo, serán otros jueces superiores–. **III. DISPUSIERON** se remita lo actuado al Tribunal Superior de origen para los fines de ley, teniéndose presente como criterio interpretativo y de examen probatorio lo expuesto en la presente sentencia casatoria. **IV. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia privada, se notifique a las partes y se publique en la página web del Poder Judicial; registrándose. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CSMC/EgOT



JURISTA
EDITORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1111-2018/AYACUCHO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

VALIDEZ
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Local: Supremo: FIGUEROA
JAVARRO ALDO MARTIN
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/08/2020 03:59:34 Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

VALIDEZ
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Local: Supremo: CASTAÑEDA
ESPINOZA JORGE CARLOS
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/08/2020 03:32:08 Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

VALIDEZ
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Local: Supremo: SEDIQUINOS
VARGAS IVAN ALBERTO SANTIAGO
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 12/08/2020 01:05:45 Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

VALIDEZ
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Local: Supremo: CARRERA
CHAVEZ ERAZMO ARMANDO
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/08/2020 09:54:45 Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

VALIDEZ
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Local: Sala: REBEJO FLORES
Immersión: FAU 2018
Fecha: 31/08/2020 14:02:22 Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

Título: Delito de acceso carnal a menor de edad. Exigencias probatorias
Sumilla: 1. Los hechos imputados deben examinarse no solo desde el material probatorio, sino también en función a la subsunción jurídico penal. Es decir, el alcance exacto de los elementos del tipo delictivo acusado –se ha de probar aquellos hechos penalmente relevantes– determina el juicio histórico. 2. El elemento objetivo del tipo penal de violación sexual parte de entender que el acceso carnal es un concepto normativo. No es necesario para la consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos; y, en el caso de penetración vaginal, basta una introducción parcial y que únicamente se produzca en la zona de los labios de la vulva que ya forman parte de la vagina aunque lo sea en su porción externa –zona vestibular vaginal–. 3. No es de recibo cuestionar la versión de la víctima por el hecho de que afirmó que fueron varios los ataques sexuales pero solo habría sufrido desfloración parcial del himen. Es patente, desde luego, que, dada la escasa edad de la víctima, si la penetración hubiera sido completa, las lesiones que tendría serían graves y con evidentes huellas en su zona vaginal. 4. Por otro lado, es claro que tal nivel de penetración no ocurrió y que, por la desproporción anatómica, ésta solo pudo ser parcial, lo que desde ya tipifica el delito de violación sexual –es el propio agente delictivo quien no llegó a más–. 5. Decir que una penetración fue parcial o total solo puede ser establecida pericialmente, y en el presente caso la penetración fue parcial dada la conclusión del certificado médico legal, lo que, como ya se acotó, no importa descartar el delito de violación sexual ni reducirlo al estadio de tentativa.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, doce de agosto de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia privada: los recursos de casación por violación de la garantía de motivación e infracción de precepto material interpuestos por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE AYACUCHO y por la actora civil –madre de la agraviada–, SANDRA DIANA FALCONÍ ASCARZA, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, de doce de junio de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos noventa y cuatro, de treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete, absolvió a Lucas Eduardo Salas Delgado de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de actos contra el pudor de menor de edad, violación sexual de menor de edad consumado y violación sexual de menor de edad tentado en agravio de S.B.B.F.; 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 Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga por requisitoria de fojas una –del cuaderno de acusación–, de diez de mayo de dos mil dieciséis, formuló acusación contra Lucas Eduardo Salas Delgado como autor de los delitos de actos contra el pudor de menor de edad (artículo 176-A, primer y último párrafo, del Código Penal), violación sexual de menor de edad consumada (artículo 173, primer párrafo, numeral 1 y último párrafo, del Código Penal) y violación sexual real tentada (artículo 170, numeral 6, del Código Penal, concordante con el artículo 16 del mismo cuerpo legal) en agravio de S.B.B.F.

∞ El Juzgado Penal Colegiado de Huamanga, tras el juicio oral, público y contradictorio, emitió a fojas doscientos noventa y cuatro, de treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete, la sentencia absolutoria respectiva.

SEGUNDO. Que, conforme a la acusación fiscal de fojas una, los hechos son los siguientes:

- A. Entre los años dos mil siete y dos mil catorce la menor agraviada S.B.B.F. (nació el cinco de agosto del dos mil y por tanto en la primera fecha contaba con siete años de edad) vivía con su madre Sandra Diana Falconí Ascarza y su pareja, el imputado Salas Delgado, en el domicilio familiar, ubicado en el jirón Londres ciento cincuenta y dos, Huamanga – Ayacucho. En este contexto el encausado Salas Delgado se aprovechó de la ausencia de la madre, y en reiteradas ocasiones efectuó a la víctima tocamientos libidinosos: la sujetaba de las manos, la besaba y frotaba su cuerpo con la de ella. A partir de abril o mayo de dos mil nueve la obligó a mantener relaciones sexuales, de modo que la penetraba vaginalmente, sobre todo en el año dos mil once (ocho veces aproximadamente). Producto de estos hechos la menor padece un trastorno depresivo postraumático.
- B. Actos contra el pudor (dos mil siete). El imputado Salas Delgado le impuso un “juego” a la menor S.B.B.F., que en ese entonces contaba siete años de edad, y le bajó la ropa interior y tocó sus genitales, mientras él se bajó la bragueta de su pantalón y extrajo su miembro viril, frotándosele en las nalgas. Hizo creer a la menor agraviada que solo era un juego.
- C. Violación sexual consumada (abril o mayo de dos mil nueve). En una fecha de ese año, cuando la menor S.B.B.F. tenía ocho años, dentro del domicilio común, el encausado Salas Delgado le hizo sufrir el acto sexual y luego le imponía ver películas eróticas. La amenazaba para que no cuente nada. Estos atentados también se produjeron el dos mil once, en ocho ocasiones, cuando la niña contaba con once años.

D. Violación sexual tentada (agosto de dos mil catorce). Un día antes o después del cumpleaños de la menor S.B.B.F. (cuatro o seis de agosto), el encausado Salas Delgado le llevó regalos a su casa y, aprovechándose de que su madre tuvo que salir, intentó hacerle sufrir el acto sexual, cuando ésta contaba con catorce años de edad, pero como alguien ingresó a la vivienda desistió de continuar.

TERCERO. Que los fundamentos de la sentencia de primera instancia fueron los siguientes:

- A.** El certificado médico legal número cero dieciséis trescientos cuarenta y dos –E–IS concluyó que la menor S.B.B.F. presentó signos de desfloración antigua.
- B.** El informe pericial médico especializado número cero cuatro – dos mil quince concluyó que los desgarros se produjeron mediante un coito con penetración incompleta y/o maniobras digitales a mano propia o ajena. Descartó con ese diámetro himeneal de uno punto centímetros un coito vaginal completo, con un miembro viril de adulto promedio.
- C.** El informe médico del médico Jorge Corimanya Paredes concluyó que la agraviada S.B.B.F. presentó desgarró incompleto antiguo a las X y VI horario.
- D.** El informe médico pericial del médico José Saúl Díaz Bendivel que analizó el certificado médico legal número cero dieciséis trescientos cuarenta y dos – E – IS y el informe médico del médico Corimanya Paredes. Este último precisó que las evidencias encontradas corresponden al diagnóstico de desfloración antigua, relacionado con coito vaginal por penetración del pene o penetración digital del agresor. Este médico indicó que ninguno de los informes contradice la desfloración, lo que se busca determinar es que si fue coito vulvar o vaginal, pudiendo haber sido los dos o haberse realizado una penetración parcial.
- E.** El certificado médico legal número cero cero veintiuno veintiocho – SA practicado al imputado Salas Delgado concluyó que en caso se hubiera producido la cópula los desgarros de la menor hubieran sido completos. Es más, el daño hubiera comprometido el periné de la menor. No es compatible las lesiones sufridas por la menor S.B.B.F. con el miembro viril del imputado Salas Delgado.
- F.** El Informe médico pericial y examen antropométrico genital señalaron que las medidas del miembro viril del imputado no contradicen los alcances del certificado médico legal número cero dieciséis trescientos cuarenta y dos –E– IS.
- G.** En el acta de constatación fiscal la defensa dejó constancia que dentro de los cuatro ambientes del domicilio de la víctima se escuchaba las conversaciones que había en uno de ellos. Esto debe tomarse en cuenta,

- señaló el juzgado, pues genera duda que en dicho lugar se haya producido los hechos denunciados por la menor agraviada.
- H.** La médico legista Verónica Patricia Baracco Luna señaló que no puede determinar si hubo penetración parcial o total. Precisó que los reiterados actos sexuales producen desgarros completos.
 - I.** El médico legista Corimanya Paredes Jorge Mantiel no pudo precisar que fue lo que causó el desgarró incompleto.
 - J.** El médico Jaime Arturo Osorez Rodríguez señaló que no es posible la supuesta lesión causada a la menor.
 - K.** Las pericias psicológicas practicadas a la menor S.B.B.F. dan cuenta que aquélla presenta signos de depresión y que hay indicadores suficientes de que hay evidencia de violencia sexual e impacto en su salud mental. No obstante el psicólogo Máximo Efraín Prada Azuero refirió que la menor miente y que el contenido de su relato no se relaciona con los hechos.
 - L.** Respecto del delito de violación sexual tentado, la menor en el plenario sostuvo que los hechos se suscitaron un día antes de su cumpleaños, mientras que su madre, también en el plenario, acotó que fue un día después.
 - M.** Por todo ello el Juzgado concluyó que los hallazgos de los certificados médicos legales determinarían que las lesiones serían mayores si la penetración hubiese sido entre una persona de cuarenta años y una menor de ocho años, y que los reiterados actos sexuales producen desgarros completos. Agregó que no se pudo precisar qué causó los desgarros incompletos y, además existe la posibilidad de que la menor haya producido las lesiones con propia mano o mano ajena. Los hechos se han denunciado con posterioridad a su comisión, por lo que, las pruebas han perdido espontaneidad, veracidad y eficacia.

CUARTO. Que la referida sentencia fue apelada por el Ministerio Público y la madre de la menor agraviada [fojas trescientos cuarenta y siete de ocho de setiembre de dos mil diecisiete y fojas trescientos cincuenta y cuatro de ocho de setiembre de dos mil diecisiete, respectivamente]. El doce de setiembre de dos mil diecisiete se expidió el auto de fojas trescientos ochenta que concedió los mencionados recursos de apelación.

∞ La Primera Sala Penal de Apelaciones de Huamanga, mediante la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, de doce de junio de dos mil dieciocho, confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia.

QUINTO. Que las razones de la sentencia de vista fueron como sigue:

- A.** El Juzgado señaló que la declaración de la menor agraviada no es verosímil, puesto que no existe prueba que corrobore su sindicación.

- B. La decisión del Juzgado de primera instancia guarda relación con lo debatido en el juicio.
- C. El Juzgado indicó correctamente que los certificados médicos y las pericias psicológicas arribaron a conclusiones disimiles, ya que la psicóloga Mitzi Tello señala que sí existen indicadores suficientes de evidencia de violación sexual, mientras que el psicólogo Máximo Efraín Prada mencionó que no encontró aspectos propios de un trauma como consecuencia de una violación sexual.
- D. Existe contradicción respecto del delito de violación sexual en grado de tentativa, pues la menor puntualizó que el imputado intentó abusar sexualmente de ella, un día antes de su cumpleaños, mientras que su madre señaló que ello fue al día siguiente.
- E. El Juzgado refirió que el lugar donde habrían sucedido los hechos era estrecho y se podían escuchar las conversaciones.

SEXTO. Que la señora Fiscal Adjunta Superior y la madre de la menor agraviada interpusieron recurso de casación a fojas cuatrocientos cincuenta y ocho y cuatrocientos ochenta y ocho, de cinco de julio de dos mil dieciocho, respectivamente.

∞ La señora Fiscal Adjunta Superior invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional (motivación y derecho a la prueba) y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1 y 5, del Código Procesal Penal). Argumentó, en lo específico, que la agraviada en ningún momento sostuvo que gritó cuando era víctima de abusos deshonestos; que las pericias psicológicas y médico legal fueron positivas, y no se proporcionó razones mínimas para su desestimación; que la sentencia de vista se apartó de lo dispuesto en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116: la declaración de la víctima es persistente y verosímil, así como presenta corroboración periférica; que tampoco se determinaron las razones por la que se apartó de las pericias, pese a lo puntualizado por el Acuerdo Plenario 4-2015/CJ-116.

∞ La madre de la agraviada citó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Arguyó que se interpretó indebidamente el tipo penal de violación sexual al exigir penetración total y, en el caso de autos, los legistas precisaron que se trató de una penetración parcial; que, pericialmente, se acreditaron los hechos (integridad sexual y afectación psíquica); que se advirtieron los elementos periféricos que consolidan la sindicación de la víctima; que no es necesario acreditar que la madre escuchó los ruidos del suceso típico para estimar probado el delito.

SÉPTIMO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y uno, de uno de febrero de dos mil diecinueve, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido los citados recursos por las causales de violación de la garantía de motivación e infracción de precepto material.

∞ Sobre el particular precisó que, en pureza, se cuestionó una insuficiente valoración de la prueba, en especial la pericial y la personal, así como una ilogicidad en las inferencias probatorias que dieron lugar a la absolución. Ambos cuestionamientos se incardinan en un vicio por defecto de motivación, que es del caso examinar casacionalmente. De otro lado, que el Tribunal Superior entendió el tipo penal de violación de una determinada manera, que a su vez condicionó las exigencias probatorias: si la penetración sexual debe ser total o no. Esta pauta hermenéutica, asimismo, debe ser objeto de análisis casacional.

OCTAVO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día cinco de agosto de dos mil veinte, realizada ésta con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema, doctora Secilia Hinojosa Cuba, y de la abogada defensora de la actora civil, doctora Lilia Susana Portillo López, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO. 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 la acusación fiscal formuló tres cargos secuenciales y reiterados de agresión sexual contra la menor agraviada S.B.B.F.: actos contra el pudor o abusos deshonestos, violación sexual consumada y violación sexual tentada, ocurridos entre los años dos mil siete a dos mil catorce. Los hechos, desde la requisitoria, escrita y oral, del Ministerio Público ocurrieron en el seno familiar y en la vivienda donde domiciliaban el imputado Salas Delgado, su conviviente Sandra Diana Falconí Ascarza, y la menor agraviada S.B.B.F., de siete años cuando se inició el abuso sexual.

∞ Las sentencias de mérito dan cuenta de la sindicación de la víctima en dos oportunidades: (i) en la entrevista única de fojas cuarenta y ocho, de veinte de abril de dos mil quince; y, (ii) en la declaración plenarial de fojas noventa y dos, de diecisiete de abril de dos mil diecisiete.

∞ Igualmente, las sentencias de instancia mencionan las pericias institucionales del Instituto de Medicina Legal (médico-legales y protocolo de

pericia psicológica) realizadas a la menor agraviada. También aparece un informe psicopedagógico; e, informes médicos y psicológicos de parte –del imputado y de la actora civil–.

∞ Finalmente, según se indicó en los fallos, declararon tanto la madre, la denunciante y otros testigos.

SEGUNDO. Que es de precisar que los hechos imputados deben examinarse no solo desde el material probatorio, sino también desde la subsunción jurídico penal. Es decir, determina el juicio histórico el debido alcance de los elementos del tipo delictivo acusado –se ha de probar aquellos hechos penalmente relevantes, que integran la pretensión penal de la Fiscalía; es decir, los hechos constitutivos de la pretensión penal–.

∞ No está en discusión casacional que la menor agraviada S.B.B.F. presentó al examen médico legal o forense –realizado el veintitrés de marzo de dos mil quince [fojas cuarenta y siete]– desfloración parcial antigua a horas VII y IX. Los cargos inciden no solo en abusos deshonestos sino, además, en una violación reiterada que empezó en dos mil nueve, y que continuó en dos mil once, dos mil doce y dos mil trece.

TERCERO. Que, ahora bien, el elemento objetivo del tipo penal de violación sexual parte de entender que el acceso carnal, en cuanto conducta típica, es un concepto normativo. No es necesario para la consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. En el caso de penetración vaginal, basta una introducción parcial y que únicamente se produzca en la zona de los labios de la vulva que ya forman parte de la vagina aunque lo sea en su porción externa –zona vestibular vaginal– (STSE 680/2005, de veintisiete de mayo). No se exige la perfección fisiológica del coito, ni se precisa siquiera la rotura más o menos completa del himen (STSE 1459/2003, de treinta y uno de octubre) –no se requiere que el acceso deba ser vaginal en sentido anatómico (STSE 304/2006, de veinte de julio)–. Hay penetración una vez que el pene ya ha superado el umbral del *labium majus* y, por lo tanto, con más razón cuando la penetración ha superado el *labium minus* y hay llegado hasta el himen (STSE 418/2004, de veintinueve de marzo).

∞ Por tanto, estas diferencias de partida entre la opinión médica y las exigencias normativas del tipo penal deben tomarse en cuenta para entender, en sus justos límites, el aporte pericial. Insistir en que no pudo haber una penetración total, como si ésta es la única exigida por el tipo delictivo, importa alterar irrazonablemente el análisis de la conducta atribuida al imputado. Además, la versión de la víctima en este punto específico debe realizarse en el contexto de su minoría de edad, de la situación que soportó y del tiempo transcurrido.

CUARTO. Que, en función a estas delimitaciones típicas, no es de recibo cuestionar la versión de la víctima por el hecho de que afirmó que fueron varios los ataques sexuales pero solo habría sufrido desfloración parcial del himen. Es patente, desde luego, que sí, dada la escasa edad de la víctima, la penetración hubiera sido completa las lesiones que tendría serían graves y con evidentes huellas en su zona vaginal. Pero es claro, por otro lado, estimar que tal nivel de penetración no ocurrió y que, por la desproporción anatómica, ésta solo pudo ser parcial, lo que desde ya tipifica el delito de violación sexual –es el propio agente delictivo quien no llegó a más–. Por lo demás, exponer que una penetración fue parcial o total solo puede ser establecida pericialmente, y en el presente caso la penetración fue parcial dada la conclusión médico legal, lo que, como ya se acotó, no importa descartar el delito de violación sexual ni reducirlo al estadio de tentativa.

QUINTO. Que, en estas condiciones, según la propia opinión pericial médica, es factible la penetración parcial con un pene en erección en la vagina de la víctima, siendo de aclarar que las expresiones de los médicos, en el sentido de que tal penetración parcial pudo deberse a otros medios, incluso penetración con los dedos, solo configura una especulación, que para su aceptabilidad requiere de otros aportes probatorios. La agraviada ha sostenido persistentemente estos hechos, que se iniciaron como tocamientos o abusos deshonestos y progresaron a actos de penetración vaginal con el pene. Su versión, por tanto, es creíble y coherente –no es incompatible con el aporte pericial–.

∞ La víctima nunca sostuvo que gritó cuando era sometida sexualmente, así como apuntó que los atentados ocurrían cuando ambos se encontraban solos, por lo que no es de recibo basar la conclusión fáctica contraria a su versión en el hecho de que podían escucharse las conversaciones hacia el exterior [constatación fiscal de fojas ciento doce, de once de mayo de dos mil dieciséis, en función a lo que señaló la defensa].

∞ Asimismo, el hecho de que la denuncia se presentó con mucha posterioridad a los hechos no le quita, sin más, espontaneidad y atendibilidad. Lo central estriba en los elementos externos de corroboración periférica. Es de acotar que en los delitos sexuales contra menores de edad, más aun en entornos de violencia familiar, según la experiencia criminológica, en muchísimos casos la denuncia se presenta luego de algún tiempo de ocurridos los atentados, lo que está en función a la evolución del trauma generado en la víctima y a las propias condiciones familiares que luego se van desarrollando con el correr del tiempo.

∞ A la acreditación pericial sobre la integridad sexual de la agraviada S.B.B.F., se une el hecho de que presentó una afectación emocional a consecuencia de lo que padeció. Así: 1. Protocolo de pericia psicológica de fojas cuarenta y ocho, de once de mayo de dos mil quince, ratificada

plenariamente a fojas ciento cincuenta. 2. Informe psicológico del Ministerio de Salud de fojas cincuenta y tres, de veintidós de diciembre de dos mil quince, ratificado plenariamente a fojas ciento nueve, de veintiuno de abril de dos mil diecisiete –en el Hospital Regional de Ayacucho la niña recibió terapia psicológica–. 3. Pericias psicológicas de parte de fojas cincuenta y cuatro y sesenta, con la solitaria opinión contraria de la perito de parte de fojas ciento sesenta y uno, de seis de junio de dos mil quince, cuya radicalidad no se sostiene con el uniforme aporte pericial precedente, más aun si no examinó personalmente a la agraviada. Ello, incluso, la afectó posteriormente en su rendimiento escolar [informe psicopedagógico de fojas ciento tres, de dieciocho de febrero de dos mil dieciséis] –esto último no se explicaría sin lo anterior–.

SSEXTO. Que, a los datos periciales y a la propia coherencia interna de la versión de la agraviada S.B.B.F., se une la prueba testifical de cargo. Las versiones de tía de la agraviada y denunciante, así como de la propia madre –es irrelevante, respecto de un dato, que ésta dijera que uno de los atentados ocurrió un día después del cumpleaños de la víctima y que esta última expresase que tuvo lugar un día antes de su cumpleaños (sobre lo esencial no existe diferencia radical alguna)– y de la profesora de inglés [declaración de la primera de fojas doscientos cuarenta; declaración plenarial de la segunda de fojas ochenta y tres; y, declaración plenarial de la profesora de fojas ochenta y siete, que concuerda con el ya citado informe psicopedagógico de fojas ciento tres, ya citado], coinciden en las circunstancias que rodearon la información de la menor S.B.B.F. acerca de la violación que había sido víctima, la entrega inapropiada de regalos a la agraviada y de sus problemas de conducta en su colegio.

∞ Estos datos son reveladores y consolidan parte del testimonio de la agraviada, lo que es suficiente para estimar enervada la presunción constitucional de inocencia. En los casos de delitos de clandestinidad las nociones de credibilidad interna, ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud externa y corroboraciones externas periféricas fueron asumidas por los Acuerdos Plenarios 2-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116.

SSEXTIMO. Que, en conclusión, la interpretación del tipo penal de violación sexual de menor de edad fue incorrecta y, con ella, la delimitación y análisis de los medios de prueba. Asimismo, el razonamiento probatorio fue palmariamente irrazonable. La motivación vulneró, respecto de las inferencias probatorias, las reglas de la sana crítica, en especial los conocimientos científicos (alcances de las pericias de integridad sexual en relación con los elementos objetivos del tipo penal) y la ley lógica de razón suficiente –la prueba aludida por las sentencias de mérito no fundamentan la conclusión, de tal forma que es excluyente de lo que significa y del conjunto del material probatorio–. Es

evidente, entonces, que no se siguieron los criterios de seguridad fijados en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116.

∞ Estas infracciones normativas alcanzaron tanto a la sentencia de vista cuanto a la sentencia de primera instancia. Y, como se necesita apreciar correctamente las pruebas, especialmente las personales, en un nuevo debate, la sentencia casatoria solo puede ser rescindente (casación con reenvío).

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** los recursos de casación por violación de la garantía de motivación e infracción de precepto material interpuestos por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE AYACUCHO y por la actora civil –madre de la agraviada–, SANDRA DIANA FALCONÍ ASCARZA, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, de doce de junio de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos noventa y cuatro, de treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete, absolvió a Lucas Eduardo Salas Delgado de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de actos contra el pudor de menor de edad, violación sexual de menor de edad consumado y violación sexual de menor de edad tentado en agravio de S.B.B.F.; con todo lo demás que al respecto contiene. **II. En consecuencia, CASARON** la sentencia de vista y **ANULARON** la sentencia de primera instancia. **III. ORDENARON** se realice nuevo juicio oral de primera instancia por otro Juzgado, que tendrá en cuenta, obligatoriamente, lo expuesto en la presente Sentencia. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley; con transcripción; y, se publique esta Sentencia Casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **V. MANDARON** se lea en audiencia privada y **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CSMC/ABP

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: SAN MARTIN CASIRO CESAR EUGENIO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/08/2020 20:19:25 Razón RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial CORTE SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: FIGUEROA NAVARRO ALDO MARTIN / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/08/2020 10:59:12 Razón RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial CORTE SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: CASTAÑEDA ESPINOZA JORGE CARLOS / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/08/2020 20:37:38 Razón RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial CORTE SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: SECURSIOS VARGAS IVAN ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 12/08/2020 07:08:00 Razón RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial CORTE SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretaría de Sala Suprema TREBEJO FLORES Emma / Banda FAU2013001210 soft
Fecha: 24/08/2020 10:00:43 Razón RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial CORTE SUPREMA / LIMA FIRMA DIGITAL

Violación sexual de menor de edad, principios de legalidad y proporcionalidad, y merecimiento deontológico de la pena

Las agresiones sexuales poseen un componente que implica naturalmente la vejación, la humillación y el menosprecio para las víctimas, pues se vulnera el ámbito de la intimidad y libertad tan importante para las personas como es el de su sexualidad. La dignidad siempre resulta melada. Las violaciones sexuales, per se, son hechos graves, por lo que la intervención mínima del derecho penal no constituye una limitación material y/o formal para aplicar una pena severa y con pleno respeto del ordenamiento jurídico. Es imperiosa la consolidación de una resocialización adecuada, en beneficio del reo y la sociedad.

El imputado WILFREDO RAMOS ESCOBAR no perpetró una sino varias violaciones sexuales consumadas entre abril y julio de dos mil trece. Hubo continuidad criminal. Además, la víctima de iniciales R. Q. A. X. era su hijastra, vivieron juntos y entre ambos existió una diferencia etaria muy significativa ascendente a treinta y cinco años (él tenía cuarenta y cuatro años y ella nueve años).

El Tribunal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena e infringió los principios de legalidad y proporcionalidad. Aplicó al procesado WILFREDO RAMOS ESCOBAR una sanción ilegal e injustificada. No fluye ninguna causal de disminución de punibilidad o regla de reducción por bonificación procesal que avale su decisión.

En tal virtud, al no ser necesario un nuevo debate, esta Sala Penal Suprema emite una sentencia sin reenvío, al amparo del artículo 433, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal. La sentencia de vista será casada y, actuando en sede de instancia, se confirma la sentencia primera instancia en la que se le impuso la pena de cadena perpetua, por el delito de violación sexual de menor de edad, regulado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo, del Código Penal (modificado por la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis).

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de agosto de dos mil veinte

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR contra la sentencia de vista del veinte de junio de dos mil dieciocho (foja 208), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia del once de octubre de dos mil diecisiete (foja 103), que impuso la pena de cadena perpetua a WILFREDO RAMOS ESCOBAR como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales R. Q. A. X.,

y reformándola le impuso treinta años de privación de libertad; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. Según el requerimiento de acusación del veintisiete de enero de dos mil diecisiete (foja 1 en el cuaderno de debate), los hechos incriminados por el representante del Ministerio Público fueron los siguientes:

- 1.1.** El treinta de agosto de dos mil tres, nació la menor de iniciales R. Q. A. X., sus padres, Susana Alicia Quispe Condori y Luis Noarht Rojas, se separaron en el dos mil siete. La madre de la menor inició una relación sentimental con WILFREDO RAMOS ESCOBAR, y este último reconoció a la menor como su hija. Luego, vivieron juntos en el domicilio sito en la avenida Huancavelica número 335, distrito de Chilca, hasta julio de dos mil trece, cuando se alejaron. En ese periodo, Susana Alicia Quispe Condori y WILFREDO RAMOS ESCOBAR procrearon al menor de iniciales H. R. Q., cuyo nacimiento acaeció el diecisiete de febrero de dos mil ocho.
- 1.2.** En abril de dos mil trece, la agraviada de iniciales R. Q. A. X. tenía nueve años y cursaba el tercer grado de educación primaria, cuando fue agredida sexualmente por WILFREDO RAMOS ESCOBAR, quien aprovechó que la madre de la menor, estaba trabajando y su hijo de iniciales H. R. Q. se encontraba durmiendo. El acto sexual se produjo cuando la agraviada estaba viendo televisión; en ese momento, su padrastro le tapó la boca, cogió un cuchillo y le dijo: "Tú dices algo y mato a tu hermano", le tocó las partes íntimas, le bajó el pantalón y la ropa interior, se echó encima de ella, le abrió las piernas y le introdujo el pene en la vagina, lo que le produjo un dolor fuerte al punto de casi desmayarla. Después de ello, le indicó: "Corre vete a dormir, corre vete a tu cama, ya", la arrojó fuera de la habitación y le lanzó su pijama. Esa noche la agraviada de iniciales R. Q. A. X. no pudo dormir y estuvo llorando.
- 1.3.** Al día siguiente, durante la mañana, WILFREDO RAMOS ESCOBAR le refirió a la víctima de iniciales R. Q. A. X. que se echara una crema en el brazo. Asimismo, cuando se percató de que su trusa estaba manchada con sangre, se la quitó y la escondió. En la tarde, la obligó a ir al parque junto a su hermano de iniciales H. R. Q. y la hizo manejar bicicleta, pero ella no quiso, porque le dolía la vagina. Después de dos días, fue nuevamente violada y estos hechos se extendieron hasta julio de dos mil trece.

- 1.4. Cuando la agraviada de iniciales R. Q. A. X. cumplió diez años comenzó a menstruar, lo que conllevó que su madre, Susana Alicia Quispe Condori, le indicara los cuidados y la higiene que debía tener; además, le dijo que debía contarle todo lo que le sucediera.
- 1.5. El diecisiete de febrero de dos mil dieciséis, la menor de iniciales R. Q. A. X. y WILFREDO RAMOS ESCOBAR viajaron a la ciudad de Lima a fin de que ella se atendiera en el hospital nacional Guillermo Almenara Yrigoyen, de Essalud. En esa ocasión, mientras se encontraban en el bus, el segundo le efectuó tocamientos en la vagina. Cuando la menor se resistió, su agresor le indicó que le compraría unas zapatillas y mataría a su madre y a su hermano.
- 1.6. El dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, la víctima de iniciales R. Q. A. X. no quiso ir al colegio; cuando su madre le preguntó qué ocurría, se abrazaron y rezaron; entonces, la víctima se puso a llorar, le dijo que no podía seguir callando, que se sentía culpable y le contó que WILFREDO RAMOS ESCOBAR le había practicado actos sexuales. Como consecuencia, la madre planteó la denuncia en la Comisaría de Familia de Huancayo.

Los hechos fueron calificados en el primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal, se solicitó la imposición de la pena de cadena perpetua y el pago de la reparación civil de S/ 7000 (siete mil soles).

Segundo. Llevado a cabo el juicio oral, se expidió la sentencia del once de octubre de dos mil diecisiete (foja 103), que condenó a WILFREDO RAMOS ESCOBAR como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. Q. A. X., a la pena de cadena perpetua y fijó como reparación civil la suma de S/ 30 000 (treinta mil soles).

Se declaró probado el *factum* propuesto por la tesis acusatoria.

Se indicó que la sindicación de la agraviada de iniciales R. Q. A. X., en el sentido de que el imputado WILFREDO RAMOS ESCOBAR fue autor de las agresiones sexuales en su perjuicio, estaba corroborada: en primer lugar, con prueba pericial, esto es, el reconocimiento médico legal y los exámenes psicológicos que demostraron signos físicos en su anatomía (desfloración antigua) y secuelas en su personalidad (trastorno emocional, ansiedad, temor, pesadillas, desesperación y desvalorización por el evento sexual vivido, entre otras); en segundo lugar, con prueba personal (declaraciones plenarios de su madre Susana Alicia Quispe Condori y su abuela Alipia Máxima Condori Ccanto); y, en tercer lugar, con prueba documental (acta de inspección fiscal y denuncias correspondientes).

De otro lado, se subrayó que los hechos fueron tipificados en el primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo del artículo 173, del Código

Penal, que prevé la imposición de la pena de cadena perpetua. Se reseñaron los siguientes aspectos: la menor de iniciales R. Q. A. X. tenía menos de diez años, poseía un vínculo familiar con el encausado WILFREDO RAMOS ESCOBAR y a favor de este último no concurrieron atenuantes. Por todo ello, se concluyó que, a fin de no quebrar el principio de legalidad, correspondía aplicar la sanción prevista en la ley.

Tercero. Contra la mencionada sentencia, el procesado WILFREDO RAMOS ESCOBAR interpuso recurso de apelación del nueve de noviembre de dos mil diecisiete (foja 143).

Dicha impugnación fue concedida por auto del trece de noviembre de dos mil diecisiete (foja 175). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

Cuarto. En la audiencia concernida no se incorporaron ni actuaron medios probatorios; solo se expusieron las alegaciones de la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR y de los abogados defensores del actor civil y del encausado WILFREDO RAMOS ESCOBAR, según emerge del acta (foja 201).

En ese sentido, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista del veinte de junio de dos mil dieciocho (foja 208), confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a WILFREDO RAMOS ESCOBAR como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. Q. A. X., fijó como reparación civil la suma de S/ 30 000 (treinta mil soles), la revocó en cuanto le aplicó la pena de cadena perpetua y, reformándola, le impuso treinta años de privación de la libertad.

Respecto a la responsabilidad penal se estableció lo siguiente:

En primer lugar, la edad de la agraviada de iniciales R. Q. A. X. resulta concordante con la narración efectuada y con el bajo rendimiento escolar mostrado.

En segundo lugar, ella reprodujo su versión de los hechos en varias oportunidades, se apreció similitud entre lo referido en el acta de entrevista y las pericias psicológicas respectivas, en las que mantuvo la incriminación contra WILFREDO RAMOS ESCOBAR.

En tercer lugar, si bien la denuncia verbal fue interpuesta por la progenitora de la menor, Susana Alicia Quispe Condori, en agosto de dos mil dieciséis, es decir, tres años después de ocurridos los hechos, ello se debe a que su hija señaló que no le informó de los abusos sexuales que padecía, porque se sentía amenazada.

En cuarto lugar, la separación entre Susana Alicia Quispe Condori y WILFREDO RAMOS ESCOBAR se produjo en el dos mil trece por motivos económicos, mientras la denuncia se promovió en el dos mil dieciséis.

En quinto lugar, el perito aseveró que en la evaluación no percibió que se trate de una niña mentirosa o que haya sido inducida para otorgar un relato falso, también apuntó que las víctimas de los delitos sexuales sufren trastornos emocionales e interferencia en los procesos cognitivos, por lo que pueden existir errores sobre los tiempos acotados y las fechas que aparecen en las declaraciones.

En sexto lugar, la menor agraviada y su agresor tenían vinculación familiar y el último ostentaba una posición de autoridad.

Por otro lado, respecto a la consecuencia punitiva, se precisó que la pena de cadena perpetua: "No viene arreglada a ley, por cuanto resulta excesiva y desproporcional" (sic). Asimismo, se remarcó los principios de proporcionalidad y de humanidad. Y finalmente se concluyó:

Tanto más apreciado sea el bien jurídico, entonces, mayor deberá ser la sanción a imponerse, más para estos supuestos contra el delito de violación sexual no se cumple esta concordancia [...] se otorga al bien jurídico [...] indemnidad sexual [...] previsto en el artículo 173º, mayor relevancia que al bien jurídico "vida", contenido en el artículo 106º [...] cuya pena [...] resulta ser muy inferior a la conminada por el delito contra la libertad sexual [...].

Quinto. Frente a la sentencia de vista, el procesado WILFREDO RAMOS ESCOBAR y la representante de la Fiscalía Superior promovieron los recursos de casación del cuatro de julio de dos mil dieciocho (fojas 222 y 244). En lo referente a las causales previstas en el artículo 429 del Código Procesal Penal, el primero invocó los numerales 1, 2 y 5, mientras la segunda trajo a colación el numeral 3.

Mediante autos del primero de agosto de dos mil dieciocho (fojas 240 y 275), las citadas impugnaciones fueron admitidas. El expediente judicial fue remitido a este Tribunal Supremo.

§ II. Del procedimiento en la Sede Suprema

Sexto. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación del primero de marzo de dos mil diecinueve (foja 51 en el cuaderno supremo), por el que declaró: **a.** inadmisibles los recursos de casación del imputado WILFREDO RAMOS ESCOBAR; y, **b.** bien concedido el recurso de casación de la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR, por la causal estatuida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

Séptimo. Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones respectivas (fojas 61 y 62 en el cuaderno supremo).

Posteriormente, se emitió el decreto del diez de julio de dos mil veinte (foja 75, en el cuaderno supremo), que señaló el veintinueve de julio del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

Octavo. El señor fiscal supremo en lo penal, a través del dictamen del veintinueve de julio de dos mil veinte, opinó en el sentido de que se

declare fundado el recurso de casación materia de evaluación, se case la sentencia de vista, en cuanto aplicó a WILFREDO RAMOS ESCOBAR treinta años de privación de libertad por el delito y agravada mencionados, y que reformándola, sin reenvío, se le imponga la pena de cadena perpetua.

Noveno. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Como se indicó, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR por la causal contenida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

El motivo casacional se circunscribe a dilucidar si la Sala Penal Superior, al rebajar la pena impuesta al encausado WILFREDO RAMOS ESCOBAR –de cadena perpetua a treinta años de pena privativa de libertad–, vulneró el principio de legalidad y si los motivos esgrimidos para sustentar esta decisión fueron razonables.

En ese sentido, el pronunciamiento de la presente sentencia está disgregado en dos baremos: el principio de legalidad y la determinación de la pena.

I. Del principio de legalidad

Segundo. El principio de legalidad contiene un doble cariz: es la garantía tuitiva más importante de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, constituye un límite inexorable en el ejercicio de la facultad coercitiva estatal y, por ende, de la función jurisdiccional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca del principio de legalidad, estableció notas esenciales, que resulta pertinente destacar:

De un lado: "En un Estado de Derecho, el principio de legalidad [...] preside [...] la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo".

Y, de otro lado: "La Convención Americana obliga a los Estados a extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita".

Por lo que: "Corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal

que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”¹.

Por su parte, este Tribunal Supremo ha puntualizado los sentidos histórico y liberal, así como la arista procesal del principio de legalidad.

Sobre lo primero: “Los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos y ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda”.

Y, respecto a lo segundo:

La legalidad [...] no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido o permitido, y de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma [...]. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma (prohibitiva o imperativa), sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento [...] una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de la determinación judicial de la pena².

Tercero. Si la finalidad institucional del principio de legalidad es normar la convivencia social —discernir entre lo permitido y prohibido—, resulta imprescindible la presencia de un instrumento con carácter accesible y previsible para expresar su mensaje comunicativo. Solo de este modo podrá afirmarse que los ciudadanos han sido debidamente informados acerca de las limitaciones al ejercicio de sus conductas y también orientados respecto a las restricciones que puedan aplicarse.

Como se sabe, en materia penal se trata de delimitar qué acciones son constitutivas de delitos y qué penas o medidas de seguridad concierne imponer.

En ese sentido, la ley, como expresión positiva del principio de legalidad —en su vertiente definitoria de conductas punibles y de las consecuencias penales que acarrea—, vincula funcionalmente a los jueces en el quehacer jurisdiccional. Sirve como mecanismo de control,

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”. Sentencia del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos centésimo octogésimo séptimo, centésimo octogésimo noveno y centésimo nonagésimo.

² SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 724-2018/Junín, del diez de junio de dos mil diecinueve, fundamento de derecho noveno.

seguridad y predictibilidad de sus decisiones, y cumple el propósito de generar estabilidad y confiabilidad en el derecho.

Si bien a través del principio de legalidad se impide la dación de normas penales indeterminadas, ahí no queda todo, pues junto a ello surge la necesidad de fijar con precisión y antelación las sanciones jurídico-penales.

En lo pertinente, el punto de mayor vinculación del principio de legalidad lo constituye la prohibición dirigida al juez de aplicar una sanción que no se encuentre taxativamente prevista. Las sanciones penales no son inventadas, de ahí que no se puede imponer cualquier pena que exista en el ordenamiento jurídico, sino solo aplicar aquella sanción que específicamente se encuentre prevista para el delito cometido. La necesidad del ciudadano no solo consiste en saber si la conducta se halla o no prohibida, sino también en el hecho de conocer la clase y duración o contenido de la sanción a la que puede hacerse acreedor en caso decida cometer el delito³.

Así como se exige que los jueces al momento de la subsunción respectiva sean absolutamente respetuosos del tenor de la norma sustantiva infraccionada; en el mismo sentido, ha de requerírseles que observen sus disposiciones punitivas. Son cuestionables, en idéntico nivel, las decisiones de extralegalidad y de infralegalidad.

No siempre existen tensiones normativas entre los principios de legalidad y proporcionalidad. No todos los casos son difíciles o contienen situaciones límites por las que necesariamente deban ser puestos en conflicto. Y es que, para los jueces, tan importante como ahondar en su problemática, debe ser buscar su compatibilidad y resolver las situaciones sometidas a su conocimiento.

Debido a que no son principios absolutos, la pena debe satisfacer tanto la legalidad como la proporcionalidad.

Es por ello que, para imponer una sanción, ha de cumplirse con la legalidad (situarse en la pena abstracta) y, seguidamente, ha de verificarse la proporcionalidad según las circunstancias del caso, es decir, tomando en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad que puede resultar variable (dosificación de la pena concreta).

De no ser así, los jueces impondrían sanciones según su particular modo de ver la realidad o sus conocimientos privados y, lo que es peor, ensayarían cálculos punitivos arbitrarios.

De ocurrir esto último, se vaciaría de contenido la legalidad y proporcionalidad.

II. De la determinación de la pena

³ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de derecho penal parte general*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 89-90.

Cuarto. Sobre los motivos de la Sala Penal Superior para inaplicar la pena estatuida en el primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal (modificado por la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis), se precisa lo siguiente:

No se albergan dudas sobre la legalidad de la pena de cadena perpetua. Su imposición, lejos de ser frecuente, ha sido reservada para los delitos más graves recogidos en el Código Penal, respecto a los cuales la respuesta punitiva debe ser más intensa y firme. Ellos son feminicidio (artículo 108-B, tercer párrafo), secuestro (artículo 152, cuarto párrafo), violación sexual de menor de edad (artículo 173, primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo) y robo agravado seguido de muerte o como integrante de una organización criminal (artículo 189, tercer párrafo), entre otros.

Se incurre en un craso error cuando se determina la pena del ilícito de violación sexual de menor de edad tomando como referencia el marco abstracto del delito de homicidio, regulado en el artículo 106 del Código Penal. La indemnidad sexual y la vida no están sujetas a una estricta relación de prevalencia axiológica. Una no es más importante que la otra y viceversa. Ambos bienes jurídicos poseen la misma relevancia y, por ende, merecen similar resguardo normativo.

Salvo excepciones, los sistemas de penas no siempre resultan plenamente coherentes, son falibles; en todo caso, se trata de déficits legislativos sobre los cuales la judicatura no tiene dominio. A los jueces les incumbe respetar los márgenes punitivos formalizados en la ley y, solo cuando converjan razones extraordinarias de menor necesidad de pena, podrán apartarse de estos contornos e imponer una sanción inferior. Un ejemplo de ello es el escaso desarrollo psicológico y/o un grado de sociabilidad diferenciado del sujeto activo. Lógicamente, todo ello requerirá de una motivación cualificada y reforzada con elementos contrastables.

Es consabido que la represión drástica de las violaciones sexuales de menores de edad responde a una política criminal conducente a su protección. Se ha considerado otorgar un tratamiento singularizado que está justificado por la especificidad del bien jurídico tutelado (indemnidad sexual) y por el compromiso social de favorecer su cuidado. Actualmente, nadie puede controvertir la idea de que los menores de edad forman parte de la población más sensible y vulnerable.

Quinto. En términos generales, la imposición de la pena tiene como sustento normativo lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Su aplicación engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada *determinación legal* y la segunda rotulada como *determinación judicial*. En esta última fase se realiza

un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de aumento o reducción de la pena.

A. Determinación legal

Sexto. Según el primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal (modificado por la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis), el marco de punibilidad abstracto está legamente predeterminado con la pena de cadena perpetua.

Esta sanción fue requerida por el representante del Ministerio Público, en el requerimiento de acusación correspondiente.

B. Determinación judicial

Séptimo. A continuación, ha de establecerse la magnitud cuantitativa de la sanción penal.

Los criterios para determinar la pena concreta están estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal (textos originales). De ellos subyace una regla básica: la pena se impone dentro de los límites fijados por la ley.

De manera oportuna, en la sentencia de primera instancia se glosó que el sentenciado WILFREDO RAMOS ESCOBAR tuvo grado de instrucción superior completo en la carrera de ingeniería, ejerció actividades laborales en empresas mineras y nació el veintidós de enero de mil novecientos sesenta y nueve, es decir, cuando perpetró las agresiones sexuales tenía cuarenta y cuatro años de edad.

Estas condiciones, por su generalidad y no extraordinariedad, no compelen a que se le aplique una pena distinta de la estatuida en el Código Penal. Objetivamente, demuestran que se trató de una persona integrada a la colectividad, con plenitud en sus capacidades y, por ende, con posibilidad de informarse sobre la ilegalidad y reprochabilidad de mantener relaciones sexuales con menores de edad. A partir de sus óptimas condiciones personales, no se deducen atenuantes.

Adicionalmente, no se verifica la presencia de alguna de las causales de disminución de punibilidad contempladas en el Código Penal – como la omisión impropia (artículo 13), los errores (artículos 14 y 15), la tentativa (artículo 16), la complicidad secundaria (artículo 25), las eximentes imperfectas (artículo 21) o la responsabilidad restringida por razón de la edad (artículo 22)– ni las que provienen del ordenamiento convencional –interés superior del niño o dilaciones indebidas y extraordinarias⁴–.

De acuerdo con lo expuesto, no existe justificación para aminorar prudencialmente la pena a límites inferiores al marco de punición conminado y aplicar un *quantum* penal de naturaleza temporal.

⁴ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia Plenaria Casatoria número 1-2018/CIJ-433, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, fundamento vigésimo cuarto.

De otro lado, a favor del encausado WILFREDO RAMOS ESCOBAR no confluyen las reglas de reducción por bonificación reguladas en el Código Procesal Penal, como la confesión sincera (artículo 161), la terminación anticipada (artículo 471), la colaboración eficaz (artículo 475, numeral 2) o la conformidad procesal (artículo 372), a efectos de reducir la pena concreta en un determinado nivel.

En el acto oral, según acta (foja 52), no aceptó los cargos fiscales atribuidos. Esto es, no hubo cooperación procesal con la causa.

Octavo. El merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe generar una sanción; mientras que la necesidad de la pena significa que un hecho en sí merecedor de sanción además necesita ser penado, ya que en el caso no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo⁵.

En dicho escenario, surgen tres concepciones de merecimiento: vengativa, deontológica y empírica.

La primera insta a sancionar al delincuente de modo que se reproduzca el daño o sufrimiento que ha causado, lo que habitualmente se identifica como ley del talión. Está asociada con la posición de la víctima y es vista como una institucionalización de su venganza.

La segunda no se centra en el daño causado por la infracción, sino en la culpabilidad del infractor y se apoya en argumentos y análisis provenientes de la filosofía moral. El criterio para determinar la pena es más amplio: cualquier circunstancia que afecte la culpabilidad moral del delincuente se tiene en cuenta para juzgar qué pena merece. La magnitud del daño causado o la gravedad del mal cometido serán parte de ese cálculo, pero también lo será una amplia variedad de otros factores, como el estado mental del agente, así como las que se verifiquen en el momento de la infracción, incluyendo aquellas que podrían fundamentar una causa de justificación.

La tercera, si bien se proyecta sobre culpabilidad, en la determinación de los principios que han de regir la determinación de la pena no acude a la evaluación filosófica, sino a las intuiciones de justicia de la comunidad⁶.

⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. En: <https://dialnet.unirioja.es/>

⁶ ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 159-164.

Esta Sala Penal Suprema adopta la concepción de merecimiento deontológico, en atención a la razonabilidad de los postulados, así como por justicia y equidad.

Noveno. El principio de proporcionalidad posee un doble enfoque, esto es, como "prohibición de exceso" y como "prohibición por defecto". Esta última impide que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho. En esa lógica, la apreciación de la "gravedad del hecho" se erige como parámetro útil en la medición del interés de persecución penal y su valoración se enmarca dentro del criterio de la "gravedad de la pena"⁷.

Las agresiones sexuales ostentan un componente que implica naturalmente la vejación, la humillación y el menosprecio para las víctimas, pues se vulnera un ámbito de la intimidad y libertad tan importante para las personas como es el de su sexualidad.

La dignidad siempre resulta mellada.

Las violaciones sexuales, *per se*, son hechos graves, por lo que la intervención mínima del derecho penal no constituye una limitación material y/o formal para aplicar una pena severa y con pleno respeto del ordenamiento jurídico. Es imperiosa la consolidación de una resocialización adecuada, en beneficio del reo y la sociedad.

El imputado WILFREDO RAMOS ESCOBAR no perpetró una sino varias violaciones sexuales consumadas entre abril y julio de dos mil trece. Hubo continuidad criminal. Además, la víctima de iniciales R. Q. A. X. era su hijastra, vivieron juntos y entre ambos existió una diferencia etaria muy significativa ascendente a treinta y cinco años (él tenía cuarenta y cuatro años y ella nueve años).

Como es lógico, se refleja una situación de vulnerabilidad previa, concomitante y posterior a los actos sexuales, lo que impide concluir que haya entablado relaciones libres, voluntarias, igualitarias y equilibradas. En estos casos se adoptan actitudes de sometimiento y pasividad.

Entonces, debido a que el hecho delictivo probado es notoriamente grave, existe un reproche jurídico absoluto y no se aprecian atenuaciones de ninguna índole, la sanción impuesta al imputado WILFREDO RAMOS ESCOBAR en primera instancia, es decir, cadena perpetua, resultó acorde con los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad y con el merecimiento deóntico de la pena.

Décimo. Es oportuno recordar que la cadena perpetua no infracciona la garantía prevista en el artículo 139, numeral 22, de la

⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (Inpeccp), 2018, p. 311.

Constitución Política del Estado. El Tribunal Constitucional ha reconocido su constitucionalidad siempre que se prevean mecanismos temporales de excarcelación, que tengan por objeto evitar que se trate de una sanción intemporal⁸. De acuerdo con ello, en el ordenamiento jurídico se encuentra una cláusula legal que habilita su revisión, según el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal.

En virtud del artículo 178-A del Código Penal, recibirá tratamiento terapéutico para facilitar su readaptación social. Así, la expectativa de resocialización se mantiene vigente y dependerá de su evolución progresiva y de la realización de actividades productivas que favorezcan el cumplimiento de los fines de la pena.

Undécimo. Por consiguiente, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena e infringió los principios de legalidad y proporcionalidad. Aplicó al procesado WILFREDO RAMOS ESCOBAR una sanción ilegal e injustificada, aun cuando no se cotejó ninguna causal de disminución de punibilidad o regla de reducción por bonificación procesal para avalar su decisión.

En tal virtud, al no ser necesario un nuevo debate, esta Sala Penal Suprema emite una sentencia sin reenvío, al amparo del artículo 433, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal. La sentencia de vista será casada y, actuando en sede de instancia, se confirmará la sentencia de primera instancia en la que se le impuso la pena de cadena perpetua por el delito de violación sexual de menor de edad, regulado en el primer párrafo, numeral 1, y segundo párrafo del artículo 173 del Código Penal (modificado por la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis).

El recurso de casación promovido por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR se declarará fundado.

DECISIÓN

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

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR contra la sentencia de vista del veinte de junio de dos mil dieciocho (foja 208), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia del once de octubre de dos mil diecisiete (foja 103), que impuso la pena de cadena perpetua a WILFREDO RAMOS ESCOBAR como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 010-2002-AI/TC Lima, del tres de enero de dos mil tres, fundamento jurídico centésimo nonagésimo cuarto.

con las iniciales R. Q. A. X., y reformándola le aplicó treinta años de privación de libertad; con lo demás que contiene.

- II. **CASARON** la sentencia de vista del veinte de junio de dos mil dieciocho (foja 208) y actuando en sede de instancia, sin reenvío, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia del once de octubre de dos mil diecisiete (foja 103), que impuso la pena de cadena perpetua a WILFREDO RAMOS ESCOBAR como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales R. Q. A. X.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia sea leída en audiencia privada, se notifique a las partes personadas a esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS
COAGUILA CHÁVEZ

CCH/ecb

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACION 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.

JURISTA
EDITORES
-SENTENCIA DE CASACION-

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" – Tumilaca 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 – Tumilaca. La menor indicó a sus padres, con quienes se encontraba en la celebración de la fiesta de la Virgen del Carmen en el Molino Tumilaca, 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.

SEXTO. 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.

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 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.

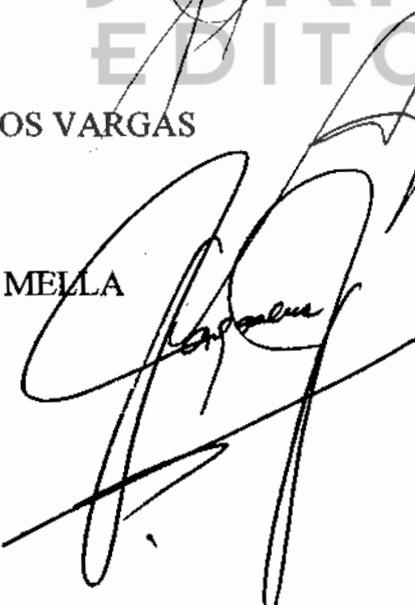
Ss.

SAN MARTÍN CASTRO 

FIGUEROA NAVARRO 

PRÍNCIPE TRUJILLO 

SEQUEIROS VARGAS 

CHÁVEZ MELLA
CSM/abp 

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY 

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Violación sexual de menor de edad, prueba suficiente y determinación de la pena

I. La agraviada de iniciales M. E. G. M. ofreció una sindicación coherente, uniforme, persistente y sustentada periféricamente. La pericia anatómica acreditó la producción de los actos sexuales instruidos; mientras que la pericia psicológica demostró, como es lógico, la desestabilización de su estado psíquico y precocidad sexual. Se refleja una situación de vulnerabilidad previa, concomitante y posterior a los actos sexuales, lo que impide concluir que haya entablado relaciones libres, voluntarias, igualitarias y equilibradas. En estos casos se adoptan actitudes de sometimiento y pasividad.

II. El núcleo de lo relatado, con relación a las agresiones sexuales sufridas, a la mecánica de su producción y a las circunstancias temporales y especiales en que tuvieron lugar, se mantuvo incólume durante el proceso penal (entre la primera y la última declaración transcurrieron aproximadamente cinco años). No convergen elementos de juicio para cuestionar su credibilidad subjetiva. La animadversión de su entorno familiar no es extrapolable y no compromete negativamente la fiabilidad de su declaración, por ende, la confabulación alegada no tiene una base sólida y constituye una mera conjetura. La prueba de cargo razonada es plural, concordante y suficiente. Por consiguiente, la presunción constitucional de inocencia del procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE ha sido enervada. La condena dictada, en observancia del artículo 285 del Código de Procedimientos Penales, es conforme a derecho.

III. El imputado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE no perpetró una sino varias violaciones sexuales consumadas, en las que no cabe el error de tipo y no se configuran las exenciones de responsabilidad que franquea la ley penal. Las agresiones sexuales poseen un componente que implica naturalmente la vejación, la humillación y el menosprecio para las víctimas, pues se vulnera un ámbito de la intimidad y libertad tan importante para las personas como es el de su sexualidad. La dignidad siempre resulta mellada. Debido a que el hecho delictivo es notoriamente grave y existe un reproche jurídico absoluto, la sanción impuesta al acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE resultó sumamente benigna e infringió los principios de legalidad y proporcionalidad. Por lo tanto, con el propósito de mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de prevención, y en uso de la facultad conferida por el artículo 300, numeral 3, del Código de Procedimientos Penales, es razonable su elevación. La sanción que finalmente se aplica corresponde a treinta años de privación de libertad, es decir, coincidente con el mínimo legal estipulado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, modificado por Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis.

Lima, trece de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR y el encausado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE contra la sentencia de fojas mil ciento cinco, del doce de abril de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Permanente del distrito de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que condenó a MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE como autor del delito contra la libertad-violación de la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales M. E. G. M., a diez años de pena privativa de libertad y fijó como reparación civil la suma de mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada. Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, en su recurso de nulidad de fojas mil ciento veintidós, instó a que se eleve la pena aplicada en la sentencia impugnada. Señaló que a favor del imputado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE no concurren circunstancias atenuantes y no se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral. Afirmó que se incurrió en error al concluir que la menor de iniciales M. E. G. M. no sufrió daño psicológico y que no existió violencia o amenaza. Indicó que el citado imputado le duplicaba la edad a la víctima y que se aprovechó de su vínculo familiar y de su situación de abandono.

Segundo. El procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE, en su recurso de nulidad de fojas mil ciento treinta y tres, solicitó su absolución de los cargos incriminados puesto que no tenía conocimiento sobre la edad de la agraviada de iniciales M. E. G. M. y se configuró un error de tipo. No se emplazó a su defensa para que concurra a la diligencia de cámara Gesell. La víctima incurrió en contradicciones y no presentó daño psicológico. Existieron ánimos espurios en su contra. No se valoraron las declaraciones de Lourdes Yolanda Mendoza Mercado, Carmen Rosa Martínez Mercado y Verónica Esther Quispe Martínez. Y la "personalidad con rasgos disociales" no es indicio de culpabilidad.

§ II. Imputación fiscal

Tercero. En las acusaciones escrita y oral de fojas seiscientos seis y mil cincuenta (vuelta), se atribuyó al procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE la autoría del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M. E. G. M. Los actos sexuales entre ellos ocurrieron en cuatro ocasiones aproximadamente, durante el mes de enero de dos mil doce, en la vivienda de los familiares de la víctima y en un hotel.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Cuarto. La presente causa penal fue incoada contra los procesados MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE y Leiro Vladimir Rosales Gálvez, según trasciende del auto de apertura de instrucción de fojas cincuenta y ocho, del once de octubre de dos mil doce; de la acusación fiscal de fojas seiscientos seis, del primero de agosto de dos mil diecisiete; y, del auto superior de enjuiciamiento de fojas seiscientos treinta y nueve, del dieciocho de octubre de dos mil diecisiete. En esta última resolución, se declaró contumaz al imputado Leiro Vladimir Rosales Gálvez. Se prosigió con el juzgamiento del encausado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE.

Quinto. Este Tribunal Supremo hace constar que subyacen dos tipos de impugnaciones: la primera, defensiva, planteada por el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE, quien solicita su absolución de la acusación fiscal, y, la segunda, acusatoria, formulada por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR, quien requiere el aumento de la pena impuesta.

En ese sentido, por cuestiones metodológicas, corresponde, en principio, pronunciarse por la defensiva y, seguidamente, en caso de que esta no haya prosperado, dilucidar la acusatoria.

1. De la impugnación defensiva

Sexto. La víctima de iniciales M. E. G. M. declaró en sede preliminar a fojas diecisiete, con intervención del representante del Ministerio Público, y en el juzgamiento a fojas mil seis, y mil treinta y cinco (vuelta).

En el primer estadio, por un lado, afirmó que, a partir de enero de dos mil doce, mantuvo relaciones sexuales con el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE, quien era pareja sentimental de su prima; y, por otro lado, que los actos sexuales se produjeron en su vivienda, en seis oportunidades y que el encausado no la forzó ni la golpeó.

En el segundo estadio, ratificó su versión primigenia y precisó detalles conexos, esto es, que el imputado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE tenía conocimiento de su edad (doce años) y que la última vez que la accedió carnalmente fue en un hostel, luego de lo cual le obsequió un peluche y unos zapatos.

En ambas etapas procesales, aseveró que tuvo relaciones sexuales anteriores con el contumaz Leiro Vladimir Rosales Gálvez.

En la confrontación acaecida en el plenario a fojas mil treinta y nueve (vuelta), la agraviada de iniciales M. E. G. M. enrostró directamente al acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE las reiteradas ocasiones en que tuvieron experiencias coitales y refrendó lo relacionado a los lugares y las dádivas proporcionadas.

Séptimo. Por su parte, el imputado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE no concurrió a la fase de instrucción, de acuerdo con el informe final de fojas cuatrocientos doce, del doce de junio de dos mil quince. En cambio, sí compareció en el juicio oral a fojas ochocientos ocho. En primer lugar, negó los cargos atribuidos. En segundo lugar, señaló que conocía a la menor de iniciales M. E. G. M. porque es prima de su expareja Verónica Esther Quispe Martínez, con quien convivió aproximadamente tres años, y sostuvo que la víctima no vivía con ellos, pero iba de visita los fines de semana. En tercer lugar, mencionó que la agraviada era "bajita", "gordita", tenía cabello "ondeado" y no "aparentaba su edad". Y, en cuarto lugar, adujo que la testigo Verónica Esther Quispe Martínez lo denunció por venganza.

Octavo. Desde la perspectiva de la prueba pericial, cabe indicar lo siguiente:

8.1. El Certificado Médico Legal número 004173-H de fojas treinta, detalló que la menor de iniciales M. E. G. M. tuvo himen con: "Desgarros incompletos en horas II y IX" y presentó: "Signos de desfloración antigua" y "No signos de coito *contra natura*". La víctima especificó que las relaciones sexuales con el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE se iniciaron en enero de dos mil doce. La data de la antigua desfloración se condice con el evento delictual y su contexto temporal.

8.2. El Protocolo de Pericia Psicológica número 014602-2012-PSC de fojas treinta y cinco, estableció que la agraviada de iniciales M. E. G. M. sufrió: "Afectación emocional significativa en relación al motivo de la evaluación". En la pericia también se indicó que fue evasiva y reservada, brindó poca información, exhibió cambios en su relato involucrando a una segunda persona, se dejó llevar por sus emociones e impulsos, se expuso a situaciones de riesgo y, a nivel sexual, denotó precocidad.

Noveno. Es determinante la edad de la menor de iniciales M. E. G. M., quien, en la época delictual, tenía doce años, según emerge del documento nacional de identidad de fojas veintiuno. Entonces, cualquier autorización de su parte para acceder al acto sexual, es irrelevante y no exime al sujeto activo.

El error de tipo está regulado en el artículo 14 del Código Penal. Se refiere a la creencia equivocada, a la ignorancia o al desconocimiento de la concurrencia de alguno de los elementos del tipo penal o, lo que es lo mismo, un error sobre un hecho constitutivo de la infracción punible. El error excluye el dolo.

El acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE invocó el error de tipo, lo cual significa que, implícitamente, reconoció los actos sexuales. Luego, si conocía a la víctima, por lo menos, desde que fue pareja y conviviente de su prima Verónica Esther Quispé Martínez, durante tres años, es ilógico que no fuera consciente o no se haya representado como un hecho altamente probable su minoría de edad, tanto más si, en el plenario, especificó características físicas que armonizan con las de una niña.

El acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE posee un grado de instrucción acorde al promedio general, esto es, secundaria completa, según la ficha Reniec de fojas quinientos ochenta y tres. Ello implica, en cierto modo, que su capacidad intelectual no estuvo rescindida, tuvo aptitud para comprender la ilicitud de su comportamiento y pudo conducirse según esa comprensión. No concurre prueba en contrario para cuestionar la plenitud de sus facultades de discernimiento y percepción de la realidad. Por lo tanto, no se configura un error de tipo.

J

Décimo. En sede preliminar, el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE fue convocado para expresar sus descargos. Según la citación y notificación de fojas diez y dieciséis, suscritas en señal de conformidad por su hermana Bethy Ramírez Roque, se le otorgaron cuatro días distintos para que concurra (dieciocho, veinticinco, veintinueve y treinta y uno de mayo de dos mil doce). Empero, las actas de fojas once, doce y trece demuestran que no compareció ante los requerimientos policiales. Tampoco designó un abogado defensor para que, en su representación, intervenga en las diversas diligencias que se realizasen.

La entrevista única en cámara Gesell, glosada en el acta de fojas diecisiete, se efectuó el dieciocho de mayo de dos mil doce. Como se sabe, en esta fecha, el acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE aún no había sido ubicado. A juicio de esta Sala Penal Suprema, el que hiciera caso omiso a los emplazamientos cursados y no designase una defensa legal no impide la prosecución regular de las actuaciones procesales.

La manifestación que rindió la menor de iniciales M. E. G. M., como "prueba preconstituida" o, desde otra perspectiva, como una "prueba personal documentada", cumplió con el requisito de conducencia, regulado en el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, es decir, fue recabada con presencia del señor fiscal adjunto provincial.

En cumplimiento del artículo 262 del Código de Procedimientos Penales, durante el juicio oral a fojas mil cuarenta y nueve (vuelta), se dio lectura al Protocolo de Pericia Psicológica número 014602-2012-PSC, que contenía la manifestación en cámara Gesell de la agraviada. Frente a ello, el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE y su defensa no esgrimieron observaciones ni cuestionamientos formales o materiales.

Por lo demás, es oportuno establecer, en línea de principio, que la entrevista en cámara Gesell es realizada por el psicólogo especializado, al cual solo es posible hacerle llegar las preguntas o aclaraciones que soliciten los sujetos procesales (jueces, fiscales y abogados de las partes), quienes, sin embargo, a diferencia de este profesional, no deben estar expuestos de manera que puedan ser vistos por los afectados, por el riesgo latente de que se pierda espontaneidad.

Con la presencia del juez, el fiscal y el abogado se procura garantizar el respeto del principio de contradicción procesal y salvaguardar el derecho de defensa. En el caso evaluado, ni el principio ni el derecho señalado ha sido conculcado.

Undécimo. La testigo Lourdes Yolanda Mendoza Mercado prestó declaraciones en la etapa policial a fojas veintidós, y en el juicio oral a fojas novecientos noventa y siete. La primera testifical no contó con la intervención del representante del Ministerio Público, por lo que, en aplicación del artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, no es prueba valorable. En cambio, la segunda sí cumplió con los presupuestos legales de contradicción, inmediatez y oralidad. En esta ocasión, afirmó que es la progenitora de la víctima de iniciales M. E. G.

M.; que conoce al procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE porque fue pareja de su sobrina Verónica Esther Quispe Martínez; que él "tenía otras mujeres", era una "mala persona" y sabía la edad de su hija; y, que se enteró de las violaciones sexuales por su hermana Carmen Rosa Martínez Mercado y su sobrina Verónica Esther Quispe Martínez.

La testigo Carmen Rosa Martínez Mercado rindió su manifestación en el juzgamiento a fojas novecientos sesenta y siete. En lo pertinente, señaló que es tía de la agraviada de iniciales M. E. G. M. y que la testigo Lourdes Yolanda Mendoza Mercado sentía "cólera" por el acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE.

La testigo Verónica Esther Quispe Martínez ofreció su deposición en el plenario a fojas novecientos cincuenta y seis, en la que indicó que la menor de iniciales M. E. G. M. es su prima, que el imputado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE es padre de su hijo, que convivían esporádicamente y que como él mantenía otras relaciones sentimentales le tenía "cólera".

En atención a los datos previamente reseñados, este Tribunal Supremo reconoce la calidad de órganos de prueba indirectos de las testigos Lourdes Yolanda Mendoza Mercado, Carmen Rosa Martínez Mercado y Verónica Esther Quispe Martínez. No presenciaron directamente los hechos.

Al tratarse de testigos de referencia, su estimación como prueba incriminatoria está sujeta a los alcances del principio de esclarecimiento, según el cual debe escucharse al testigo directo¹.

La declaración de un testigo indirecto o de referencia tiene un valor probatorio limitado. No tendrá la calidad de prueba si su testimonio no es confrontado con otras declaraciones de testigos presenciales o, de ser necesario, con prueba indiciaria.

En ciertos casos ocurre que las declaraciones de los testigos indirectos no resultan relevantes en la dilucidación probatoria puesto que, siguiendo una línea de prevalencia epistemológica, convergen otros medios probatorios que, en contraste con ellas, detentan un mérito superior para esclarecer el *thema probandum*.

Esto último se enmarca en lo que la doctrina ha rotulado como "peligro de desborde". La abundancia de información hace difícil la toma de decisiones².

Así, no debe perderse de vista que los delitos sexuales, por lo general, son perpetrados en escenarios de clandestinidad e intimidad, esto es, sin testigos.

Es cierto que la versión otorgada por la víctima de iniciales M. E. G. M. no sincroniza plenamente con lo manifestado por las testigos enunciadas, pero ello, de ningún modo, disminuye o afecta su valor probatorio. En

¹ VOLK, Klaus. *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016, p. 358.

² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007, 75.

consecuencia, tales declaraciones indirectas, en sí mismas, no resultan determinantes, ni para afianzar la hipótesis acusatoria ni para consolidar la hipótesis defensiva.

Duodécimo. La Pericia Psiquiátrica número 001671-2018-EP-PSQ de fojas ochocientos veinte, estableció que el acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE presenta: "Personalidad con rasgos disociales, inteligencia normal clínicamente y no psicopatología de psicosis". La conclusión tiene varias aristas y no se restringe a una sola. Cada una de ellas posee una explicación científica.

Esta pericia fue ratificada en el juicio oral por el perito otorgante a fojas novecientos treinta y siete, quien aseveró que el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE ofreció un relato poco creíble e inconsistente, ya que, en principio, admitió que estuvo con la agraviada de iniciales M. E. G. M. por su voluntad, pero luego lo negó y señaló que fue denunciado por venganza; que la incapacidad para controlar sus impulsos sexuales está relacionada con sus instintos, lo que hace "probable" que cometa delitos sexuales si aprovecha la susceptibilidad de su víctima; que las personas con estas características actúan primero y reflexionan después sobre las consecuencias de sus actos, les "gana el impulso" y posteriormente sobreviene el "arrepentimiento", y que la "personalidad con rasgos disociales" alude a la transgresión de normas sin sentimiento de culpa, disminuyendo, evitando o negando los hechos que se le atribuyen.

De otro lado, se inserta la Pericia Psicológica número 000276-2018-PS-EP de fojas novecientos cuarenta y dos, que respecto a la personalidad del acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE señaló que: "Se deja llevar por sus impulsos del momento, cuando algo le atrae busca la satisfacción inmediata de sus deseos aunque eso le implique afectar a terceros". Dictaminó la presencia de: "Rasgos histriónicos-inmaduro".

La jurisprudencia comparada clasifica los indicios según su eficacia probatoria:

- *Indicios equiparables*, aquellos que además de la hipótesis acusatoria pueden ser reconducibles a otra hipótesis con el mismo o parecido grado de probabilidad.
- *Indicios orientativos* (o de probabilidad prevalente), aquellos que conectan, además de la hipótesis acusatoria, con otra hipótesis alternativa, pero con un grado de probabilidad superior a favor de la primera.
- *Indicios cualificados* (o de alta probabilidad), aquellos que acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis acusatoria, no tanto por el indicio en sí, sino, fundamentalmente, porque no se vislumbra ninguna hipótesis alternativa, y si los hechos hubieran ocurrido de otro modo, solo el acusado estaría en condición de formular la contrahipótesis correspondiente.
- *Indicios necesarios*, aquellos que, en aplicación de leyes científicas o de constataciones sin excepción, excluyen la posibilidad de cualquier

alternativa a la hipótesis acusatoria. No son los indicios más frecuentes, pero sí los más seguros³.

A decir de la literatura jurídica, la capacidad moral para delinquir de las personas tiene dos razones: de un lado, el motivo concreto que actúa sobre su mente con especial impulso; y, de otro lado, la débil resistencia que esta le opone, a causa de sus condiciones generales⁴.

Al acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE –cuyo comportamiento presenta características que expresan propensión y disposición psíquica a quebrantar normas sociales (hecho indicador) y a cometer delitos de tipo sexual (hecho indicado)- se le atribuye directamente la autoría de violaciones sexuales en enero de dos mil doce. Racionalmente, confluye un indicio cualificado de proclividad delictiva o criminoso.

Decimotercero. En consecuencia, la agraviada de iniciales M. E. G. M. ofreció una sindicación coherente, uniforme, persistente y sustentada periféricamente. La pericia anatómica acreditó la producción de los actos sexuales instruidos; mientras que la pericia psicológica demostró, como es lógico, la desestabilización de su estado psíquico y precocidad sexual. Se refleja una situación de vulnerabilidad previa, concomitante y posterior a los actos sexuales, lo que impide concluir que haya entablado relaciones libres, voluntarias, igualitarias y equilibradas. En estos casos se adoptan actitudes de sometimiento y pasividad.

El núcleo de lo relatado, con relación a las agresiones sexuales sufridas, a la mecánica de su producción y a las circunstancias temporales y especiales en que tuvieron lugar, se mantuvo incólume durante el proceso penal (entre la primera y la última declaración transcurrieron aproximadamente cinco años). No convergen elementos de juicio para cuestionar su credibilidad subjetiva. La animadversión de su entorno familiar no es extrapolable y no compromete negativamente la fiabilidad de su delación, por ende, la confabulación alegada no tiene una base sólida y constituye una mera conjetura.

La prueba de cargo razonada es plural, concordante y suficiente.

Por consiguiente, la presunción constitucional de inocencia del procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE ha sido enervada. La condena dictada, en observancia del artículo 285 del Código de Procedimientos Penales, es conforme a derecho.

Decimocuarto. Por otro lado, la reparación civil no se condice con el daño moral irrogado, pero no puede ser elevada en observancia del principio de la reforma en peor. Las partes procesales habilitadas para cuestionar el objeto civil no lo hicieron.

³ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 10063/2016, del veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis, fundamento jurídico primero.

⁴ DEI MALATESTA, Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002, p. 292.

2. De la impugnación acusatoria

Decimoquinto. El Tribunal Superior, en la graduación de la pena impuesta al condenado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE, tuvo en cuenta cuatro factores:

- 15.1. En primer lugar, que la agraviada de iniciales M. E. G. M. consintió las relaciones sexuales.
- 15.2. En segundo lugar, que no se produjo perjuicio emocional.
- 15.3. En tercer lugar, que entre los sujetos activo y pasivo no hubo una diferencia de edades irrazonable.
- 15.4. En cuarto lugar, que es agente primario, es padre de dos menores de edad, se desempeña como cobrador de transporte público y no representa un peligro para la sociedad.

Decimosexto. Lo reseñado hace patente la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales. El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. La víctima de iniciales M. E. G. M. era menor de catorce años y, por ende, su aquiescencia a toda relación sexual es inexistente⁵. La prueba pericial psicológica es un instrumento apreciable pero tiene carácter complementario, de ahí que el hecho de que luego del examen pertinente no se diagnostique específicamente la presencia de un daño o estresor sexual en los perjudicados, en modo alguno imposibilita la acreditación de la violación sexual. Según el caso, pueden surgir otras pruebas con información de calidad para acreditar el delito. No existe base normativa para afirmar que la cercanía etérea entre el sujeto activo y pasivo se instituye como un motivo de aminoración punitiva (con excepción de lo estatuido en el artículo 22 del Código Penal) y la paternidad del primero no reduce su culpabilidad por los delitos cometidos.

Decimoséptimo. El objeto de la impugnación promovida por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR está circunscrito a la sanción penal aplicada en primera instancia. En términos generales, la imposición de la pena tiene como sustento normativo lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar, así como lo regulado en el artículo 45 del Código Penal. Engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada "determinación legal", y la segunda rotulada como "determinación judicial". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de aumento o disminución de la pena.

⁵ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 04-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico octavo.

A. Determinación legal

Decimoctavo. El delito de violación sexual de menor de edad, conforme al artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, modificado por Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis (vigente en la época delictual), está regulado con un marco penológico abstracto no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

B. Determinación judicial

Decimonoveno. Seguidamente, concierne establecer la magnitud cuantitativa de la sanción penal.

El artículo 45 del Código Penal (texto original) establece, como regla básica, que la pena se impone dentro el margen de penalidad conminada, razón por la cual, los presupuestos para fundamentarla y determinarla –entre los que se encuentran las carencias sociales, el nivel de cultura y las costumbres del agente delictivo– no autorizan a establecerla por debajo del mínimo legal. Esto último, como expresión del principio de legalidad.

En lo pertinente a sus condiciones personales, el acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE ejerció actividades laborales conocidas, según las constancias de fojas setecientos noventa y ocho, setecientos noventa y nueve, y mil treinta.

Estos aspectos, si bien reflejarían una conducta favorable y una menor necesidad punitiva, no autorizan a aplicarle una sanción distinta a la estatuida en la ley sustantiva. Su eficacia a lo sumo determina la imposición de una pena concreta proyectada hacia el extremo inicial o mínimo legal de la pena básica.

Vigésimo. Adicionalmente, tampoco se verifica la presencia de alguna causal de disminución de punibilidad –como la omisión impropia (artículo 13 del Código Penal); los errores de tipo, prohibición y culturalmente condicionado (artículos 14 y 15 del Código Penal); la tentativa (artículo 16 del Código Penal); la complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal); las eximentes imperfectas (artículo 21 del Código Penal) o la responsabilidad restringida por razón de la edad (artículo 22 del Código Penal)–, que permita justificar, en clave de legalidad, la aminoración prudencial de la pena a límites inferiores del marco de punición tasado.

El imputado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE no perpetró una sino varias violaciones sexuales consumadas, en las que no cabe el error de tipo y no se configuran las exenciones de responsabilidad que franquea la ley penal. Además, en la fecha del evento criminal, tenía veintiséis años de edad, de acuerdo a la ficha de Reniec de fojas quinientos ochenta y tres.

Vigesimoprimer. Por último, sobre la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal, cabe indicar que, a favor del encausado MIGUEL

ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE no confluyen la confesión sincera (artículo 161 del Código Procesal Penal), la terminación anticipada (artículo 471 del Código Procesal Penal), la colaboración eficaz (artículo 475, numeral 2, del Código Procesal Penal) o la conformidad procesal (Ley número 28122, del trece de diciembre de dos mil tres), a efectos de reducir la pena concreta. En el acto oral a fojas ochocientos ocho, negó su responsabilidad. Esto es, no hubo colaboración procesal con la causa.

Vigesimosegundo. El principio de proporcionalidad posee un doble enfoque, esto es, como "prohibición de exceso" y como "prohibición por defecto". Esta última impide que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho. En esa lógica, la apreciación de la "gravedad del hecho" se erige como parámetro útil en la medición del interés de persecución penal y su valoración se enmarca dentro del criterio de la "gravedad de la pena"⁶.

Las agresiones sexuales poseen un componente que implica naturalmente la vejación, la humillación y el menosprecio para las víctimas, pues se vulnera un ámbito de la intimidad y libertad tan importante para las personas como es el de su sexualidad. La dignidad siempre resulta mellada.

Las violaciones sexuales, per se, son hechos graves, por lo que la intervención mínima del derecho penal no constituye una limitación material y/o formal para aplicar una pena severa y con pleno respeto del ordenamiento jurídico. Es imperiosa la consolidación de una resocialización adecuada, en beneficio del reo y la sociedad.

Entonces, debido a que el hecho delictivo probado es notoriamente grave y existe un reproche jurídico absoluto, la sanción impuesta al acusado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE resultó sumamente benigna e infringió los principios de legalidad y proporcionalidad.

Por lo tanto, con el propósito de mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de prevención y en uso de la facultad conferida por el artículo 300, numeral 3, del Código de Procedimientos Penales, es razonable su elevación. La sanción que finalmente se le aplica corresponde a treinta años de privación de libertad, es decir, coincidente con el mínimo legal estipulado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, modificado por Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis.

En virtud del artículo 178-A del Código Penal, el procesado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE recibirá tratamiento terapéutico para facilitar su readaptación social. De ahí que la expectativa de resocialización se mantiene vigente y dependerá de su evolución progresiva y de la

⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), 2018, 311.

realización de actividades productivas que favorezcan el cumplimiento de los fines de la pena.

El recurso de nulidad formalizado por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR y los motivos que lo integran han prosperado.

DECISIÓN

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

- I. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ciento cinco, del doce de abril de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Permanente del distrito de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Lima Este, que condenó a MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE como autor del delito contra la libertad-violación de la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales M. E. G. M. y fijó como reparación civil la suma de mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada.
- II. **HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en cuanto impuso a MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ ROQUE diez años de pena privativa de libertad; y, reformándola, le **IMPUSIERON** treinta años de privación de libertad, que será computada luego de que sea capturado y deberá descontársele el periodo de reclusión penitenciaria que sufrió desde el seis de junio de dos mil diecisiete (notificación de fojas quinientos ochenta) hasta el trece de marzo de dos mil dieciocho (oficio de fojas mil cincuenta y cuatro).
- III. **DISPUSIERON** que la presente ejecutoria suprema sea publicada en la página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/ecb

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

10 5 DIC 2019

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.º 2-2018/CIJ-433

BASE LEGAL: Artículos del Código Procesal Penal

ASUNTO: El examen del ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales

Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente y Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanente y Transitoria, y la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 367-2018-P-PJ, del uno de octubre de dos mil dieciocho, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, a efecto de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la pertinencia, alcances, importancia y valoración de la prueba de ADN en los delitos sexuales, a propósito de la sentencia casatoria vinculante número 292-2014/Ancash.

2.º El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de dos mil dieciocho se realizó en las siguientes etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento para que se aborde en Pleno Casatorio la cuestión relacionada con la aplicabilidad de la prueba científica de ADN en los delitos sexuales, en función del nuevo marco normativo del Código Procesal Penal, en materia probatoria.

Segunda: la resolución de convocatoria para la reunión preparatoria del día miércoles diecisiete de octubre.

3.º La segunda etapa consistió: a) en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día siete de noviembre del dos mil dieciocho – se presentaron un total de ocho *amicus curiae*–; b) en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día antes señalado, sin la asistencia de las partes convocadas; esto es el señor Fiscal de la Nación o su representante y un representante de la Federación del Colegios de Abogados del Perú c) en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes, doctores Elvia Barrios Alvarado, Aldo Figueroa Navarro y José Neyra Flores, de fecha lunes diecinueve noviembre último.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

1. PRODES
2. PROMSEX
3. Magister Silva Rodríguez, Rosa María
4. Abogado Cristobal Támara Teodorico Claudio
5. Cáceres Gutierrez Eyner
6. Abogada Raquel Limay Chávez
7. Abogado Mendoza García, Juan Arturo
8. Abogado Mendez Nizama Pocho John

4.º La tercera etapa consistió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

El resultado de la votación fue la de aprobar por unanimidad la ponencia presentada al efecto.

5.º Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una cuestión problemática y declarar, en consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.º Han sido ponentes los señores BARRIOS ALVARADO, FIGUEROA NAVARRO y NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA SENTENCIA CASATORIA 292-2014/ANCASH

7.º La sentencia casatoria 292-2014/Ancash tuvo como finalidad desarrollar doctrina jurisprudencial respecto a: “la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previa a la emisión de sentencia”, vinculándola con el derecho a la prueba –prueba científica de ADN–. Al respecto se señala en dicha sentencia que este derecho garantiza la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias, y solicitadas en tiempo y forma. Luego desarrolla el contenido de la pertinencia de la prueba y su faz negativa, esto es que la misma no esté referida al objeto procesal concreto o que sea superabundante –excesiva para demostrar el extremo que se pretende–.

8.º Concretamente, con relación a la llamada prueba científica de ADN se señala en la sentencia referida, que “los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba”. Resalta que su importancia radica en su potencial aplicabilidad para resolver casos complejos que no podrían esclarecerse por los procedimientos de investigación convencionales. Refiere que los casos más recurrentes de aplicación de este medio de prueba se dan en la investigación de la paternidad, la identificación de una persona y la investigación de indicios en criminalística biológica. En la sentencia se plantea, a continuación, como objeto de discusión, la valoración que debe hacer el juez de este medio de prueba y el peso que cabe atribuirle en la formación de su convicción, sea como medio probatorio: a) que guarda relación directa con el hecho principal a probar, o b) que sea un indicio más para probar tal hecho principal.

9.º Ahora bien, la sentencia mencionada plantea como un ejemplo del primer supuesto, 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 o no del acusado. Y refiere que 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”. En la sentencia casatoria se presenta como ejemplo del segundo supuesto, “[...] cuando 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 [...]. 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”.

10.º Evaluando el caso concreto, que dio lugar a la sentencia casatoria glosada, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante los siguientes puntos:

a. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde relación 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, pues en caso contrario se vulneraría el derecho a la prueba.

b. 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 en la investigación de indicios en criminalística biológica.

c. 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.

11.º En consecuencia, es menester evaluar, en función del nuevo contexto normativo, los siguientes aspectos: a) El concepto; la conducencia, importancia, las características y límites de la llamada prueba científica de ADN en el proceso penal; b) Los casos en los que la prueba de ADN es útil y pertinente con relación al objeto del proceso y las condiciones para su valoración efectiva; y, c) Los límites y posibilidades de aplicación en los delitos contra la libertad sexual.

§ 2. EL NUEVO CONTEXTO NORMATIVO EN MATERIA PROBATORIA

12.º Entre las innovaciones que se introducen en el Código Procesal Penal se encuentra la consagración del principio de legitimidad de la prueba o prueba lícita (artículo VIII del Título Preliminar) y la previsión de una Sección consagrada a la prueba en general. Esta Sección contiene, a su vez, normas generales; los medios de prueba en específico; la búsqueda de pruebas y restricción de derechos; la prueba anticipada y las medidas de protección de los órganos de prueba –sin perjuicio de lo que, en lo específico, se tiene respecto de la actuación probatoria en el juicio oral–. La densidad normativa que puede observarse en la regulación detallada en materia probatoria, implica entonces que deba hacerse un reexamen de las cuestiones planteadas en el párrafo precedente. Para ello, es pertinente precisar algunos conceptos relacionados con los temas planteados.

13.º En principio, es conteste la postura doctrinal que sostiene que “en el proceso penal [...] todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba”¹. Así se establece en el artículo 157º CPP, en cuya virtud que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros medios de prueba, siempre que no se vulneren los derechos y garantías de la persona. De este modo se reconoce que la libertad de prueba es una institución necesaria y valiosa por el imperativo procesal de alcanzar la verdad respecto del

¹ Claria Olmedo, citado por César San Martín. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP – CENALES editores, 1ra edición, Lima Perú 2015, p. 503.

objeto del proceso (*veritas delicti*). Pero como toda libertad, la prueba no puede obtenerse de cualquier modo ni a costa de la vulneración desproporcionada de otros derechos. Al respecto, solo se puede valorar el medio de prueba que haya sido obtenido o incorporado al proceso por un medio constitucionalmente legítimo. En este sentido, la prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales carece de efecto legal. Dentro de estos límites, las partes pueden ofrecer, en tiempo y forma, los medios de prueba que consideren adecuados; proceder a su actuación con las garantías procesales correspondientes; y exigir que estos sean valorados debida y oportunamente por el juez de juzgamiento, dentro del contexto del ejercicio del derecho a la prueba.

14.º Ahora bien, son objeto de prueba los hechos vinculados con la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena o medida de seguridad y la responsabilidad derivada del delito (artículo 156 CPP). A los efectos de lo que es materia de la presente sentencia cabe precisar que interesa como objeto de la actividad probatoria, los hechos constitutivos de la imputación, entendiendo por estos, el suceso fáctico y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, pero que tengan incidencia en el núcleo de la imputación. El alcance de lo que debe ser probado, con relación a la imputación, adquiere importancia cuando la forma de determinación del hecho indicado solo puede obtenerse mediante la prueba por indicios.

15.º Si bien constituye una regla general que la prueba se obtiene mediante los actos de prueba, realizables en el juicio, con las garantías propias de un proceso justo y equitativo –contradicción, publicidad, inmediación, oralidad y concentración–, es admisible que la formación de la prueba se verifique antes del plenario sea porque existe la urgencia o el peligro de no contar con el órgano de prueba –testigo o perito– (prueba anticipada), sea porque el recojo de la evidencia de la fuente de prueba deba plasmarse en un acto irrepetible o irreproducible (prueba pre constituida). Estas dos modalidades, previas a la realización de los actos de prueba, se pueden justificar por la necesidad preponderante de obtener la verdad relacionada con el objeto del proceso.

16.º En la búsqueda por esclarecer los hechos, puede a veces ser indispensable restringir derechos fundamentales. Esta restricción de derechos puede verificarse mediante diversas formas de injerencia en la libertad o en los derechos del imputado o de otra persona vinculada con el proceso. Una forma de intervención más o menos invasiva en la esfera de los derechos fundamentales de las personas es la intervención corporal –se define como un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado, por el que se le extrae de él determinados elementos orgánicos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar

el hecho punible o la intervención en él del imputado²-. En este sentido, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, genético-moleculares u otras intervenciones corporales, aun sin el consentimiento del imputado, cuando se trate de delitos sancionados con una pena mayor a los cuatro años de privación de libertad. Estas intervenciones son solicitadas por el Ministerio Público, y son objeto de control por parte del Juez –se obviará la autorización judicial cuando el sospechoso autoriza la intervención corporal –el consentimiento será asistido, es decir, con intervención y permiso de su abogado defensor–. Sin embargo, también es posible que el Ministerio Público o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, y sin orden judicial puedan disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no perjudiquen la salud del intervenido (artículo 211 CPP) –el artículo 211.5 CPP, comprende lo que se denomina “intervención banal o leve”, en cuya virtud permite que la Fiscalía o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, y sin orden judicial, pueda disponer la realización de pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para la salud del sospechoso (se incluye, como es obvio, el frotis bucal)–.

17.º La intervención corporal no solo involucra a los imputados. Dentro de la exigencia de la necesidad de esclarecimiento de los hechos, es posible que otras personas no inculpadas puedan ser examinadas sin su consentimiento, solo en condición de testigos, siempre que se encuentre en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (artículo 212 CPP). En estos casos, la realización de los exámenes está condicionada a que no exista peligro a su salud y sean necesarios para la averiguación de la verdad.

18.º Así las cosas, queda claro que, en el nuevo contexto normativo, es posible construir un espacio de legitimidad de la llamada prueba de ADN en el proceso penal, considerando como criterios reguladores, por un lado, la libertad de prueba, el objeto de prueba y el derecho a la prueba y, por otro lado, las restricciones a la actividad probatoria impuestas por el procedimiento constitucionalmente legítimo y el principio de proporcionalidad. En otras palabras, la admisión, conservación, análisis y valoración del examen de ADN se justifica mediante una ponderación de los intereses en juego legalmente estatuidos. De una parte, el respeto a la dignidad de la persona, la libertad personal, el derecho a la intimidad y a no sufrir injerencias arbitrarias o invasivas en el cuerpo y, de otra parte, el imperativo de esclarecer los hechos relacionados con conflictos o incertidumbres jurídicas relevantes³.

² Gimeno Sendra, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Navarra, 2015, p. 478.

³ Para una ponderación de los intereses en juego, cfr. Mora Sánchez, Juan Miguel, *Delitos contra la Libertad Sexual y Análisis de ADN*, *Revista Latinoamericana de Medicina Legal* 6 (2) Diciembre 2001 – 7 (1) Junio 2002, p. 8.

19.º La solución a esta aparente antinomia debe hacerse mediante un test de ponderación, y siempre que la intervención corporal, para el examen de ADN, cumpla con las siguientes condiciones: **a) Legalidad.** La realización del examen de ADN supone la extracción de una muestra biológica -pelo, saliva, sangre, piel, semen- e incluso puede implicar una injerencia en la intimidad de la persona intervenida -recogida de muestra de las partes íntimas-. Por tanto, estando en juego la libertad personal, su restricción debe ser autorizada por ley⁴. Esta exigencia es sobradamente cumplida con las normas relacionadas con la búsqueda de la prueba; **b) Proporcionalidad.** La intervención corporal para estos efectos debe justificarse en función del interés relevante por esclarecer un hecho grave. La necesidad de realizar la intervención corporal, sin el consentimiento del afectado, debe estar debidamente motivada (artículo 203 CPP); **c) Control Judicial.** Toda restricción a un derecho fundamental -y la intervención corporal lo es- debe ser controlada jurisdiccionalmente en los casos legalmente establecidos (autorización previa, cuando corresponda, y cuidado en la cadena de custodia, y científicidad de su análisis y resultado). Este control es, por regla general, previo a su realización, y se hace a pedido del fiscal en caso de delitos que estén conminados con pena privativa de libertad mayor a cuatro años -es claro, por lo demás, que la Policía o la Fiscalía pueden recoger, sin necesidad de autorización judicial, restos genéticos o muestra biológicas abandonadas por el sospechoso en el teatro de los hechos-. Se efectiviza aun sin el consentimiento del intervenido. Excepcionalmente, el fiscal puede ordenar el examen, en caso de urgencia o peligro en la demora, con cargo a su confirmación judicial. El fiscal o la policía, con conocimiento de aquél, no requerirá autorización judicial para la realización de mínimas intervenciones, como pequeñas extracciones de sangre o cabello, pero siempre que la extracción de la muestra sea realizada por un especialista y este no la considere riesgosa a la salud del intervenido; y, **d) Competencia especializada.** Siendo la intervención corporal para fines de la búsqueda de prueba que requiere experticia, las diversas etapas de la misma -toma de muestra, conservación, análisis, contrastación, elaboración y explicación de los resultados- solo puede realizarlo personal especializado y en condiciones técnicas y científicas óptimas⁵.

20.º Ahora bien, conforme al nuevo marco normativo, la intervención corporal para fines de biología forense es de amplia aplicación. Esta amplitud se evidencia en los siguientes aspectos: **a)** Se extiende a cualquier delito que tenga una pena conminada mayor a cuatro años de privación de libertad -homicidios, lesiones graves a menores de edad o parientes, secuestro, trata, delitos contra la libertad sexual, robo, delitos contra la humanidad-; **b)** La toma de muestra o las extracciones pueden ser mínimas o pueden suponer un cierto peligro en la salud del

⁴ Artículo 2, numeral 24 b), de la Constitución Política: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley". La exigencia de legalidad procesal se establece en el artículo 202 CPP, cuando se señala que "[...] resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines del esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley, ejecutarse con las debidas garantías para el afectado".

⁵ Cfr. Mora Sánchez, Miguel, *ibid.*, p. 8 y ss.

intervenido; c) No se requiere el consentimiento del intervenido; d) Puede implicar una injerencia invasiva en el pudor de la intervenida⁶, por lo que el examen debe hacerlo un médico u otro profesional especializado y con la presencia de otra mujer o un familiar; y, d) La intervención corporal no solo se puede realizar sobre el imputado, sino también sobre otras personas no inculpadas, incluso sin su consentimiento. En este último caso, el examen se justifica por la necesidad del esclarecimiento de los hechos y se encuentra una determinada huella o secuela del delito. Dentro de este marco de referencia procederemos a examinar las cuestiones relacionadas con el examen de ADN.

§ 3. EL EXAMEN DE ADN COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTÍFICO

21.º La llamada prueba de ADN es de reciente data en la investigación forense. Su aplicación en el ámbito de la investigación forense se remonta a 1983 en el Reino Unido. El examen de ADN⁷ es uno de los medios de prueba más prestigiados en el ámbito de la criminalística. Como consecuencia de los avances de la genética molecular y en particular en el estudio del genoma humano⁸, se la considera como un medio de prueba altamente objetivo. Su objetividad se sustenta en la alta probabilidad de encontrar una huella genética o perfil genético⁹ que permita identificar a un individuo a partir de los trazos únicos e irrepetibles en otros individuos (alelos). La identificación por restos de ADN consiste en la comparación entre una muestra dubitada –aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece– y otra indubitada –obtenida de la persona sospechosa–, de suerte que si ambos coinciden en sus resultado, este medio probatorio puede servir al referido objeto de acreditación de la intervención de alguien en el hecho criminal investigado o juzgado (Sentencia del Tribunal Supremo de España 607/2012, de nueve de julio).

22.º Por sus características fundamentales, el examen de ADN es considerado como una “prueba científica”. Conforme a un ampliamente aceptado concepto, la “prueba científica” es una operación probatoria, en cuya admisión, actuación y valoración se usan instrumentos del conocimiento provenientes de la ciencia y la técnica; esto es, los principios y métodos científicos, medios tecnológicos, aparatos técnicos, para cuyo uso se requiere de expertos competentes¹⁰. Su cientificidad

⁶ En el artículo 211.2 del CPP se asume que la posible vulneración al pudor solo comprende a la mujer.

⁷ “El ADN o ácido desoxirribonucleico es una larga cadena de unidades de nucleótidos conectados entre sí. En un solo nucleótido hay tres componentes; 1) Una molécula de azúcar, 2) un grupo fosfato y 3) una base nitrogenada. Las bases nitrogenadas son las que hacen el ADN variable. Existen cuatro tipos de bases, adenina, guanina, citocina y timina” (González Ortega, Adela: *Valoración de la prueba de ADN en el proceso penal*; Madrid 2016, Universidad Politécnica de Madrid; p. 15).

⁸ Según Adela González Ortega (ibid. p. 81), el genoma humano es la codificación hereditaria que poseen los seres vivos en su estructura celular.

⁹ Según González Ortega, el perfil genético es el patrón de fragmentos cortos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo; ibid.; p. 81.

¹⁰ Dominioni, O. citado por Fausto Giunta en: *Questione Scientifiche e Regole di Giudizio*, en *Criminalia 2014* Annuario di scienze penalistiche, p. 562 y s.

parte del hecho que está sustentado en los avances de la biología y, en particular, de la genética molecular. Los conocimientos científicos desarrollados en este ámbito permiten establecer perfiles genéticos con *ratio* de probabilidad (*Likely ratio*) que supera fácilmente los estándares probatorios. La estimación de la probabilidad de identificación de un individuo a partir de sus rasgos genotípicos, se hace en función de un examen objetivo que descarta cualquier especulación o evaluación subjetiva y que se cuantifica en porcentaje (fiabilidad)¹¹.

23° Sin embargo, el hecho que este examen se haga de acuerdo a métodos científicos y sustentado en un cálculo probabilístico ha generado malos entendidos o sobre estimaciones¹². A este factor se agrega el hecho de que el examen de ADN se realiza por un especialista o perito, para su valoración por parte de las partes procesales y en especial del juez. Esta dicotomía puede hacer suponer que los conocimientos desplegados por aquél sean inaprehensibles o inalcanzables. Los malos entendidos con relación al peso, la interpretación de sus resultados o el rol de los sujetos procesales, se expresan de la siguiente manera: *a)* Se asume que en la medida que quienes formulan el informe de ADN son especialistas en un ámbito impenetrable por los jueces, le restringen toda posibilidad de análisis; *b)* Los jueces pueden considerar que lo relevante en este examen son los resultados expresados en un alto porcentaje de credibilidad, quedando fuera de consideración el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra –cabe señalar que el sistema más utilizado en la actualidad es el denominado *Short tandem repeat*: STR, que se basa en la búsqueda de información en específicas regiones, llamadas Loci –que son fragmentos de ADN variable, siendo los alelos las diferentes variables posibles–, en cuya virtud se realiza el estudio simultáneo de diez a quince de las regiones microsátélites, y se restringen al estudio de los marcadores del ADN polimórficos¹³; *c)* Los jueces pueden confundir que cuando se habla del 99.99 por ciento de probabilidad de identificación de un individuo, este porcentaje se refiere al 99.99 por ciento del ADN examinado, cuando en realidad ese porcentaje es el ubicable solo en el 1 por ciento del mismo¹⁴; *d)* Los jueces pueden no interesarse, para dar fiabilidad al análisis genético, en la cantidad de marcadores¹⁵ analizados, cuando en realidad es relevante la relación directamente proporcional entre marcadores genéticos e identificación del individuo, por el cruce de variables (polimorfismo); *e)* La denominación que recibe frecuentemente este examen, identificándolo como “una prueba” genera el error

¹¹ Para un estudio integral de la experiencia en el uso del análisis del ADN en Europa occidental y el ámbito anglosajón cfr. Suptot Elsa - directora de la investigación colectiva y que dio lugar a la presentación del Informe final. *Le proces pénal a l'épreuve de la génétique; Mission de Recherche Droit & Justice – Institut des Sciences Juridique & Philosophique*, Junio 2017. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/10/14-34-Le-proc%C3%A8s-p%C3%A9nal-%C3%A0-l%C3%A9preuve-de-la-g%C3%A9n%C3%A9tique.pdf>

¹² Dicha sobre estimación objetiva de la capacidad probatoria del examen de ADN, contrasta con la otra sobre estimación subjetiva de considerar a los jueces como “peritos de peritos”. Ni una ni otra postura reflejan un criterio racional o cercano a la realidad.

¹³ Sotelo Muñoz, Helena: *La identificación del imputado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 90, 92, 93.

¹⁴ The National Center for Victims of Crime. *ADN & las víctimas de delitos lo que las víctimas deben saber*, p. 1.

¹⁵ Un marcador genético o marcador molecular es un segmento de ADN con una ubicación física identificable (locus) en un cromosoma y cuya herencia genética se puede rastrear.

semántico de equiparlo a su significación procesal, cuando en realidad es un medio de prueba (pericial) que podría dar cuenta solo de un indicio; f) El hecho que se diga que las leyes naturales – y el examen de ADN se sustenta en afirmaciones científicas categóricas– no son objeto de prueba, no significa que sus resultados sean asumidos acríticamente; y, g) Los jueces pueden confundir la alta fiabilidad del resultado del examen, con plenitud probatoria. Por tanto, a fin de superar estos malos entendidos o sobrevaloración del examen de ADN pasamos a desarrollar sus alcances, limitaciones, posibilidades de falseabilidad, vinculación con el hecho indicado o principal, y su debida valoración por el juez, en particular en el ámbito de los delitos sexuales.

24.º Estas distorsiones deben ser corregidas en función de una actitud que se asume en el ámbito científico. A lo largo de la historia de la ciencia ha quedado evidenciada que no hay verdades absolutas¹⁶, sino una progresión de avances en espiral. La actitud del científico y ciertamente la de un juez, que se mueven en el mundo de la incertidumbre, debe aproximarse a la duda cartesiana, pues es la única forma de propender a la evolución del conocimiento y, en nuestro ámbito de la verdad procesal.

§ 4. *IMPORTANCIA, CONTENIDO, ALCANCES Y LIMITACIONES DEL EXAMEN DE ADN*

25.º El examen de ADN ha adquirido peso en las últimas décadas por su gran capacidad diferenciadora o discriminadora. Es el 1 por ciento del ADN de una persona, el que marca la diferencia entre un individuo y otro, salvo en el caso de los gemelos. En otras palabras, el ADN que interesa a efectos forenses es el que se centra “[...] en el análisis del ADN más variable entre individuos (el más polimórfico) pero ni siquiera analizamos todo el ADN variable sino solo una pequeñísima parte”¹⁷. El examen consiste en la recopilación de un determinado grupo de identificadores o rasgos que se ubican en puntos específicos (marcadores genéticos) dentro de la cadena de ADN. Con la información que el especialista obtenga en una relevante cantidad de marcadores –entre 13 a 15, o, en todo caso, 10– puede obtener el perfil genético de un individuo. Este perfil genético obtenido en la escena del delito debe ser contrastado con el perfil de un sospechoso. La condición de sospechoso puede derivarse de alguna vinculación probable con el caso concreto, o de un registro o base de datos establecido por parte del Estado¹⁸. En nuestro país mediante el Decreto Legislativo N° 1398, se ha creado el Banco de Datos Genéticos para contribuir a la identificación de las personas desaparecidas en el periodo de violencia 1980–2000, en el marco de la Ley N° 30470, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el periodo de violencia 1980-2000. Pero la data también puede ser construida sobre la base del registro personas condenadas –

¹⁶ En este sentido Lourdes Prieto y Ángel Carracedo: *La Valoración Estadística de la Prueba de ADN para Juristas*.

¹⁷ Prieto – Carracedo: *Ibid.*

¹⁸ Para una revisión detallada de las diversas experiencias de los Registros Genéticos en el ámbito comparado, cfr. Supiot Elsas: *Ibid.*

reincidentes o no— por delitos dolosos (graves y/o violentos), o por delitos similares al investigado. Si la evidencia ADN encontrada en la escena del delito coincide con el perfil genético del sospechoso demuestra su presencia en el lugar de comisión del delito. Este ciertamente es un primer paso en la determinación del hecho indicado.

26.º En general, el examen de ADN se divide en las siguientes etapas: *a) La recopilación y conservación de la muestra.* Para efectos del análisis de ADN el experto debe ubicar y recoger vestigios en el lugar del hecho y, más precisamente, en el cuerpo de la víctima. Ello supone que la muestra tomada deba ser conservada hasta su arribo al lugar donde debe ser analizado. La observancia de protocolos para la cadena de custodia de los vestigios es crucial para el éxito del examen; *b) Análisis de la muestra y contrastación.* Consiste en el análisis en laboratorio de la muestra recopilada para obtener un perfil genético y proceder a su contrastación con el perfil obtenido del intervenido -imputado o víctima; *c) Resultado estadístico de los resultados.* El resultado final del examen debe expresarse en dos sentidos: la exclusión o no coincidencia de los perfiles genéticos comparados o la no exclusión o coincidencia de los mismos. Solo en el primer sentido puede sostenerse que el resultado es absoluto; vale decir, que descarta que el perfil genético de la persona intervenida, no corresponde al ADN del vestigio encontrado en la escena del delito. Pero en el segundo caso, es menester expresar la coincidencia de perfiles en términos probabilísticos porcentuales¹⁹; *d) Elaboración del Informe pericial.*- El mismo que debe cumplir con los requerimientos mínimos del artículo 178 CPP; vale decir, que no se circunscriba solamente a la presentación de los resultados, sino que esté articulado con el objeto de análisis y sus características, el método utilizado y sus posibles limitaciones; *e) Rexamen del perito.* Finalmente, el punto de encuentro entre la llamada prueba científica y los sujetos procesales es el examen pericial de los peritos. En esta parte de la prueba pericial el experto genético explicará el contenido de su informe pericial de ADN. Será el escenario ideal para que las partes puedan tomar conocimiento, a través del examen correspondiente, del grado de fiabilidad y consistencia del informe sustentado por el experto²⁰. En este sentido se establece en el artículo 181 CPP 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 que sostiene”. Se trata por tanto de un examen integral y no solo focalizado en el resultado o las conclusiones del informe pericial. Sería un error para las

¹⁹ Para ello, en el análisis estadístico actual se dice que los resultados probabilísticos deben presentarse en términos bayesianos, forma de cálculo matemático-estadístico que es propio del conocimiento del experto. Cfr. Bayes, T. *An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances.* By late Rev. Mr. Bayes, communicated by Mr. Price. in a letter to John Canton <http://www.stat.ucla.edu/history/essay.pdf>

²⁰ Para ello es útil hacer uso de guías que aproximen a los juristas que normalmente participan en este acto procesal, al lenguaje de los expertos forenses, a través del examen y contra examen. Cfr. Edmond Gary, Martire Kristy, Kämpf Richard, Hamer David, Hibbert Brynn, Ligertwood Andrew, Porter Glenn, San Roque Mehera, Scarston Rachel, Tangen Jason, Thompson Mathew, White David: *How to cross-examine forensic scientists: A guide for lawyers*; Australian Bar Review (2014) 39. <http://netk.net.au/Pubnsic/UNSW1.pdf>

partes y generaría una asimetría de información en el proceso, si se adoptase esta actitud sesgada, por los sujetos procesales. Ciertamente, esta labor examinadora podrá ser más eficiente con la interconsulta de la que puedan hacer uso las partes. La importancia de esta última etapa es la que explica la necesidad que el órgano de prueba explique y someta al contradictorio su análisis de ADN y que el informe adquiera valor probatorio con la ratificación oral y no como mero documento —es claro, en todo caso, que el examen del perito está condicionado a las solicitudes probatorias de las partes procesales y, previamente, a la solidez del informe pericial y a la corrección de la toma de muestras y a la legalidad o no ruptura de la cadena de custodia—.

27.º La relevancia del análisis del ADN se destaca sobre todo en los casos en que hay una interacción relevante entre la víctima y el agresor. El intercambio se produce en cualquier parte del cuerpo, con el consiguiente desprendimiento de pelos de la cabeza, vellos pubianos, saliva, sangre o sudor. En los delitos violentos realizados en un contexto de clandestinidad, en el que la víctima es testigo único de su tragedia, el examen de ADN es fundamental. En estos casos, el testimonio de la víctima es importante y siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, pero la función identificadora del examen de ADN es un indicio, corroborativo de la afirmación de la víctima²¹; aunque, claro está, no es el único (su ausencia no necesariamente determinará, caso por caso, un supuesto de insuficiencia probatoria).

Queda claro, entonces, que el examen de ADN es una prueba de probabilidad de gran margen de seguridad, por lo que mediante ella se determina, sin ningún género de duda razonable, que el material biológico utilizado pertenece efectivamente a la persona, identificándola, pero se requiere contar con otras pruebas, directas o indirectas, para demostrar la autoría de los hechos que se imputan a quien es identificado genéticamente. Por ello, así como la falta de coincidencia de los polimorfismos de dos muestras de ADN excluye, de una manera indubitada, la pertenencia a la misma persona la coincidencia de los polimorfismos de dos muestras no supone ninguna certeza respecto de la comisión del delito, sino la atribución de un valor de mera probabilidad.²²

28.º La importancia forense de este medio de prueba va más allá del ámbito penal. Sirve para la determinación de la paternidad, en los procesos civiles. Es un factor fundamental en la identificación de personas desaparecidas o fallecidas en un accidente. Pero sirve igualmente en el proceso penal, tanto a la defensa como al fiscal²³. Su utilidad no solo se expresa en los casos presentes, sino también en los

²¹ En este sentido, Mora Sánchez, *ibid.*, p. 7.

²² Pérez Marín, *Ángeles: Inspecciones, Registros e Intervenciones Corporales*, Editorial Pirámide Blanch, Valencia, 2008, pp. 199/200.

²³ Ambos sujetos procesales deben saber administrar correctamente este medio de prueba, para evitar la visión sesgada denominada la falacia de la defensa y la falacia del fiscal.

casos antiguos y archivados provisionalmente²⁴. Desde esta perspectiva, puede señalarse que la víctima o sus familiares pueden considerar positivo este uso del examen, como una expresión del derecho a conocer la verdad. Aun cuando hay quienes consideren negativa la posibilidad de una reapertura del caso, por la revictimización. Como fuera, la amplia aplicación del examen de ADN sirve al propósito del esclarecimiento del objeto del proceso. No es desdeñable su potencialidad aplicativa en los casos de revisión relacionados con homicidios, delitos contra la libertad sexual u omisión de asistencia familiar. Dado aún su incipiente uso en nuestro país, y que dificultan el uso de los resultados en tiempo oportuno, es bastante probable que sea invocado como medio de prueba nuevo. Y esta calificación puede aceptarse aun cuando haya habido un examen de ADN durante el proceso, pero con muestras diminutas o degradadas que, en el actual estado de la ciencia, pueden ser utilizadas²⁵.

29.º Ahora bien, la posibilidad de ofrecimiento de este medio de prueba es amplia. Si bien en el Código Procesal Penal se señala como límite mínimo para disponer una intervención corporal con fines de examen genético molecular, la pena conminada mayor de 4 años de privación de libertad, ello no obsta para que la parte interesada pueda ofrecer este medio de prueba en delitos que no sobrepasen este límite. El único condicionante en este caso está relacionado con el consentimiento de la persona intervenida. Consentimiento que se entiende implícito si se trata de la parte oferente. Si la intervención corporal para fines de examen de ADN lo pidiese el fiscal, el no asentimiento del imputado puede considerarse como un indicio de cargo, débil pero indicio al fin.

30.º Sin embargo, aun cuando sus posibilidades de uso son amplias, tanto las partes como el propio juez, deben ser conscientes que el examen de ADN presenta diversas limitaciones. A guisa referencial deben señalarse las siguientes: a. No todo examen de ADN, *per se*, es eficaz sino tan solo el que recae sobre en los genes más polimórficos –el que ofrece más posibilidades de diferenciación–; b. Según el tipo de gen sobre el que se realice el examen, debe usarse determinado método; c. El examen de ADN será tan eficaz en su aproximación probabilística, cuanto mayor cantidad de marcadores sean analizados; d. Por el estado de la ciencia aún no existe la posibilidad de determinar la antigüedad del ADN analizado; e. El método utilizado en el análisis está en función del tipo de vestigio a analizar –saliva, semen, pelo, piel, sangre–; f. Las técnicas de recopilación, conservación, análisis, contrastación y presentación de resultados debe ser aplicadas necesariamente por especialistas; g. Por tanto, deben existir protocolos actualizados; h. En el procedimiento del examen del ADN debe tenerse especial cuidado en la preservación de la cadena de custodia; i. Un examen de ADN puede

²⁴ The National Center for Victims of Crime; *ibid.* p. 7.

²⁵ The National Center for Victims of Crime; *ibid.* p. 8.

no aproximarse a la identificación del sospechoso por diversos problemas relacionados con el examen –contaminación, degradación, mezcla, insuficiencia-.

§ 5. EL ROL DEL PERITO GENÉTICO EN EL PROCESO PENAL

31.º La delimitación de los roles del perito y de los jueces en materia probatoria, en especial en el ámbito de un conocimiento tan especializado como el examen de ADN, refleja la relación que existe entre la ciencia y el derecho. En sentido más restringido, hace necesario diferenciar y asemejar, en lo que sea posible, los conceptos de prueba científica y prueba jurídica.

La determinación del contenido de esta relación puede dar lugar a dos actitudes extremas. Por un lado, la pretensión de considerar a los jueces como “peritos de peritos”, lo que evidencia un absurdo y osado activismo judicial. Esta pretensión no se sostiene más, vista la evolución y complejidad creciente de los conocimientos científicos y tecnológicos. Pero, por otro lado, subsiste la actitud del perito tradicional de pretender sustituir al juez, sustentado en su intuición, en su experiencia y considerando que sus conclusiones son verdades absolutas e inconcusas²⁶. De esta manera los peritos tradicionales se constituían en *summum sapiens*, cuyas conclusiones desbordaban la apreciación técnico-científica para invadir espacios propios del juzgador (activismo pericial).

32.º Estos dos extremos deben ser morigerados. Los peritos en el sistema procesal penal son auxiliares, calificados claro está, del servicio de justicia. Éstos, mediante sus conocimientos profesionales, ayudan al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria²⁷. Con sus conocimientos y habilidades especializadas coadyuvan a esclarecer la verdad, en el ámbito de lo que es objeto de análisis. En particular, en el ámbito del análisis del ADN deben realizar su labor pericial observando estrictamente los protocolos en cada una de las fases de este examen. En el informe pericial deben dar cuenta de las condiciones para el recojo de la muestra de ADN, el método utilizado; su correspondencia con el tipo de vestigio analizado; la cantidad de marcadores y su grado de polimorfismo; las limitaciones y la fecha de recojo; las condiciones de conservación, la correlación entre el análisis realizado y las conclusiones. Se trata de una presentación objetiva y probabilística de los resultados del examen; no de explicar la correlación entre el resultado obtenido y el peso probatorio del indicio a probar.

Tanto en este caso como en general en la prueba pericial, el juez debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado –si el juez quiera apartarse del dictamen del perito debe fundar su opinión de forma verificable, con

²⁶Cfr. Vargas Avila, Rodrigo: *La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal*; Prolegómenos – Derechos y Valores, volumen XIII – N.º 25; Bogotá 2010, p. 130.

²⁷Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Editoras del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 238.

una exposición de las diferencias con el dictamen, sin desligarse de los estándares científicos—. ²⁸

33.º En este sentido, lo que debe contener el informe del perito biólogo se ha de adecuar a lo establecido en el artículo 178 CPP; esto es, debe realizar una descripción genérica del objeto de análisis, señalando el tipo de vestigio analizado, la fecha de su recopilación, el estado en que encontró los vestigios analizados; la cantidad de marcadores estudiados, el o los métodos utilizados; la posible existencia de factores limitantes o distorsionantes del estudio; la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; la motivación del examen realizado; las conclusiones en términos probabilísticos de la correspondencia del vestigio encontrado en la escena del delito con el ADN del intervenido –procesado o no–. Al respecto no basta con verificar la actuación de un análisis, como el de ADN con métodos científicos. Ha de considerarse los criterios de fiabilidad que deberán explicar los expertos en el examen y contra examen; a saber: a) verificabilidad del método; b) falseabilidad; c) sometimiento al control de la comunidad científica; d) conocimiento del margen de error, y e) aceptación general de la comunidad científica²⁹.

34.º En ningún caso se podrá expresar en el informe pericial juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso. Tampoco se podrá calificar el valor probatorio del resultado obtenido. La fiabilidad del informe presentado por el perito genético dependerá “[...] de la validez científica del método usado, de que haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos exámenes de calidad”³⁰.

§ 6. LA VALORACIÓN DEL JUEZ DEL EXAMEN DE ADN

35.º En el Código Procesal Penal se ha establecido como regla de valoración lo siguiente: “*El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos*”. La primera regla es que corresponde solo al juez proceder a la valoración jurídica de los medios de prueba actuados en el plenario y de ser el caso de la prueba anticipada. El examen de ADN es solo uno de los medios de prueba que el juez tendrá en el caudal probatorio, y cuya valoración deberá primero abordar individualmente. Dicha valoración se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, lo que significa que incluso en el caso del análisis del ADN, el juez no

²⁸ Roxin, Claus: Obra citada, p. 239.

²⁹ Cfr. Tonini Paolo: *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, en *Diritto penale e processo*, p. 1343.

³⁰ Gascón Abellán, Marina: *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*, p. 3.

puede aceptar acríticamente los resultados del examen realizado, sino tomará en consideración la validez del examen realizado, y las observaciones o limitaciones evidenciadas en la ratificación del informe pericial. Por el criterio probatorio de la sana crítica el juez mantiene la facultad discrecional de validar los medios de prueba. El único límite que se plantea esta libertad es la fundamentación racional de la valoración que haga³¹.

36.º En este sentido, se dice que el juez no solo valora en función de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, sino también valora conforme a los conocimientos científicos. Es cierto como dice FAUSTO GIUNTA que el juez utiliza, en cuanto miembro de la comunidad, y sin necesidad de intermediarios, generalizaciones empíricas y culturales sintetizadas en las llamadas “máximas de la experiencia” que como criterios de inferencia conducen a probar los indicios³². Pero ello no lo exime de la obligación de valorar conforme a los conocimientos científicos. Y ello porque si bien es cierto la base o sustento cognitivo para la determinación del objeto del proceso lo determina el sentido común; cuestión que es propia del juez en la valoración, no puede desdeñar la valoración de los indicios probados y sustentados en el conocimiento científico que es más objetivo, racional y medible. Como sostiene Giunta, la voz de la ciencia está dotada de mayor credibilidad explicativa que la ofrecida por las máximas de la experiencia³³.

37.º Luego de haber valorado individualmente los medios de prueba, el juez procederá a valorar integralmente o de manera correlacionada todos los medios de prueba. Esta regla no excluye el caso de la valoración del examen de ADN, como medio de prueba único -o como impropriamente se le denomina “pleno” o “absoluto”. Pues incluso en los casos aparentemente más evidentes, el examen de ADN debe ser corroborado con otros medios de prueba, para probar el objeto del proceso. Es aquí donde los medios de prueba científicos, como el análisis del ADN, se relativizan en su valor probatorio desde el punto de vista jurídico, porque lo que se trata es de probar el objeto del proceso que está conformado por un conjunto de circunstancias de la que el examen de ADN solo puede dar cuenta parcial

§ 7. EL VALOR PROBATORIO DEL EXAMEN DE ADN EN LOS DELITOS SEXUALES

38.º En el ámbito de los delitos sexuales, en particular los de violación de la libertad sexual, la forma de la comisión del delito está signado normalmente por la

³¹ Bello Valerio; Nicol DeNunzio Nicol, Dipasquale Salvina, Gnisci Debora, Liburdi Martina, Ilaria Longo: *La prova del DNA ed il ruolo degli esperti nel processo penale*, archivo pénale.

file:///D:/Usuarios/judicial/Downloads/LA_PROVA_DEL_DNA_E_IL_RUOLO_DEGLI_ESPERTI_NEL_PROCESSO_PENALE.pdf

³² Giunta Fausto. *Questioni Scientifiche e Prova Scientifica tra categorie Sostanziali e Regole di Giustizia*, p. 562.

³³ Giunta Fausto; *ibid.* p. 563.

clandestinidad en su comisión. Esto significa que en la escena del delito solo se encuentra el agresor y la víctima. Por tanto, la forma de probar el hecho punible y sobre todo la responsabilidad del acusado, exige el cumplimiento de los criterios de seguridad que en su día establecieron los Acuerdos Plenarios 2-2005/CJ-116 y 1-2011/CJ-116. El testimonio de la víctima será decisivo para tal propósito, a condición que cumpla determinadas exigencias de verosimilitud y sea corroborado con otros elementos externos periféricos. La obtención de la prueba se complica aún más si la denuncia del delito se presenta mucho después de sucedido el hecho punible o si la víctima es menor de edad o ha sido puesta o se ha aprovechado de su estado de inconciencia.

39.º En este contexto, se ha considerado útil, bajo determinadas circunstancias y sin asumir criterios de pruebas obligatorias o tasadas, la realización del examen de ADN para el esclarecimiento del hecho. Dicha utilidad se evidencia en particular en los delitos de violación de la libertad sexual, porque en su forma de realización es evidente que hay un nivel de acercamiento corpóreo entre el agresor y la víctima, lo que supone la presencia de vestigios dejados por el agresor en la escena del delito. El examen de ADN servirá en estas circunstancias siempre que la escena del delito no sea el lugar donde viven la víctima y el sospechoso, pues la homologación de los vestigios con el ADN del sospechoso será equívoco.

40.º 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 estos casos, es indiferente que el agresor ocupe el mismo espacio que la víctima, pues el lugar de hallazgo del vestigio evidencia una aproximación inapropiada o anormal del agresor con la víctima, conforme a las máximas de la experiencia. Por eso es importante para habilitar el examen de ADN que la víctima adopte las medidas adecuadas en cuanto a su aseo luego de la agresión sexual. A medida que pasa el tiempo luego de cometido el delito, el examen de ADN va perdiendo importancia.

41.º Ahora bien, en el caso que fue materia de la sentencia casatoria objeto de análisis, la exclusión de la paternidad mediante el examen de ADN se plantea la cuestión de si dicha constatación es suficiente para optar por la absolución del imputado excluido. Para ello deben abordarse diversas circunstancias. En principio, en el caso de una imputación por delito violación de menor de edad, la exclusión del imputado de la paternidad, mediante esta prueba, solo constituye un contra indicio, pero no excluye la posibilidad que el imputado excluido haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima. Es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado excluido, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor. Para ello el juez deberá valorar otros indicios que pueden llevar al hecho indicado –indicio de capacidad, de mala justificación, de sospecha, de oportunidad, antecedente–

42.º Tratándose de violaciones de mayores de edad la no exclusión de paternidad del agresor tampoco constituye indicio de cargo único y suficiente para optar por la responsabilidad del acusado. Constituye sí un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que cubran la involuntariedad de la víctima en la realización del acto sexual. Pero igualmente tampoco es evidente si lo que es objeto del proceso comprende un periodo de tiempo en el que puedan haberse realizado varios actos sexuales. Las circunstancias del caso concreto y la valoración de los medios de prueba y elementos externos periféricos determinará la conclusión jurisdiccional.

43.º Finalmente, si el examen de ADN tiene como soporte un vestigio distinto a la de semen, la no exclusión del perfil genético del imputado constituye un indicio de presencia de este y que corrobora la identificación que pueda haber hecho la víctima, mediante declaración testimonial. De la misma manera debe ser corroborado su dicho con otros elementos periféricos externos para concluir por la responsabilidad del imputado.

III. DECISIÓN

44º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

ACORDARON

45.º **DECLARAR SIN EFECTO** el carácter vinculante de las disposiciones establecidas por la Sentencia Casatoria 292-2014/Ancash en lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de dicha sentencia, de diecisiete de febrero del dos mil dieciséis.

46.º **ESTABLECER** como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes -que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos-, los siguientes lineamientos jurídicos:

a. Que el examen de ADN es un medio de prueba científico de alta fiabilidad probabilística, siempre que se observen todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis: recojo, observación, análisis, contrastación de resultados, expresados términos probabilísticos. Es fundamental para este objetivo que se mantenga la cadena de custodia.

b. Que como medio de prueba puede aplicarse en cualquier ámbito relacionado con la identificación de un sospechoso o de otra persona, a condición

que se respeten los criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso del procedimiento idóneo, conforme a las normas del Código Procesal Penal, en materia de búsqueda de la prueba.

c. 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, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con otros elementos periféricos.

d. Que las partes procesales y, en especial, los jueces deben valorar con sentido crítico los informes periciales de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba.

47.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

48.º PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el Diario Oficial El Peruano.
HÁGASE saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

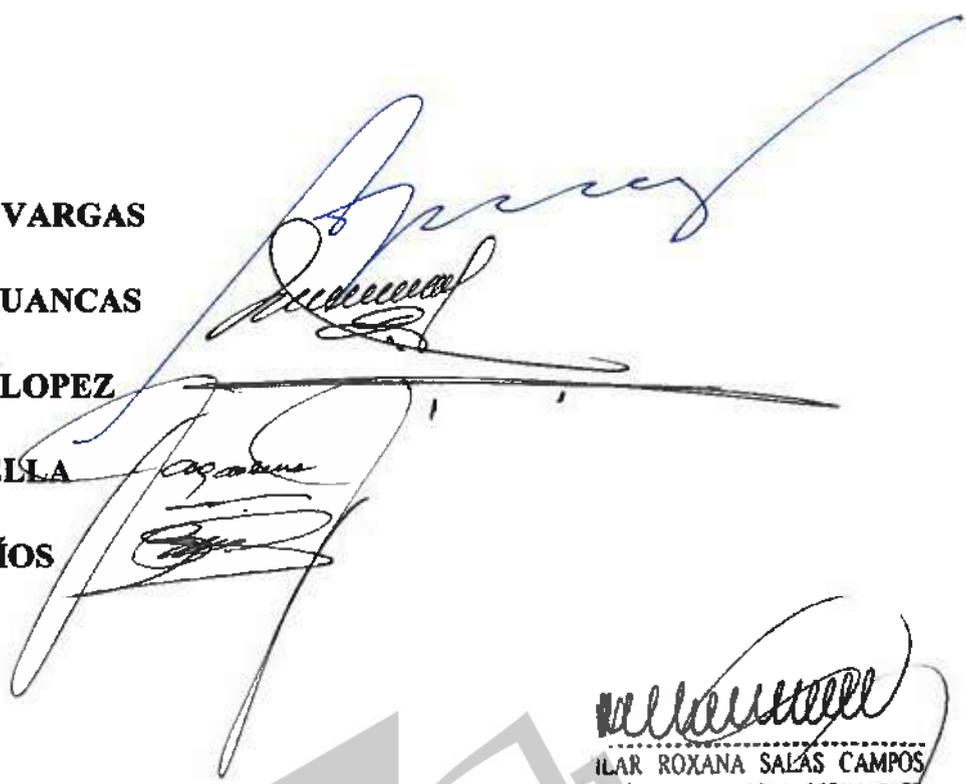
SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LOPEZ

CHAVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS



ILAR ROXANA SALÁS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.º 1-2018/CIJ-433

BASE LEGAL: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal
ASUNTO: Alcances de la determinación de la pena en los delitos sexuales.

Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho

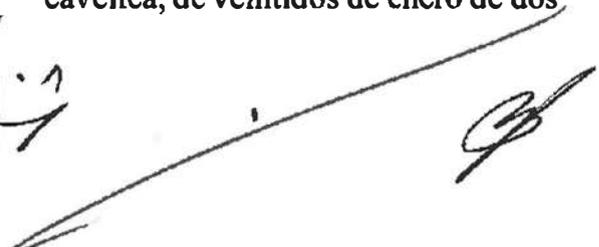
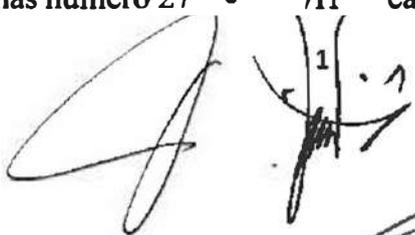
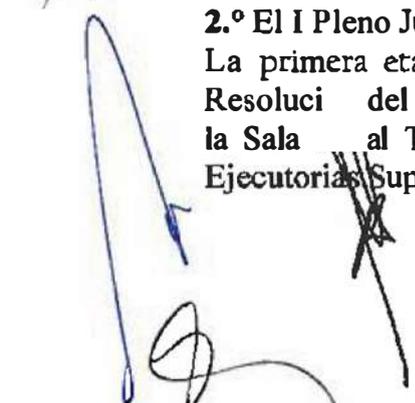
Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 367-2018-P-PJ, de uno de octubre de dos mil dieciocho, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil dieciocho, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a propósito de la sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis. Etarias

2.º El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de dos mil dieciocho se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la Resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, e mérito del requerimiento de la Sala Transitoria de este Tribunal Supremo a raíz de la expedición de las Ejecutorias Supremas número 27 - /H cavelica, de veintidós de enero de dos



mil dieciocho, y número 2688-2017/Cajamarca, de veintiuno de junio de dos mil dieciocho, así como la Sentencia Casatoria número 344-20178/Cajamarca, de cuatro de diciembre de dos mil ocho, expedida por la Sala Penal Permanente, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Segunda: el pronunciamiento de la convocatoria respectiva, mediante la resolución de convocatoria de tres de octubre último para la reunión preparatoria del día miércoles diecisiete de dicho mes, y la resolución general del mismo día diecisiete de octubre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

En esta última resolución se fijó como puntos objeto de la presente sentencia plenaria casatoria, entre otro, los criterios que han de seguirse para la aplicación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a cuyo efecto deberá abordarse, desde el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, (i) el examen de la pena básica fijada en el tipo penal respectivo, (ii) los presupuestos para fundamentar y determinar a pena del artículo 45 del Código Penal, (iii) los motivos relevantes para la individualización de la pena concreta establecidos en el artículo 45-A del Código Penal, (iv) las circunstancias respectivas conforme al artículo 46-A del citado Código, así como, en lo pertinente, (v) las causales de disminución de la punibilidad legalmente previstas y (vi) las reglas de reducción por bonificación procesal.

3.º La segunda etapa consistió: a) en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día siete de noviembre de dos mil dieciocho –se presentaron un total de cuatro *amicus curiae*–; b) en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día antes indicado, en la que lamentablemente no asistieron el señor Fiscal Supremo, según comunicación del señor Fiscal de la Nación mediante oficio número 764-2018-MP-FN, de siete de noviembre del año en curso, ni los señores abogados acreditados por la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú mediante oficio número 63-2018-JUDECAP, de veintiséis de octubre de dos mil ocho; y, c) en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes, de fecha lunes diecinueve de noviembre.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

1. Juan Humberto Sánchez Córdova, abogado y docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
2. Brenda Ibette Álvarez Álvarez y Gabriela Jesús Oporto Patroni, por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMOSEX.
3. Ronald Alex Gamarra Herrera, por el Instituto Promoviendo Desarrollo Social – IPRODES.
4. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.

4.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número



conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

El resultado de la votación fue unánime. El señor Salas Arenas formuló consideraciones propias, según consta del voto adjunto.

5.º Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una discrepancia de criterios y declarar, en su consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.º Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, LECAROS CORNEJO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL. PENALIDAD Y EVOLUCIÓN*

7.º El delito de violación sexual en agravio de menores de edad siempre ha sido considerado como un tipo delictivo autónomo en la tipología de los delitos sexuales, y jurisprudencialmente se admitió –en concordancia con la doctrina científica– que el bien jurídico vulnerado era la indemnidad sexual y su adecuado proceso de formación. En este último punto, es de considerar que el Código Penal establece una presunción “*iure et de iure*” sobre la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles, y lo que implica que el menor es incapaz de autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España –en adelante, STSE 266/2012, de tres de abril). El texto originario del artículo 173 del Código Penal (abril de mil novecientos noventa y uno), en su inciso tercero, castigaba este delito, si la víctima tenía al momento de los hechos de diez años a menos de catorce años con pena privativa de libertad no menor de cinco años. Asimismo, si la edad del sujeto pasivo es de siete años y menor de diez, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de ocho años; y, si la edad de la víctima era menor de siete años, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de quince años (incisos 2 y 3 del indicado artículo del Código Penal).

8.º Este tipo penal ha sufrido numerosos cambios legislativos, tanto en su configuración típica cuanto en la previsión de las penas. En efecto, primero, se definió la conducta delictiva como la práctica de un “acto sexual u otro análogo”, para luego, a partir de la Ley número 28251, de ocho de junio de 2004, se determinó como el “acceso carnal por vía vaginal, o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. Y,

Segundo, en tanto se entendió que estos delitos, al afectar a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada (i) a su acentuada gravedad, (ii) a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y (iii) a la reforzada tutela que dichas personas requieren como víctimas de los mismos (STSE 95/2014, de veinte de febrero), y siguiendo la tendencia mundial de ampliar el ámbito de tutela penal en el marco de los delitos sexuales, se aumentó considerablemente la pena privativa de libertad.

Por tanto, criminológicamente, se entiende que los delitos de carácter sexual constituyen una de las manifestaciones criminales más censuradas por la sociedad; y, cuando se involucran a niños, el reproche social es aún mayor, pues existe la conciencia común de que las personas menores de edad requieren una protección mayor por su especial vulnerabilidad y que los autores de tales delitos actúan movidos por propósitos aún más abyectos [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH: *Delitos sexuales y menores de edad. Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 017, número 19-11, p. 2].

Así que, en un primer momento, se elevó la pena privativa de libertad de no menos de veinte ni más de treinta y cinco años (Ley número 28704, de cinco de abril de dos mil seis) –el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 3 de dicho artículo al comprender en este delito como sujetos pasivos a las personas de catorce años a no menos de dieciocho años: Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante, STC 8-2012-PI/TC, publicada el veinticuatro de enero de dos mil trece–; luego, se fijó como pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años (Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece); y, finalmente, se estatuyó que si la víctima es un menor de catorce años –se eliminó toda regulación y diferenciación etaria– la pena será de cadena perpetua (Ley número 30838, de cuatro de agosto de dos mil dieciocho).

El endurecimiento delictivo en el curso de los años es patente. El legislador se volcó a una reacción asegurativa que entendió más eficaz agravando las penas. Se ha producido, por lo menos, en esta área del Derecho penal, un viraje punitivo, un aumento de la punitividad [LAMAS LAITE, ANDRÉ: “Nueva Penología”. En Revista InDret 2/2013, Barcelona, p. 3].

9.º Tan radical evolución en la conminación penal de los delitos contra la indemnidad sexual se explica en función a la grave alarma social de los mismos y al hecho de su cada vez más constante frecuencia, que los ha convertido en un verdadero problema de seguridad pública, en una pandemia social. La mayor sensibilidad social respecto de la vulnerabilidad de las niñas y niños afectados por estas conductas delictivas, la insuficiente atención por el Estado y la Sociedad a los efectos perniciosos en las víctimas, y cada vez más intensa presencia de dichos delitos en los medios de comunicación social, determinó en los poderes públicos, desde su obligación constitucional enmarcada en el artículo de la Ley Fundamental, una reacción punitiva más tensiva. Éste, paralelamente, ha traído consigo una reacción de la

PODER JUDICIAL

academia y, en menor medida, del sistema de justicia en la búsqueda de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico penal –sin que, en el caso de los jueces, se incumpla con el principio de legalidad penal– a fin, de un lado, de configurar respuestas penales acordes con la realidad social e institucional del país; y, de otro, de privilegiar las medidas sociales y preventivas pertinentes –compensar en lo posible los déficits sociales–.

Empero, debe tomarse en consideración la especial vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes. Ello “...está determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros” (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VRP, VPC y Otros v. Nicaragua, de ocho de marzo de dos mil dieciocho). Las niñas y los niños no han concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico, y aun cuando el riesgo corresponde a los niños de ambos sexos, la violencia suele tener un componente de género, como anotó el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General número 13, párrafo 72. El Estado, por consiguiente, ante la menor capacidad de juicio y de resistencia física de las niñas y los niños, tiene la carga de guardar especial celo en que las medidas que decidan y ejecuten deben tener en consideración el interés superior del niño, el cual siempre ha de tener precedencia en la actuación estatal (STC 1665-2014/PHC-TC, de veinticinco de agosto de dos mil quince). Los poderes públicos están comprometidos no solo a garantizar la debida protección de las niñas y los niños, sino también a asegurar su derecho de acceso a la justicia y de promover decisiones razonables por el órgano jurisdiccional en armonía con una legislación que tome en cuenta las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

§ 2. PENAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL. CONMINACIÓN PENAL ABSTRACTA

10.º La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis, asumió como un principio indispensable del ordenamiento jurídico penal el de proporcionalidad. En aplicación de este principio y desde los subprincipios que lo informan –en especial, el de estricta proporcionalidad–, que vienen del Derecho Administrativo de Policía y que, luego, desde los Derechos Fundamentales, se incorporaron al Derecho Constitucional y, con él, a todo el ordenamiento –la sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales (conforme: HURTADO POZO, JOSÉ / PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal, Parte General – Tomo I*, 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 28)–, pero empleándolos genéricamente, sin las particularidades propias del Derecho penal, estimó que la pena prevista cuando la víctima, al momento de los hechos, contaba entre diez años y catorce años de edad, de privación de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Asimismo, consideró que era del caso acudir, a la imposición de la pena concreta a la regulación genérica de la pena privativa de libertad: de dos días a treinta y cinco años (artículo 29 del Código Penal).

11.º Sin duda alguna, y más allá (i) del principio de legalidad penal (artículo 2, numeral 24, literal 'd', de la Constitución) –en concordancia con los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en el artículo 139, numerales 9 y 11, de la Ley Fundamental: prohibición de analogía contra reo o *in malam partem* y aplicación de la ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales–, y (ii) del principio de culpabilidad, en cuya virtud se incorporan varios sub-principios que le otorgan consistencia: personalidad de las penas, que prohíbe castigar a alguien por un hecho ajeno; responsabilidad por el hecho, que exige un “Derecho penal de hecho” que proscriba castigar a una persona por el carácter o el modo de ser; responsabilidad subjetiva, que requiere que la responsabilidad se funda en que el autor actúe con dolo o imprudencia; y, culpabilidad en sentido estricto, que impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida: normal motivabilidad (conforme: MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal Parte General*, 8va. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008, pp. 123-124)–, de tal modo que el fundamento de la pena radica en la retribución de un injusto pero solo dentro de los límites de la responsabilidad personal del autor (conforme: OTTO, HARRO: *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2017, p. 34); (iii) el principio de proporcionalidad, si bien no está expresamente proclamado en la Constitución, constituye una exigencia implícita del principio del Estado de Derecho (artículos 43 y 44 de la Constitución), de suerte que la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción (así: STSE 716/2014, de veintinueve de octubre).

Es de aclarar, por lo demás, que lo dispuesto en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, en cuanto establece como un principio que: “[...] el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, no contiene un derecho fundamental –de tal principio no se derivan derechos subjetivos–, sino un mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus competencias, para orientar el régimen penitenciario –en función a la pena privativa de libertad– y, como tal, no puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes. No condiciona la posibilidad y la existencia misma de la pena a ese objetivo. Los fines reeducadores, rehabilitadores y de reincorporación no son los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista (coincidente: Sentencias del Tribunal Constitucional de España –en adelante, STCE– 2/1987, de veintiuno de enero; 19/1988, de dieciséis de febrero; y, 160/2012, de veinte de septiembre).

Empero, tan puntual afirmación debe, en todo caso, relativizarse, en el entendido que la anatomía del sistema penal es dada por la ejecución penal –muy limitativo será este sistema cuando se apoya fundamentalmente en la utilización del condenado como instrumento punitivo y no como un sujeto, a ejecución tiene como límite

J
L
P
S
O
A

Q

Handwritten signatures and marks at the bottom of the page.

inmanente el respeto a la dignidad de la persona humana [LAMAS LEITE, ANDRÉ: *Obra citada*, p. 50].

12.º No corresponde, en el actual estado de la ciencia penal y de las investigaciones empíricas, resolver judicialmente el sentido y el fin de la pena –que siempre es vista como una necesidad social para evitar males mayores–. Es claro también que el conjunto de reflexiones acerca de las concepciones absolutas y relativas de la pena no ha llegado a un punto final de consenso. Lo que sí puede concluirse, en un nivel muy alto de abstracción, es que (i) el Derecho Penal tiene un cometido, cual es el de procurar un procesamiento ordenado del conflicto que representa el quebramiento de la norma penal; y, desde su configuración práctica –de los fines individuales de la pena–, (ii) se ha de reconocer que el quebrantamiento del Derecho Penal –que genera un daño social– puede afectar a toda una serie de intereses legítimos, y que el intento de elaborarlo puede requerir la satisfacción de necesidades igualmente variadas –que pueden reflejarse en una cantidad de posibles fines de la pena– (Conforme: STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible*, 4ta. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 49). Cuáles sean estas necesidades, depende en buena parte, en abstracto, (i) de la tipología de delitos –no es lo mismo, obviamente, según su dañosidad social y alarma social, un delito sexual que un delito de homicidio, corrupción o de terrorismo–, en los que priman diversos factores sociales, culturales, ideológicos, históricos, etcétera; y (ii), en concreto, de las circunstancias del caso particular –del nivel o entidad de la necesidad de pena–.

13.º En esta perspectiva, de la concordancia de los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal –con sus limitaciones–, siguiendo parcialmente la fuente colombiana (artículo 12 del Código Penal de Colombia), se entiende que el legislador penal reconoce las múltiples funciones que pueden tener las penas: (i) pena como retribución justa de la responsabilidad penal (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal); (ii) pena como prevención general; y, (iii) pena como prevención especial (artículo IX del Título Preliminar del Código Penal). Tan amplia perspectiva permitiría afirmar que, por lo menos legalmente, se ha impuesto las llamadas “teorías mixtas o de la unión”, aunque no es del todo factible que se esté ante una aseveración concluyente.

Ahora bien, desde una dimensión temporal, pareciera adecuado partir de la denominada “teoría de los escalones”, como la llama MÜLLER-DIETZ, en el sentido de reconocer el diferente peso específico que tienen los fines de la pena en sus diferentes momentos. Así, (i) en el momento de la amenaza penal, de las conminaciones penales –en clave de proporcionalidad abstracta–, tiene, en tanto no se hubiera producido un delito, una función exclusivamente preventivo general; en este estadio temprano, entre todas las formas de aparición de la prevención general solamente aúnan el –escaso– efecto intimidador y el efecto de aprendizaje (de reglas elementales de ética social, de la enseñanza de comportamientos socialmente competentes)) (ii) en el momento de la imposición de las sanciones pasan a primer

plano los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial por igual –mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad–; y, (iii) en el momento de la ejecución de la pena debería buscarse solo la resocialización (véase: ROXIN, CLAUS: *La teoría del delito en la discusión actual*. En: *Cambios en la teoría de los fines de la pena*, Tomo I, Editorial Grijley, Lima, 2016, pp. 91-93).

En esta perspectiva puede invocarse la STC 12-2010/PI-TC, de once de noviembre de dos mil once, que señaló, en el caso de los delitos sexuales, como bienes constitucionales destinados a ser optimizados: (i) la desmotivación de la comisión del delito de violación sexual de menores, y (ii) la generación de confianza en la población en el sistema penal respecto del cumplimiento de las penas [que son, por cierto, aunque no se diga, criterios preventivo generales]. Es claro, por lo demás, que tal invocación sirve, preponderantemente, en el momento de la conminación penal, no de la ejecución penal –como se plantea en ese fallo– en la que ha de primar –sin demanda de exclusividad, por cierto– el principio de prevención especial.

4.º Respecto del principio de proporcionalidad, empero, es de apuntar que no resuelve ninguno de los dilemas que hoy divide a la ciencia penal, aunque sí explica todo aquello en los que existe acuerdo –entre otros, no permite inclinar la balanza en favor de quienes optan por una u otra teoría de la pena ni proporciona, en fin, criterio decisivo alguno acerca de por qué una conducta se castiga con pena más severa que otra–. Ello (i) se debe a que tratándose, sin duda, de un principio constitucional, se trata de eso, de un principio abstracto y no de una norma en el sentido que les asigna respectivamente el constitucionalista ROBERT ALEXY –es, por cierto, un criterio muy vago decir que el legislador ordinario solo lo viola cuando existe una clara desproporción entre acción y respuesta–; y, (ii) explica por qué la jurisdicción constitucional se abstiene en muchos casos de declarar la inconstitucionalidad de tipos penales, y es respetuoso con el legislador ordinario y la soberanía popular, así como también busca “ponerse de acuerdo con el legislador” cuando los márgenes de discrecionalidad concedido al legislador son muy amplios (conforme: CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 119-120).

El legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y dirección de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos (STCE 55/1996, de veintiocho de marzo, fundamento jurídico 6to.).

15.º El principio de proporcionalidad, en el Derecho penal, en sentido amplio, despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la pena penal, es decir, de la clase de conductas que han de confiarse a los delitos; y, en sentido estricto, opera primordialmente en la proporción de esas conductas a las penas.

consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad, y que a su vez se proyecta en la fijación legislativa de éstas, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley –dos momentos que, por lo demás, plantean problemas distintos– [BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y OTROS: *Curso de Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p.74].

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, visto genéricamente, rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste desde su significación global –es decir, relación entre la gravedad del injusto y la de la pena–. Este principio tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo –que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito– y el poder judicial –las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste– (así: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos*, Editorial INPECCP – CEURA – Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 528-529).

El juicio de ponderación que ha de realizarse sin duda no ha de atenerse exclusivamente (i) a la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de los bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etcétera); sino también, (ii) a la gravedad extrínseca de aquél, esto es, al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia (ver: LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 93). En el juicio de proporcionalidad, asimismo, debe tomarse en cuenta (iii) el criterio de finalidad de tutela de la norma –fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión (en palabras, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 136/1999, de veinte de julio)–, al punto que incluso este último criterio, como dicen COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN, puede prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si, en el caso concreto, las respectivas exigencias de uno u otro criterio fuesen antagónicas (*Derecho Penal – Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 80).

La pena, pues, debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución; y, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social (conforme: MEINI, IVÁN: *La pena: función y presupuestos*. : Revista Derecho PUCP n.º 71, Lima, 2011, p. 157).

16.º Entonces, metodológicamente, como se precisó, por ejemplo, en la STCE 136/1999, de veinte de julio, cabría examinar la proporcionalidad de una reacción penal desde tres perspectivas:

1. Desde su idoneidad, el tipo penal ha de procurar la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución.
2. Desde su necesidad, la pena ha de permitir alcanzar fines de protección –una pena será innecesaria, entonces, cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.
3. Desde su estricta proporcionalidad, la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena; no lo será, desde luego, cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

17.º No obstante ello, siempre es de tener en cuenta, como pauta general, que el legislador goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente ía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad, el legislador goza, dentro de los límites constitucionales (respeto del valor justicia propio de un Estado Constitucional y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona: STCE 55/1996, de veintiocho de marzo), de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de sus destinatarios –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etcétera–. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades prácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (véase TCE 161/1997 dos de octubre).

En esta perspectiva el principio de proporcionalidad, incluso, debe tener en cuenta, amén de la idoneidad y prevención, la gravedad del comportamiento y la importancia de

los bienes protegidos, así como las percepciones sociales a la adecuación entre delito y pena (conforme: STSE de 25 de abril de 2001).

18.º En el presente caso, las penas previstas para el delito de violación sexual de menor de edad, sin duda, son gravísimas, al punto que hoy en día está vigente para toda modalidad de violación sexual a menor de edad la pena de cadena perpetua. Extraña, por cierto, una reacción penal tan drástica, que excluya, como eje punitivo, la presencia legal de “circunstancias extraordinarias” para imponer la cadena perpetua la pena más grave del sistema penal y, por tanto, de aplicación limitada las conductas más atroces--.

Para matizar tan radical posición, sin duda, está, de un lado, (i) el recurso, en el caso concreto, a la interpretación de la ley penal ordinaria conforme a la Constitución --el deber judicial de interpretación conforme a la Constitución se fundamenta sobre todo con dos argumentos: unidad del ordenamiento jurídico y la primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria, y opción por una interpretación conforme a la Constitución (que no se inaplique la ley) deriva del debido respeto a la decisión del legislador, la cual, a ser posible, se debe mantener (KUHLEN, LOTHAR: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 33-34)--; y, de otro lado, (ii) toda la lógica de fijación

ción judicial de la misma, que el Código Penal contempla. Al respecto, la STSE 596/2017, de diecisiete de julio, acotó que dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprendan del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código Penal.

19.º En tal virtud, no es posible negar que en la sociedad actual la violación sexual de menores de edad es considerada una lacra tan lacerante, unida a su rechazo masivo por la población, que ha determinado al legislador, consecutivamente, a una constante progresividad en la gravedad de las penas legalmente conminadas --el legislador, en estos casos, trata de prevenir los daños que estos delitos generan a la niñez--. Como ya se expuso, la Corte Suprema no puede, para establecer la ilegitimidad de una pena, tomar como referencia una pena exacta --la fijada para el delito de homicidio y sus formas agravadas, por ejemplo-- que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Constitución no contiene criterios de los que pued inferirse esa medida.

Asimismo, onjunto de baremos para fijar la pena básica o abstracta, señalados en el fundamen 'urídico quince, segundo p' fo, son de tal di sion o expresion en el delito de vi ión sexual de menores d e id--su r ión y el estado de especial vulnerabilidad las víctimas, unido a s afit ión en todos los niveles, psíquicos,

sociales y culturales a las niñas y niños (lesión a su normal desarrollo sexual: nocividad social del hecho)–, que, por lo menos, no es posible negar que existan razones que justifiquen la opción del legislador vulnerar el principio de proporcionalidad.

El problema no está, pues, en la proporcionalidad abstracta, que la sentencia vinculante examinada ha destacado de modo absoluto y que, por tanto, no puede aceptarse.

§ 3. APLICACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

∞ A. ASPECTOS GENERALES

20.º El Código Penal, en el Capítulo II “Aplicación de la pena”, con los cambios operados a partir de las Leyes 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince, y 30076, de dieciocho de agosto de dos mil trece, y de los Decretos-Legislativos número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, y número 1323, de seis de enero de dos mil diecisiete, instituyó un sistema de aplicación de la pena –que se traduce en criterios objetivos de valoración para su aplicación y determinación– en función (i) a unos presupuestos para la fundamentación y determinación de la pena (artículo 45), y (ii) a unos criterios o factores para la determinación de la pena (artículo 45-A). En este último caso, reunió un conjunto de circunstancias de atenuación y de agravación genéricas (artículo 46) e incorporó una relación de circunstancias de agravación cualificadas (artículos 46-A al 46-E). Además, el legislador en otros capítulos del Título II del Libro Primero, Parte General del citado Código, tomó en cuenta a) las causales de disminución o incremento de punibilidad (por ejemplo, eximentes imperfectas –artículo 21–, tentativa –artículo 16–, complicidad secundaria –artículo 25, segundo párrafo–, errores vencibles –artículos 14 y 15–, omisión impropia –artículo 13– y concurso de delitos –artículos 48 a 51–; y, de otro lado, en el Código Procesal Penal incorporó b) las reglas de reducción por bonificación procesal (confesión sincera –artículo 161 del Código Procesal Penal–, de terminación anticipada del proceso –artículo 471 del Código Procesal Penal–, colaboración eficaz –artículo 474.2 del Código Procesal Penal– y de conformidad procesal –Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho–).

Todos estos preceptos, al igual que los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, guían el proceso integral de aplicación de la pena. Éste no se abandona al libre arbitrio judicial, pues el juez debe respetar las pautas legales establecidas en nuestro Ordenamiento –que a final de cuentas apunta a concordar la decisión sancionadora con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y los fines retributivos y preventivos de la pena–. Es indudable que el actual sistema, en comparación con el originario del Código Penal, otorga menos margen de discrecionalidad, pero también impone sus límites para evitar arbitrariedad (conforme: ORÉ SOSA, DUARDO: *Determina el ámbito de la pena. Reincidencia y*

*Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076. [En: http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf. Consultado el 20-11-2018]. Se trata, en buena cuenta, de una discrecionalidad judicial vinculada, no libre, que a su vez es materia de control a través del deber de motivación –que consiste en la explicación argumentada de la correcta aplicación, en el caso concreto de los criterios de la ley (MANTOVANI, FERRANDO: *Los principios del Derecho Penal*, Ediciones Legales, 1ra. Edición en Español, Lima, 2015, p. 597)–.*

21.º El artículo 45 del Código Penal, bajo el epígrafe “Presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, reúne tres criterios o cánones que han de permitir al juez justificar y delimitar la pena que debe imponerse a la persona en concreto, y que van guiar tanto el proceso de determinación o estipulación legal de la pena como el proceso de individualización judicial de la pena. Dentro del respeto del principio de la responsabilidad o culpabilidad por el hecho –propriadamente, del grado de responsabilidad o culpabilidad– como marco de la pena, de la que no es posible sobrepasar (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), se ha de tomar en consideración, de un lado, las carencias sociales del agente delictivo, y su cultura y sus costumbres; y, de otro, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y, en especial, su situación de vulnerabilidad –son criterios o cánones que permiten una intensidad de respuesta punitiva variable y, según los casos, pueden ir en direcciones diversas: agravar o atenuar la calidad y cantidad de pena–.

Esta disposición legal permite, entonces, no solo individualizar la pena dentro de las reglas de los artículos 45-A y 46 del Código Penal –según el sistema de tercios instaurado–, sino también, en una perspectiva amplia, la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o de una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etcétera), así como la fijación de los plazos para el pago de la multa y otras (Conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO, *Artículo citado*. Parcialmente: HURTADO POZO, JOSÉ: *El principio de legalidad, la relación de causalidad y a la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal*. [En: www.cervantesvirtual.com/obra/el-principio-de-la-legalidad-la-relación-de-causalidad-y-la-culpabilidad-reflexiones-sobre-la-dogmática-penal-p44/. Consultado el 20-11-2018]. CARO CORIA, DINO CARLOS: *Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal Peruano*, Lima, 2005 [En: <http://ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/IJP-Carlos-Caro.pdf>. Consultado el 20-11-2018].

Es de aclarar que el Decreto Legislativo número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, instituyó como una circunstancia agravante genérica: “Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función”, pero, con posterioridad, la Ley número 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince –menos de tres meses desde el primer dispositivo legal–, incorporó esta cláusula –que traduce efectos de prevalimiento– como un

criterio o canon para fundamentar y determinar la pena, y no como una circunstancia agravante genérica.

22.º El artículo 45-A del Código Penal fija los diversos niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos con los otros para individualizar la pena. El segundo párrafo de dicho precepto introduce tres directivas precisas, de obligatorio cumplimiento:

1. La determinación de la pena se establece dentro de los límites fijados por la ley. La ley –entendida como la legislación en su conjunto–, entonces, es el marco de referencia y criterio obligatorio para individualizar la pena. La respuesta punitiva, en lo concerniente a la calidad y cantidad de pena, no puede infringir las reglas jurídico-penales pertinentes; debe respetar sus límites y el juez ha de seguir las orientaciones jurídicas correspondientes, legalmente definidas.

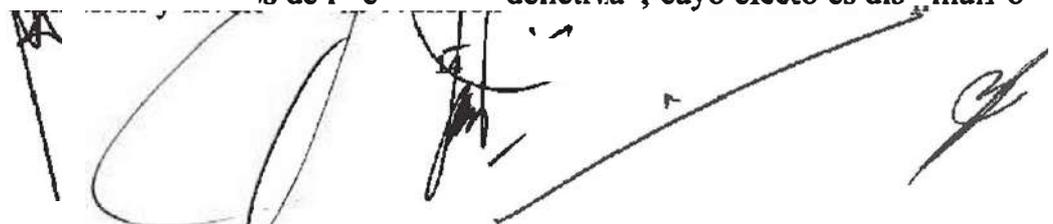
2. El juez atiende, a estos efectos, a la responsabilidad y a la gravedad del hecho punible cometido. Esto significa que ha de valorar razonablemente los criterios vinculados a los elementos del injusto graduable y al grado de culpabilidad del autor en función al hecho punible cometido. Es, pues, un caso de discrecionalidad judicial reglada.

3. Se excluyen todos aquellos elementos o circunstancias que no sean específicamente constitutivos del delito o modificatorios de la responsabilidad. Con ello se evita la doble valoración, conocida como “principio de la inherencia”, en cuya virtud no se pueden tomar en consideración aquellos elementos o circunstancias de mayor o menor punibilidad que ya han sido previstos como tales al redactar el respectivo precepto penal (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Comlibros, Medellín, 2009, pp. 1134-1135).

23.º El tercer párrafo del artículo 45-A del Código Penal identifica dos grandes etapas para individualizar la pena.

1. La primera etapa, conforme al numeral 1) del citado párrafo y artículo, está referida a la identificación de la pena básica –pena legal abstracta–; esto es, la pena legalmente conminada por el tipo penal respectivo –que a menudo tiene un límite inicial y un límite final–. El cariz de esta etapa es básicamente legalista. El legislador señala en la Parte Especial con carácter general para cada delito tanto la clase de pena como el *quantum* asignado a la misma, fijando de este modo el marco penal abstracto dirigido al autor de la infracción penal consumada, que constituye el modelo de partida (GRACIA MARTÍN, LUIS y OTROS: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 109).

Una variación dentro de esta primera etapa, más compleja sin duda, que avanza hacia una concreción legal relativa, se presenta (i) en los casos de penas alternativas, de suerte que corresponde al juez establecer cuál de ellas es la que debe asumirse; y, (ii) en los supuestos en que concurran al hecho punible causales de disminución o incremento de punibilidad –éstas son ínter secas al respecto de su presencia plural, desde la exclusión parcial de sus efectos hasta la exclusión de sus categorías sistemáticas, o desde el grado de intensidad de la infracción delictiva–, cuyo efecto es disminuir o



incrementar la pena legalmente prevista para el tipo delictivo (crea un nueva conminación penal), no atenuarla o agravarla como lo son las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ahora bien, esta pena básica, a su vez, se divide en tres partes (sistema de tercios): tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior.

2. La segunda etapa, conforme al numeral 2) del referido tercer párrafo y artículo 45-A del Código Penal, está circunscripta a la individualización de la pena concreta, que finaliza en una pena absolutamente concreta o definitiva, una pena sin márgenes ni marcos penales, una pena, por lo tanto, exacta (GRACIA MARTÍN, LUIS: *Obra citada*, p. 110). La individualización tiene como eje la evaluación de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y la incorporación de reglas, en orden al sistema de tercios, que determinarán, primero, la concreción de la pena dentro uno de los tres tercios reconocidos legalmente: inferior, intermedio o superior; y, segundo, en la pena exacta o final. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad están descriptas, entre otros, en el artículo 46 del Código Penal.

Las circunstancias se definen como aquellos hechos o elementos accidentales, accesorios, que están alrededor del delito, en torno al mismo o fuera de él, e implican la idea de accesoriedad, a la par que adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Tales elementos no son necesarios para la existencia del delito, pero inciden sobre su gravedad e interesan como índices de la capacidad de delinquir del sujeto, comportando una modificación, cuantitativa o cualitativa, de la pena (MANTOVANI, FERRANDO: *Obra citada*, p. 345).

El artículo 46 del Código Penal incorporó un listado preciso, taxativo, de (i) circunstancias genéricas, atenuantes o agravantes –que, como tales, operan en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito, y respetan su marco penológico–, así como otro de (ii) circunstancias agravantes cualificadas (artículos 46-A al 46-D) –que configuran un nuevo marco punitivo, más grave– (véase: Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho). De otro lado, es de acotar que las (iii) circunstancias específicas están ubicadas en la Parte Especial del Código Penal, se encuentran adscritas a un delito específico y fijan una pena específicamente conminada. El Código Penal, por lo demás, no recoge –pese a que debiera– (iv) circunstancias atenuantes privilegiadas –los Anteproyectos y Proyectos de Código Penal de 2008/2010 y de 2014/2015, respectivamente, acogían como tal circunstancia cuando: “la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve”– (Así: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial IDEMSA, Lima, 2016, pp. 203, 205, 239 y 245-248).

Culmina es última etapa, siempre que concurren, con la aplicación de las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. Tratándose, por ejemplo, de confesión sincera, el juez tiene el arbitrio de disminuir la pena hasta una tercer parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 de Código Penal); y, en el supuesto

de sentencia anticipada, el agente delictivo recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte (artículo 471 del Código Procesal Penal).

24.º Cabe señalar que este Supremo Tribunal, desde el Derecho Internacional convencional, tiene reconocido dos causales de disminución de punibilidad supra legales –sin que pueda negarse el análisis y aplicación, en lo pertinente, de la Convención 169 de la OIT “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, de 27 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en especial los artículos 8 a 10–.

1. El interés superior del niño, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si imputado y agraviada forman ya una unidad familiar estable y tienen hijos menores de edad, y el primero cumple efectivamente con sus obligaciones de padre, se tiene que la culpabilidad por el hecho disminuye sensiblemente y debe operar, siempre, disminuyéndose la pena por debajo del mínimo legal. Así lo declaró la Ejecutoria Suprema 761-2018/Apurímac, de veinticuatro de mayo último.

2. Las dilaciones indebidas y extraordinarias en la tramitación del procedimiento penal, conforme al artículo 8, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho, como se sabe, tiene como finalidad evitar que los encausados o procesados permanezcan largo tiempo bajo imputación o acusación, según el caso, y asegurar que ésta se decida prontamente (SCIDH Suarez Rosero vs. Ecuador, de doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo 70). A fin de dar eficacia a este derecho fundamental, corresponde compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado mediante la aplicación de esta causa de disminución de punibilidad supra legal –a fin de mantener la proporcionalidad de la pena, que debe ser paralela a la culpabilidad, y la disminución del merecimiento de pena por el dilatado tiempo transcurrido sin dictar sentencia definitiva–. Para ello se requiere, en tanto concepto abierto o indeterminado, “...comprobar, caso por caso, si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes” (STSE 601/2013, de once de julio). También debe atenderse a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (SCIDH Furlan y Familiares vs. Argentina, de treinta y uno de agosto de dos mil doce, párrafos 149-150). Así lo declaró este Tribunal Supremo, amparándose en la STEDH Eckle vs. Alemania, quince de julio de mil novecientos ochenta y dos, en las Ejecutorias Supremas 4-2005/Lima, de veintiocho de febrero de dos mil siete, y 709-2008/Lima, eintisiete de enero de dos mil diez.

∞ B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

25.º La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis, objeto de examen plenario, a los efectos de "...determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos –edad de la víctima cercana a los catorce años de edad, minoría relativa de edad del agente delictivo y relación sentimental entre ambos–", aplicó lo que denominó "control de proporcionalidad de la atenuación" y ponderó cuatro componentes, que tituló "factores": 1. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. 2. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años de edad –la víctima, en el caso concreto, contaba con trece años y veinticinco días de edad–. 3. Afectación psicológica mínima de la víctima –la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno–. 4. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo –en ese caso existía una diferencia de seis años de edad entre ambos: ella trece años y él diecinueve años–.

26.º Sin embargo, la inclusión de estos "factores" y la mención a un "control de proporcionalidad de la atenuación" no son de recibo. Primero, porque la ley –el artículo 46 del Código Penal– estipuló las circunstancias a las que irremediamente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado Código. Segundo, porque, igualmente, la ley –en un sentido amplio– es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) –sin fundamento jurídico expreso–, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento.

Ahora bien, determinado el tercio de la pena aplicable (inferior, intermedio o superior), la individualización concreta dentro del tercio que corresponda debe (i) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (ii) mensurar la entidad de cada circunstancia aplicable, así como (iii) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo –responsabilidad por el hecho–, esto es, criterios de prevención general o especial y también de índole retributiva basada en la culpabilidad por el hecho.

La gravedad del hecho se refiere –no a la gravedad del delito, ya contemplada por el legislador para fijar la conminación punitiva– a aquellas situaciones fácticas, de todo orden, que el juez ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. La condición personal del delincuente está integrada por aquellos rasgos de su personalidad delictiva o figuran igualmente esos elementos diferenciales para la individualización penológica (conforme:

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS – Coordinador: *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 2da. Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pp. 205-206).

La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito (conforme: STSE 1948/2002, de dieciocho de septiembre). O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción (así: BGH 20, 2214 [216]).

Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de lo proporcionado, en cuya virtud debe atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho, sin descuidar que la proporcionalidad hoy en día también se utiliza como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales. A lo que obliga el principio de proporcionalidad es, en el ámbito de las penas, a un análisis que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquélla o aquél que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros [DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO: *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, Editorial Civitas, Pamplona, 2008, pp. 307, 316 y 317].

27.º Los “factores” indicados en la sentencia vinculante examinada, en sus propios términos, tampoco son de recibo para aplicarlos imperativamente.

1. El consentimiento de la agraviada, de hecho, está excluido en razón al propio alcance del bien jurídico tutelado y el hecho de que el agente delictivo dolosamente hizo sufrir a la víctima el acceso carnal, quien por su propia edad –su desarrollo no sólo físico sino mental y el contexto social– no está en condiciones de aceptar una relación sexual temprana –claro que el ataque sexual será más grave si el sujeto activo agrede o amenaza a la víctima, y más aún si la somete a un trato especialmente vejatorio–.

2. La proximidad de la víctima a los catorce años, al contemplar únicamente un dato físico en la evolución de una niña o niño, conlleva el riesgo de asumir una justificación basada en estereotipos o prejuicios obviando los patrones socioculturales que interactúan, y con ello a “formalizar” reglas de impunidad y descuidar el análisis integral de los acontecimientos, tales como la presencia de un ambiente de coerción e incluso de aislamiento creado por el agresor, las relaciones de poder a las que la víctima está sometida –condicionantes socioculturales–, y la situación de ausencia de un eficaz apoyo familiar o de desavenencias ocasionadas por diversos motivos en el marco de hogares disfuncionales.

3. La afectación psicológica mínima no tiene una evidencia empírica contrastable. Ésta se presenta de diversas formas y en períodos de tiempo o variables –no necesariamente en el mismo momento o período al evento delictivo–, pero siempre perjudican el desarrollo integral de las víctimas. Meter a una niña o niño a una

actividad sexual temprana desde luego que vulnera el debido y libre desarrollo de su personalidad—.

4. La diferencia etaria entre la víctima y el victimario debe asumirse con el cuidado y prudencia debida, así como los posibles vínculos sentimentales entre ambos en razón a la vulnerabilidad en que se encuentran los niños y las niñas —la naturaleza de la relación es independiente del propio hecho del acceso carnal a una niña o niño—. Criminológicamente, cuando existe una diferencia de edad entre sujeto activo y sujeto pasivo, que generalmente se fija en cinco años, ésta impide el mantenimiento de relaciones sexuales en condiciones igualitarias, viciando la capacidad del menor para comprender plenamente las implicaciones de su decisión; además, ello importa someter a la víctima, instrumentalizarla como objeto sexual para satisfacer los deseos del agresor [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH, *Obra citada*, p. 6].

Es claro, de otro lado, que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho punible perpetrado —el Acuerdo Plenario número 4-2006/CJ-116, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, así lo contempló; y, ha sido ratificado, entre otras, por la sentencia casatoria 1672-2017/Puno, de dieciocho de octubre del año en curso, y la sentencia casatoria 214-2017/El Santa, de ocho de noviembre del presente año—, pero las características individuales de la víctima no autorizan, en sí mismas y por lo anteriormente expuesto, a una imperativa respuesta punitiva menos intensa.

28.º Un cambio importante en la aplicación de la pena está vinculado a la entrada en vigor de la Ley modificatoria número 30838, de cuatro de agosto del presente año, que estatuyó que la pena para estos delitos, cometidos en agravio de un menor de catorce años, es la de cadena perpetua —revisable por cierto cuando el condenado cumplió treinta y cinco años de privación de libertad, que expresa tanto su configuración desde una perspectiva resocializadora como la consagración en la ley una lógica excarceladora: presupuestos legales y procedimiento correspondiente (artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, agregado por el Decreto Legislativo 921, de dieciocho de enero de dos mil tres)—. El legislador ha considerado, desde luego, que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos más importantes —de mayor rango— y, por ello, el Estado debe responder con una firmeza extraordinaria.

29.º. Es verdad que, en este tipo delictivo, se está ante una conminación penal absoluta —admitida desde consideraciones de prevención general —aunque siempre con ayudas resocializadoras y la oportunidad de reintegración social (conforme: ROXIN, CLAUS: En: *Sesenta años de Ley Fundamental Alemana desde la perspectiva del Derecho Penal. Obr Citada*, Tomo II, pp. 414-415)—, pero también es cierto que es posible reconocer, imponer, ante situaciones excepcionales —como en su día resolvió el Tribunal Su mo Alemán: BGH GS 30, 105—, una pena iva de libertad temporal, au ie de uno u otro modo esen ve (artículo 29 del Código Penal).

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena –aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios–. Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente –su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos–, y, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció –acreditados con pericias o informes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo–, de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena.

III. DECISIÓN

30.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial e la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional asatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

ACORDARON

31.º **DECLARAR SIN EFECTO** el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis.

32.º **ESTABLECER** como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos–, los siguientes lineamientos jurídicos:

- A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.
- B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-1 a 21-4). Estas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho Penal e su relación con el Derecho

constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración.

- C. No son aplicables los denominados “factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación”. Éstos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.
- D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria.

33.º **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

34.º **PUBLICAR** la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial *El Peruano* y en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

SEQUEIROS VARGAS





**JURISTA
EDITORES**



PODER JUDICIAL

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

**PILAR ROXANA SALAS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA**



**JURISTA
EDITORES**

§ 1. CRITERIOS INDIVIDUALES DEL JUEZ SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS ENTRE UNA MENOR PRÓXIMA A CUMPLIR LOS 14 AÑOS DE EDAD Y CUANDO EL AGENTE SE HALLA CERCANO AL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

A. ASPECTOS GENERALES

1º El principio de proporcionalidad señalado en el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal, se contrae a que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. A su vez este principio constitucional está conformado por tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, CHOCLÁN MONTALVO (1997: 89-90), destaca la idea de la responsabilidad por la propia acción y la proporcionalidad de la pena por el hecho cometido (que conforma el contenido de la función limitadora del principio que está llamado a cumplir el principio de culpabilidad). A decir del indicado autor, el respeto a la dignidad de la persona requiere que el penado no sea usado como instrumento al servicio de fines que aunque útiles socialmente, para la generalidad, no tengan en cuenta la previa comisión del hecho punible por el agente, respecto de quien se presume su libertad de voluntad. Además, precisa que la función de la pena no es con arreglo al texto constitucional exclusivamente resocializadora lo que permite el juego de otros fines también legitimados en el modelo de Estado que define la constitución política.

2º La restricción de responsabilidad por la edad está descrita en el artículo 22 del Código Penal (en adelante CP), cabe indicar que en dicha norma se señala que podrá reducirse prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, mientras que en el segundo párrafo, se excluye de la restricción al agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (modificado por el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince). Sobre el particular esta Suprema Instancia ya se pronunció e indicó que el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad no está en función directa del delito cometido (Acuerdo Plenario número 4-2016/CJ-116), por lo que al no estar debidamente justificada la restricción corresponderá a los jueces someter la norma al control difuso dependiendo del caso.

B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

3º En la sentencia casatoria 335-2015/El Santa de uno de junio de dos mil dieciséis (objeto de examen), para determinar la pena concreta se tomó en cuenta cuatro

factores: **1.** Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual con la menor, puesto que medió consentimiento. **2.** Proximidad del sujeto pasivo a los catorce años de edad (la víctima contaba con trece años y veinticinco días). **3.** Afectación psicológica mínima de la víctima (en la pericia realizada no se ha de comprobar daño psicológico alguno). **4.** Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo (seis años de distancia entre ambos, ella con trece y él con diecinueve). Además se consideró necesario acudir al artículo 29 del CP (regulación genérica de la pena, que establece que la pena privativa de libertad temporal será de dos días hasta treinta y cinco años).

4º El tipo penal sólo exige que el sujeto pasivo sea menor de catorce años, por lo que los factores descritos en la casación del Santa no son de recibo dado que el parlamento estableció las circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador para determinar la pena (artículos 45, 45-B y 46 del CP), y en segundo lugar, dichos factores no podrían servir para reducir la penas hasta la dimensión fijada (cinco años de privación de la libertad) acudiendo al otro espacio punitivo genérico del artículo veintinueve del CP (penas temporales de dos días a treinta y cinco años).

5º Cabe señalar que en el voto singular emitido en la Ejecutoria Suprema (recaída en el Recurso de nulidad número dos mil treinta y seis guion dos mil quince de veintisiete de abril de dos mil diecisiete. Bajo la ponencia del juez supremo Salas Arenas) se precisó, que la cuestión conflictiva surge al considerar la responsabilidad restringida del agente y la aparente relación afectiva entre imputado y víctima; el primero, dentro del rango etario de maduración incompleta del cortex prefrontal (las neurociencias portan explicaciones de la conducta en términos de actividad cerebral) que organiza el pensamiento complejo y permite a cada persona distinguir lo bueno de lo malo, para escoger idóneamente entre trasgredir o no la prohibición penal y aquejado por el notorio influjo hormonal de la edad; y, la segunda, en la transición de la niñez a la adolescencia en una situación más intensa a la mencionada, dada la menor maduración como para decidir con solvencia sobre su sexualidad.

6º Establecido el problema concerniente a la proporción de la sanción, que es un asunto de orden constitucional, cabe la elucidación del alcance razonable. Corresponde analizar cada uno de los factores señalados en la casación materia de análisis:

- 1.** Consentimiento de la agraviada, legalmente excluido puesto que no goza de tal capacidad debido a su edad.
- 2.** Proximidad de la víctima a cumplir catorce años de edad, en tanto se presume en el fondo la maduración temprana, que puede no estar acreditada.
- 3.** Mínima afectación psicológica en la víctima que generó confusión puesto que los juzgados superiores tomaron en cuenta el resultado de un examen inmediato y los asumieron definitivos.

4. La diferencia etaria entre la víctima y el agresor, que se basa en apreciación subjetiva.

Dos cuestiones de naturaleza específica subyacen en que las ciencias y el derecho se unen en singamia y en que para aplicar concretamente la decisión judicial se requiere inexorablemente la orientación del conocimiento especializado de la medicina, tanto de la psiquiatría como de las neurociencias: *a)* La apreciación del daño psíquico en la víctima en delitos sexuales; y, *b)* la maduración de la corteza prefrontal en el sujeto activo, ninguno de los dos depende de las apreciaciones exclusivamente jurídicas.

A) EXISTENCIA DE DAÑO PSÍQUICO O MÍNIMA AFECTACIÓN EN LA VÍCTIMA

A.1. En el fundamento jurídico vigésimo octavo, del Acuerdo Plenario número 2-2016/CJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete (posterior a la casación objeto de análisis), se ha establecido que el menoscabo psíquico considerado como daño debe ser jurídicamente consolidado, fijándose en tal estado (presencia de “huella psíquica”) transcurrido el término de seis meses desde el suceso que le dio origen. Esto es el tiempo que la ciencia ha establecido como idóneo para acreditar la presencia de Trastornos Adaptativos descritos en el Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V), de la Asociación Americana de Psiquiatría instrumento de validez científica universalmente reconocido, versión que se encontraba vigente cuando se emitió la primera versión de la Guía para Determinar el Daño Psíquico. En el DSM-V (vigente desde el dieciséis de mayo de dos mil trece) se ha catalogado al Trastorno de Estrés Post Traumático (TEPT) en el apartado 309-81 en relación al apartado F43-1 del Clasificador Internacional de Enfermedades –CIE-10-, el cual estuvo vigente desde mil novecientos noventa hasta mayo de dos mil dieciocho, fecha en que entró en vigencia el CIE-11), diferenciando los criterios a considerar cuando se trate de adultos, adolescentes y niños mayores de seis años, y los que deben estar presentes cuando se diagnostique a niños menores a seis años; en ambos casos la expresión retardada de este trastorno se presenta después de los seis meses del acontecimiento, aunque algunos síntomas pudieran ser inmediatos, lo que deberá ser valorado por los juzgadores al analizar las lesiones producidas por esta clase de delitos.

A.2. Aunque el Acuerdo Plenario 2-2016/CJ-116 es, como se ha dicho, posterior a la sentencia casatoria analizada, sus fundamentos científicos son anteriores; mayo de dos mil trece y mil novecientos noventa y nueve, respectivamente, fecha de los instrumentos en que se describe y cataloga el estrés postraumático (hay un lapso de meses, o incluso años, antes de que el cuadro sintomático se ponga de manifiesto).



A.3. GINER ALEGRÍA¹ considera que para analizar el estrés postraumático se debe valorar las circunstancias histórico-sociales que enmarcan los hechos traumáticos y el ámbito cultural y familiar de la víctima.

Las fases habitualmente presentadas en personas que presentan daño psicológico son: **a)** la reacción de sobrecogimiento, es decir, la víctima suele reaccionar con un estado de shock, lo que genera abatimiento o incredulidad ante lo sucedido. **b)** vivencias afectivas dramáticas, presencia de dolor, indignación, rabia, miedo o sentimientos de culpa unidos a momentos de profundo abatimiento. **c)** tendencia a revivir, intensamente el suceso, se suele revivir el suceso gracias a la memoria, por asociarlo con el olor, un ruido con el aniversario del delito o al ver una película violenta.

A.4. Los jueces no pueden ignorar que la ciencia indica y establece parámetros diferentes al analizar los síntomas o efectos psicológicos en la víctima de violencia sexuales, los cuales varían con su edad, género e historia de vida, nivel de daño físico/simbólico, experiencias previas, acciones emprendidas para atender los síntomas y cambios derivados de la experiencia de violencia, apoyo institucional y el apoyo familiar y comunitario recibido. Una cosa es el efecto mediato y otra la huella psíquica del estrés postraumático, que no se ha analizado en la causa en que se pronunció la decisión casatoria, sino que se ha banalizado.

La judicatura no puede ignorar los dictados de la ciencia o interpretar los fenómenos psicológicos o psiquiátricos desde perspectivas exclusivamente jurídicas.

B) MADURACIÓN DE LA CORTE PREFRONTAL EN EL VICTIMARIO

.1. No hay explicación cabal del motivo por el cual un responsable restringido recién alido de la adolescencia y convertido en adulto joven merezca un trato penal diferenciado frente a los adultos que ya sobrepasaron los veintiún años, salvo el mandato normativo.

B.2. Para LAURA POZUELO (2015: 5) la corteza prefrontal –capa externa del lóbulo frontal del cerebro– es una de las últimas áreas del cerebro en madurar ya que no se desarrolla completamente, sino hasta la tercera década de la vida de la persona. En tal sentido, la importancia de dicha corteza reside, en que es la parte del cerebro implicada en comportamientos cognitivos complejos como la función inhibitoria –necesaria para el proceso de toma de decisiones– y, por otro, es donde residen los circuitos neuronales responsables de funciones como la capacidad de planear, la memoria activa o el control de los impulsos. Es así que desde la infancia hasta la adolescencia, se está en una etapa decisiva pues es cuando las áreas corticales del cerebro continúan densificándose con la proliferación de conexiones neuronales. Y, que en cuanto a la parte frontal que recubre el cerebro (llamada materia gris) formada

¹ En la conferencia dictada en la Academia de la Magistratura con motivo del “Seminario Internacional en Derecho Penal, Procesal Penal, Victimología y Criminología a la Luz del Derecho Comparado” realizado el día jueves seis de diciembre de este año.

principalmente por cuerpos neuronales alcanza su mayor nivel de volumen alrededor de los once años en las niñas y los doce años en los varones (POZUELO, 2015: 6). Por lo que es en esta etapa cuando se realiza un recambio en la estructura neuronal, y donde las conexiones que no tienen una utilización frecuente son dejadas de lado pues se mantienen dependiendo de las necesidades de desarrollo. Esto deberá ser compulsado por el juzgador al individualizar la pena, puesto que es un aspecto científico.

7º Respecto a la imposición de la pena de cinco años de privación de la libertad, no corresponde predicar la inexistencia de márgenes punitivos o dejarlos librados a la arbitrariedad (como tomar en cuenta el artículo 29 del CP), cuando del análisis sistemático de las sanciones se encuentra el artículo 176-A del CP, que sancionaba en aquella fecha los actos contra el pudor contra víctima cuyas edades oscilaban entre más de diez y menos de catorce años con pena privativa de libertad no mayor de cinco ni mayor de ocho años (con la dación de la Ley 30838, de tres de agosto de dos mil dieciocho, el legislador incremento la pena con no menos de nueve ni más de quince años de privación de libertad al autor de tal conducta).

8º Resulta desproporcionado que una violación sexual en perjuicio de adolescente merezca, en abstracto, el mismo o menor reproche que el acto impúdico contra persona en la misma condición que se establece en el artículo 176-A del CP. Por lo que, degradar la dimensión de la sanción hasta la señalada en la impugnada, pervierte el valor del bien jurídico que debe proteger y cautelar el ámbito sexual de los menores de catorce años. (Según el artículo uno, del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes son considerados niños hasta los doce años de edad y adolescentes desde los doce hasta los dieciocho años de edad).

9º Para la determinación de la sanción razonable para el caso de un responsable restringido (después de realizar el control difuso) se debe considerar el sentido del artículo 22 del CP, que hace posible la reducción prudencial, la que no puede ser antojadiza, debido a que podría quedar desvalorado o con muy poco respaldo el bien jurídico afectado. Tal como refiere ROXIN (1997: 97), por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida al punto que la sanción ya no sea tomada en serio por la comunidad; puesto esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación.

10º Es insuficiente solo considerar el artículo 46 del CP, para determinar la pena; se requiere estimar el efecto del artículo 45 del mismo cuerpo legal (esto es, carencias sociales, culturales y costumbres), en concordancia con el acápite h, del numeral uno, del artículo 46 del CP “la edad del imputado en tanto hubiera influido en la conducta del imputado” teniendo en cuenta que la edad no solo es física sino también psíquica y que la maduración de la corteza prefrontal obedece a factores antropológicos, fisiológicos, sociológicos y ambientales en cada persona.

Por lo que, la apreciación de la madurez de la persona es un asunto bio psico-social que corresponde definir a la ciencia en cada caso. No siendo suficiente el límite normativo jurídico de la responsabilidad restringida (artículo 22 del CP²). Por tanto es necesario acudir a la elucidación de la madurez psíquica de la persona antes de realizar la determinación judicial de la pena concreta y pertinente darle contenido a las indicadas normas existentes del CP, para de esa manera valorar las circunstancias de atenuación jurídica aplicable también a los casos de conductas penales o delitos cualificados, y la condición personal de insuficiente maduración psíquica.

11° Hay por tanto una maduración normativa (dieciocho años de edad) y una fisiológica (que determina la ciencia).

12° Es posible por tanto tomar como pautas para imponer la pena concreta (puesto que no existen otros parámetros directos a los cuales acudir para disminuir la pena por la responsabilidad restringida por edad del agresor) los límites de la parte general del ordenamiento penal sustantivo y, de ser el caso, imponer la disminución por debajo del mínimo legal (sin llegar a oponerse al fin preventivo general), bajo el sustento científico acreditativo.

13° De otro lado, es de acotar que en términos generales la relación sentimental que pudiera existir entre el agresor y la víctima o si esta última se dedicare a la prostitución son irrelevantes para calificar la configuración de los delitos sexuales.

§ 2. RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 173 DEL CP

14° Corresponde advertir que a la fecha del presente Pleno Casatorio Penal y posterior a la emisión de las resoluciones materia de análisis se dio la Ley 30838, que castiga el delito de violación sexual contra una menor de catorce años con cadena perpetua. Para reducir la pena por tratarse del caso de responsabilidad restringida, de ser el caso, se deberá previamente efectuar el control difuso por el juez, y detraer la pena concreta, que atendiendo a criterios de proporcionalidad correspondería hasta treinta y cinco años (máximo temporal de la pena privativa de libertad, como ya se mencionó) y siempre dependiendo del caso se tomará en cuenta los fines preventivos especiales, respetando los fines preventivos generales.

Sr.

SALAS ARENAS



PILAR ROXANA SALAS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

² Que obedece a la estandarización de la consideración de la adultez para fines civiles, en un tiempo con respecto al desarrollo científico.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SULLANA
PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES EN MATERIA PENAL**

ACTA DE SESION PLENARIA

En la ciudad de Sullana, siendo las 09:00 am, del día 20 de Noviembre del dos mil dieciocho, en la Sala de audiencias del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Sullana, con la finalidad de llevar a cabo el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana, los señores magistrados conforme se detalla a continuación:

- Dr. PEDRO GERMAN LIZANA BOBADILLA, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Sullana.
- Dr. JORGE WASHINGTON ALVA INGA – Jefe del Órgano de Control de la Magistratura – ODECMA – Sullana.
- Dr. LUCIANO CASTILLO GUTIERREZ, Dr. PEDRO GERMAN LIZANA BOBADILLA, Juez Superior de la Sala Penal de Apelaciones con funciones de Liquidadora.
- Dra. MARIA ELENA PALOMINO CALLE, Juez Superior de la Sala Penal de Apelaciones con funciones de Liquidadora.
- Dra. LESLY MONICA HOLGUIN ALDAVE, Juez Superior de la Sala Penal de Apelaciones con funciones de Liquidadora.
- Dr. ERICK LUIS MIGUEL SANCHEZ BRICEÑO, Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Sullana.
- Dr. MANUEL ALEJANDRO VALDIVIEZO CARHUACHINCHAY, Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Sullana.
- Dra. JOCELYN KATHERIN GUTIERREZ DELMAR, Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Sullana.
- Dra. ROSA ANGELICA TERAN INFANTE, Juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria.
- Dra. ROSA PEÑALOZA MARIGORGA, Juez del Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria.
- Dra. KARLA MERCEDES GAONA MERINO, Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Sullana.
- Dr. LUIS ALBERTO SALDARRIAGA CANOVA, Juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Sullana.
- Dr. JAVIER G. ALVAREZ FLORES, Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Sullana.
- Dr. JOSÉ NOLE SÓCOLA, Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Talara.
- Dra. MARIA SOLEDAD CHUQUILLANQUI CHINGUEL, Juez del Juzgado Penal Unipersonal con Funciones de Mixto y Liquidador de Ayabaca.
- Dr. OMAR REYES JIMÉNEZ, Juez del Juzgado Penal Unipersonal de Talara.
- Dr. CRISTHIAN MUÑOZ ALFARO, Juez del Juzgado Penal de Investigación Preparatoria con funciones de Liquidador de Sullana.

Dr. Luis Alberto Saldarriaga Canova
TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SULLANA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Godofredo Javier Alvarez Flore
Juzgado Penales Unipersonales
Corte Superior de Justicia de Sullana

Jorge Washington Alva Inga
Jefe del Órgano de Control de la Magistratura – ODECMA – Sullana

Karla Mercedes Gaona Merino
PRIMER JUZGADO PENAL DE INVESTIGACION PREPARATORIA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Omar Reyes Jimenez
JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Talara

Maria Soledad Chuquillanqui Chinguel

Dr. Luciano Castillo Gutierrez
PRESIDENTE
SALA PENAL DE APELACIONES CON
FUNCIONES DE LIQUIDADORA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Abg. Elsa Nicolle Romero Flores
SECRETARIA DE SALA
SALA PENAL DE APELACIONES CON

Dr. Jorge Andrés Nole Sócola
JUEZ TITULAR
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA DE TALARA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Acto seguido el Dr. PEDRO GERMAN LIZANA BOBADILLA, da palabras de bienvenida a los presentes. A continuación el Dr. LUCIANO CASTILLO GUTIERREZ procede a inaugurar dicho Pleno Jurisdiccional Distrital.

A continuación el Juez Erick Luis Miguel Sánchez Briceño, hace uso de la palabra dando inicio a las ponencias conforme a los términos siguientes:

TEMA 1: "LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD, EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL, BRINDADA EN ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (DECLARACIÓN ESCRITA, CÁMARA GESSEL, FILMACIÓN O AUDIO); PUEDE SER INCORPORADA DE OFICIO POR EL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN O POR EL JUEZ DE JUZGAMIENTO (AÚN CUANDO NO HA SIDO OFRECIDA POR EL MINISTERIO PÚBLICO)".

Acto seguido intervienen los magistrados Rosa Angélica Terán Infante, Alejandro Valdiviezo Carhuachinchay y Luciano Castillo Gutiérrez, María Elena Palomino Calle, los mismos que proceden a realizar sus comentarios sobre el primer tema tratado.

Acto seguido, el magistrado MANUEL ALEJANDRO VALDIVIEZO CARHUACHINCHAY, hace uso de la palabra y procede a exponer el segundo tema a tratar:

TEMA II: "LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (GENÉRICAS O CUALIFICADAS) QUE NO HAN SIDO POSTULADAS POR EL ÓRGANO ACUSADOR, PUEDEN SER INTRODUCIDAS DE OFICIO, CUANDO SON EVIDENTES, POR EJEMPLO: PLURALIDAD DE AGENTES (GENÉRICA). LA REINCIDENCIA Y LA CALIDAD DEL AGENTE (CUALIFICADAS)"

Habiendo culminado la exposición del segundo tema realizan su intervención los panelistas Erick Luis Miguel Sánchez Briceño, María Elena Palomino Calle, Javier Álvarez Flores y José Nole Socola.

Acto seguido la Magistrada JOCELYN KATHERIN GUTIÉRREZ DELMAR, hace uso de la palabra y procede a exponer el tercer tema a tratar:

TEMA III: "DETERMINAR LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENÉRICAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 46° DEL CÓDIGO PENAL EN CASOS DE DELITOS TENTADOS (TENTATIVA)"

Habiendo culminado la exposición del tercer tema realizan su intervención los panelistas Omar Reyes Jiménez, Manuel Valdiviezo Carhuachinchay, Rosa Angélica Terán Infante y María Elena Palomino Calle.

Acto seguido, el magistrado LUCIANO CASTILLO GUTIÉRREZ, hace uso de la palabra y procede a exponer el segundo tema a tratar:

TEMA IV: "LA PRONLOGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL CONDENADO"

Habiendo culminado la exposición del cuarto tema realizan su intervención los panelistas Rosa Angélica Terán Infante, María Elena Palomino Calle, Javier Flores Álvarez, Manuel Valdiviezo Carhuachinchay, Erick Luis Miguel Sánchez Briceño y Karla Gaona Merino.

Dr. Luis Alberto Solerriño Cortés
JUEZ
Corte Superior de Justicia de Tarma

Dr. Federico Javier Álvarez Flores
Jueza Peneles Unipersonales
Corte Superior de Justicia de Tarma

[Handwritten signature]

Magistrada Rosa Angélica Terán Infante
JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
Corte Superior de Justicia de Tarma

Magistrada Rosa Cristina Paredes Mangano
JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
Corte Superior de Justicia de Tarma

[Handwritten signature]
Magistrada Rosa Cristina Paredes Mangano

Dr. Luciano Castillo Gutiérrez
PRESIDENTE
SALA PENAL DE APELACIONES CON
FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN
Corte Superior de Justicia de Tarma

Dr. Jorge Andrés Nole Socola
JUEZ TITULAR
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA DE TALARÁ
Corte Superior de Justicia de Tarma

A continuación se procede a dar lectura de las posiciones de los magistrados para la respectiva votación

TEMA I.

“LA DECLARACION DE LAVICTIMA MENOR DE EDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL, BRINDADA EN ETAPA DE INVESTIGACION PREPARATORIA (DECLARACION ESCRITA, CAMARA GESSEL, FILMACION O AUDIO, ACTA DE ENTREVISTA UNICA) PUEDE SER INCORPORADA DE OFICIO POR EL JUEZ DE INVESTIGACION PREPARATORIA EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACION O POR EL JUEZ DE JUZGAMIENTO (AUN CUANDO NO HA SIDO OFRECIDA POR EL MINISTERIO PÚBLICO)”

POSICION UNO:

SE PUEDE INCORPORAR ESTA DECLARACION SIEMPRE SE DETERMINE QUE HAYA CUMPLIDO LOS REQUISITOS DE SU ADMISIÓN COMO LO ES EL DEBIDO EMPLAZAMIENTO PARA ASEGURAR EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO SÓLO POR PARTE DEL JUEZ DE JUZGAMIENTO EN LA ETAPA DE MEDIO DE PRUEBA DE OFICIO.-

POSICION DOS:

NO SE PUEDE INCORPORAR POR VULNERACION AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, PRINCIPIO ACUSATORIO DEL ORGANO JURISDICCIONAL, Y VULNERACION DEL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA DEL ACUSADO.-

VOTACION:

PRIMERA POSICION: 15 VOTOS (POR UNANIMIDAD)
SEGUNDA POSICION: 0 VOTOS.

TEMA II: “LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (GENÉRICAS O CUALIFICADAS) QUE NO HAN SIDO POSTULADAS POR EL ÓRGANO ACUSADOR, PUEDEN SER INTRODUCIDAS DE OFICIO, CUANDO SON EVIDENTES, POR EJEMPLO: PLURALIDAD DE AGENTES (GENÉRICA). LA REINCIDENCIA Y LA CALIDAD DEL AGENTE (CUALIFICADAS)”

POSICION UNO:

SI PUEDE EL JUZGADOR INTRODUCIR DE OFICIO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENERICAS CUANDO FLUYAN DEL CONTEXTO FACTICO DESCRITO POR EL FISCAL EN SU TEORIA DEL CASO, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y IURA NOVIT CURIA.

POSICION DOS:

NO PUEDE EL JUZGADOR INTRODUCIR DE OFICIO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENERICAS AÚN CUANDO FLUYAN DEL CONTEXTO FACTICO DESCRITO POR EL FISCAL POR CUANTO NO HAN SIDO POSTULADAS DE MANERA EXPRESA, EN VIRTUD DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y IMPARCIALIDAD

VOTACION:

PRIMERA POSICION: 13 VOTOS.
SEGUNDA POSICION: 02 VOTOS.

Dr. Luis Alberto Sotomayor Carpio
TERCER JUZGADO PENAL SUPLENTE DE SULLANA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Godofredo Javier Alvarez Flore
SEGUNDO JUZGADO PENAL SUPLENTE DE SULLANA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Karlo Mercedes Góngora
1ER JUZGADO PENAL SUPLENTE DE SULLANA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Karlo Mercedes Góngora
1ER JUZGADO PENAL SUPLENTE DE SULLANA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Rosalinda Perdomo
JUEZ ESPECIALIZADA

Dr. Luciano Castillo Gutierrez
PRESIDENTE
SALA PENAL DE APELACIONES CON
FUNCIONES DE LIQUIDADORA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Erick Luis Miguel Sánchez Davanzo
JUEZ (T)
Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Jorge Andrés Nolasco
JUEZ TITULAR
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA DE TALARA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Abg. Elsa Niselle Romero Flores
SE
SALA PL
LA
COM
RA

Macía Chupirungari

TEMA III: "DETERMINAR LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENÉRICAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 46° DEL CÓDIGO PENAL EN CASOS DE DELITOS TENTADOS (TENTATIVA)"

POSICION UNO:

PARA LA DETERMINACION DE LA PENA EN LOS DELITOS TENTADOS, EL JUEZ DEBE DISMINUIR PRUDENCIALMENTE LA PENA BÁSICA OBSERVANDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, NO ES APLICABLE EL SISTEMA DE TERCIOS PREVISTO EN EL ARTICULO 45-A DEL CODIGO PENAL. ASÍ COMO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y GENÉRICAS NORMADAS EN EL ART. 46 DEL MISMO TEXTO NORMATIVO, LAS QUE CORRESPONDEN AL DELITO CONSUMADOS

POSICION DOS:

PARA DETERMINAR LA PENA EN LOS DELITOS TENTADOS, SE DEBE TENER EN CUENTA LOS CRITERIOS PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA EN APLICACIÓN DEL ARTICULO 45-A DEL CODIGO PENAL POR EL QUE SE DETERMINA LOS ESPACIOS PUNITIVOS – SISTEMA DE TERCIOS, PARA DESPUES VERIFICAR LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y GENERICAS, DETERMINÁNDOSE ASI LA PENA CONCRETA PARCIAL A IMPONERSE SOBRE LA CUAL FINALMENTE SE APLICARÁ LA DISMINUCIÓN POR TENTATIVA

VOTACION:

PRIMERA POSICION: 15 VOTOS (POR UNANIMIDAD)
SEGUNDA POSICION: 0 VOTOS.

TEMA IV.-

POSICIÓN UNO.-La prolongación de la prisión preventiva del condenado que norma el artículo 274.5 del CPP, en el sentido que una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida. Esto con la finalidad de asegurar la presencia del sentenciado durante la etapa de impugnación. Por tanto es potestad autónoma del juez que emite la sentencia condenatoria de prolongar la prisión preventiva del sentenciado, al advertirse de la norma procesal citada que ni textual ni implícitamente prescribe que proceda a requerimiento del Fiscal. Si el Tribunal de Alzada declara nula la sentencia condenatoria también será nula la prolongación de la prisión preventiva del condenado, en razón a lo prescrito en el artículo 154° inciso 1 del CPP, el cual prescribe que la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él, consecuentemente se ordenará la libertad del condenado.

POSICIÓN DOS:

La prolongación de la prisión preventiva del condenado que norma el artículo 274.5 del CPP, en el sentido que una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida. La finalidad en estricto no es asegurar la presencia del sentenciado durante la etapa de impugnación, pues para ello existe lo normado en el artículo 402° inciso 2 del CPP la ejecución provisional de la pena efectiva. La razón de ser de dicha prolongación es garantizar la presencia del encausado en el nuevo juicio y la efectiva ejecución de dicha decisión, cuando se declara nula la sentencia condenatoria por el Juez de alzada. En consecuencia si se anula la sentencia condenatoria por el juez revisor, la prolongación de la presión preventiva del condenado no se anula, al responder al mismo

Dr. Luis Alberto Padilla Córdova
 TERCER JUZGADO PENAL ESPECIALIZADO PENAL
 Corte Superior de Justicia de Sullana
 Dr. Godofredo Javier Alvarez Flores
 Juzgado Penal de Universales
 Corte Superior de Justicia de Sullana

Abg. José Esteban Cevallos Marquina
 JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
 Primer Juzgado de Investigación Preparatoria
 Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Lucía Castillo Gutiérrez
 PRESIDENTE
 SALA PENAL DE APUNTADES Y FUNCIONES DE LIQUIDADORA
 Corte Superior de Justicia de Sullana

Abg. Esteban Cevallos Marquina
 JUEZ (1)
 Juzgado Penal de Universales Supraprovincial
 Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Jorge Andrés Note Sobole
 JUEZ TITULAR
 SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TALARA
 Corte Superior de Justicia de Sullana

fundamento que norma el artículo 399° inciso 5° del citado código, por tanto no procede dictar la libertad del imputado.

VOTACION:
PRIMERA POSICION: 09 VOTOS
SEGUNDA POSICION: 06 VOTOS.

A continuación el Dr. Luciano Castillo Gutiérrez hace entrega de un diploma de reconocimiento a los expositores y da las palabras de clausura.

Dr. Luciano Castillo Gutiérrez
PRESIDENTE
SALA PENAL DE APELACIONES CON
FUNCIONES DE LIQUIDADORA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Abg. Rosa Cristina Peñaloza Marigorda
JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
Primer Juzgado de Investigación Preparatoria
Corte Superior de Justicia de Sullana

Maria Chiriquillanqui Ch.

Dr. Erick Luis Miguel Sánchez Briceño
JUEZ (T)
Juzgado Penal Unipersonal Sopsaprovincial
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Jorge Andrés Nole Socola
JUEZ TITULAR
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA DE TALARA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Godofredo Javier Alvarez Flore
Juzgado Penal Unipersonal
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dr. Luis Alberto Saldorriaga Cánova
JUEZ (S)
TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SULLANA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Dra. Karla Mercedes Gavino Merino
JUEZ (S)
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL
Corte Superior de Justicia de Sullana

M. Alejandro Valdiviazo C.

Abg. Elsa Beatriz Romero Flores
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA DE TALARA
Corte Superior de Justicia de Sullana

Omisión impropia en el delito de violación sexual de menor de edad

I. En los delitos de resultado, el hecho típico es atribuible penalmente tanto a quien despliega activamente su conducta dirigida a la producción del resultado dañoso como a quien detenta la obligación de defender un bien jurídico tutelado frente a los ataques que puedan suscitarse y, a pesar de ello, se desentiende absolutamente de su protección, presta su asentimiento o aprobación y deja actuar al agresor. Esto permite deducir razonablemente que, en los delitos sexuales, el no impedir la violación a otro respecto del cual se tienen deberes jurídicos o legales de protección o, incluso, no neutralizar las circunstancias previas o concomitantes que dan lugar a su perpetración, equivale a la causación de la propia violación.

II. La inacción de la sentenciada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA, quien estaba obligada a defender un bien jurídico tan relevante como la indemnidad sexual de su hija de iniciales A. V. A. P., equivale a la realización de un acto positivo. Teniendo en cuenta su posición de garante, debió haber desplegado acciones tendientes a su defensa, a fin de evitar que sea abusada sexualmente en reiteradas oportunidades. Era su madre y no está probado que su capacidad intelectual estuviera rescindida para no representarse como altamente probable que se desencadenaran actos sexuales en perjuicio de la agraviada. No converge un curso causal alternativo e hipotético para admitir que la omisión descrita no sea reveladora de una actitud contemplativa y de beneplácito a las violaciones. No quiso saber aquello que pudo y debió saber y, por ende, ha de asumir las consecuencias de la acción que conscientemente omitió. La función de los progenitores de un menor, no solo es significativa y relevante para la protección de su indemnidad sexual, sino también para el control del peligro que sobre dicho bien jurídico procediera de un tercero. Se aprecia como jurídicamente correcta la aplicación del artículo 13 del Código Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, treinta y uno de julio de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por la encausada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del cinco de abril de dos mil dieciocho, emitida por la Sala de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y cinco, del doce de septiembre de dos mil diecisiete, que la condenó como autora por omisión impropia o comisión por omisión del delito contra la libertad-violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales A. V. A. P., y la revocó en cuanto le impuso cuatro años de pena privativa de libertad; y, reformándola, le impuso ocho años de privación de libertad; con lo demás que contiene.

De conformidad con el dictamen de la señora fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia



Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento de fojas uno (en el cuaderno de acusación fiscal), formuló imputación fiscal contra los procesados Hilder Rolán Ramírez Caballero, como autor del delito contra la libertad sexual –violación sexual en menores de edad–, en agravio de la menor de iniciales A. V. A. P., y ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA, como autora por omisión impropia del delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de la víctima de iniciales A. V. A. P.

Calificó el ilícito en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal.



La omisión impropia se regula en el artículo 13 del Código Penal.

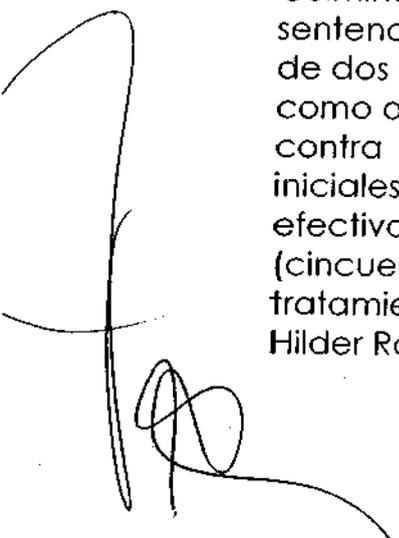
Solicitó la aplicación de las siguientes consecuencias jurídicas: la pena de cadena perpetua al encausado Hilder Rolán Ramírez Caballero y la pena de quince años de privación de libertad a la imputada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA. Requirió tratamiento terapéutico.

Segundo. Durante el juicio oral se produjeron tres situaciones procesales que son pertinentes para destacar:

1. El acusado Hilder Rolán Ramírez Caballero, a través del auto de fojas treinta y ocho, del veintiséis de junio de dos mil diecisiete (en el cuaderno de debate), fue declarado reo contumaz.
2. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento de fojas ciento treinta, instó a la adecuación del título de imputación. Esta vez, acusó a la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA como cómplice secundaria del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la agraviada de iniciales A. V. A. P. Ratificó la calificación jurídica propuesta y la sanción penal pretendida.
3. El actor civil (en representación de la víctima de iniciales A. V. A. P.), en la fase de alegatos, a fojas ciento cincuenta y dos), petitionó como reparación civil la suma de S/ 50 000 (cincuenta mil soles).



Culminado al acto oral, el Juzgado Penal Colegiado, a través de la sentencia de fojas ciento sesenta y cinco, del doce de septiembre de dos mil diecisiete, condenó a ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA como autora por omisión impropia o comisión por omisión del delito contra la libertad-violación sexual, en agravio de la menor de iniciales A. V. A. P., a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó como reparación civil la suma de S/ 50 000 (cincuenta mil soles). Asimismo, determinó que debía seguir tratamiento terapéutico. Se reservó el juzgamiento al encausado Hilder Rolán Ramírez Caballero.



Tercero. Contra la mencionada sentencia, el señor fiscal provincial interpuso recurso de apelación de fojas doscientos veintiséis, del diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete, solicitando el incremento de la pena aplicada. Por su parte, la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA también formalizó recurso de apelación de fojas doscientos treinta, del diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete, pretendiendo su absolución.

Dichas impugnaciones fueron concedidas a través del auto de fojas doscientos cincuenta y cinco, del veinte de septiembre de dos mil diecisiete. Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

Cuarto. En la fase de apelación, la imputada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA ofreció como medios de prueba las declaraciones de la testigo Evelyn Lara Calderón, de la psicóloga Belén Rosario Pérez Camborda y de la menor de iniciales A. V. A. P.

A su turno, la Sala Penal Superior, mediante auto de fojas trescientos quince, del veinte de marzo de dos mil dieciocho, aplicó lo dispuesto en el artículo 422 del Código Procesal Penal y declaró inadmisibles las proposiciones probatorias.

Se prosiguió con la audiencia. Se recabó la manifestación de la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA, y se efectuó la oralización de piezas procesales y los alegatos respectivos, a fojas trescientos dieciséis (en el cuaderno de debate).

En ese contexto, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del cinco de abril de dos mil dieciocho, confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA como autora por omisión impropia o comisión por omisión del delito contra la libertad-violación sexual, en agravio de menor de iniciales A. V. A. P., y fijó como reparación civil la suma de S/ 50 00 (cincuenta mil soles); y, la revocó en cuanto le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, reformándola, le aplicó ocho años de privación de libertad.

En lo pertinente, se declararon los siguientes hechos probados respecto a la encausada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA:

- Tuvo conocimiento de las violaciones sexuales que sufrió su menor hija de iniciales A. V. A. P., a partir del año dos mil catorce, por parte del procesado Hilder Rolán Ramírez Caballero, quien era su pareja sentimental.
- En su versión original, admitió que sabía que la menor de iniciales A. V. A. P. estaba siendo agredida sexualmente por el encausado Hilder Rolán Ramírez Caballero. Posteriormente, lo negó y adujo que, al enterarse de que la referida víctima había sido "tocada", la llevó a una clínica, donde la examinaron y le dijeron que no presentaba desfloración sino una infección.

- Realizó una reunión entre el acusado Hilder Rolán Ramírez Caballero y la agraviada de iniciales A. V. A. P., en la que le pidió perdón a su hija y se comprometió a que las agresiones sexuales no volverían a ocurrir. Buscaba asegurar su silencio.
- Ejercía la patria potestad y la tenencia de la víctima de iniciales A. V. A. P., lo que la vinculaba a efectuar todas las acciones necesarias para protegerla de situaciones riesgosas que pusieran en peligro su integridad. Tenía posición de garante, según lo dispuesto en el artículo 418 del Código Civil y en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes. Incumplió sus obligaciones.
- No puso en conocimiento de las autoridades lo sucedido, para que se inicie la investigación y se determine la responsabilidad penal del imputado Hilder Rolán Ramírez Caballero.

Quinto. Frente a la sentencia de vista acotada, la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA promovió recurso de casación de fojas trescientos cincuenta y uno, del veinte de abril de dos mil dieciocho. Mediante auto de fojas trescientos setenta y ocho, del treinta de abril de dos mil dieciocho, la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta Sede Suprema.

§ II. Del procedimiento en la instancia suprema

Sexto. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas sesenta, del diez de agosto de dos mil dieciocho (en el cuaderno supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de casación. En observancia de la doctrina de la voluntad impugnativa, se admitió la casación formulada por la causal regulada en artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal. Se trató de una casación sustantiva.

Séptimo. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones y cargo de fojas sesenta y seis, sesenta y siete, y sesenta y ocho (en el cuaderno supremo), se emitió el decreto de fojas sesenta y uno, del tres de junio de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), que señaló el diez de julio del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

Octavo. La señora fiscal suprema en lo penal, a través del dictamen de fojas setenta y cinco, del nueve de julio de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo) requirió que se declare infundado el recurso de casación materia de evaluación jurídica.

Noveno. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Como se indicó precedentemente, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA por la causal estatuida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal. En ese sentido, la cuestión planteada conlleva que el presente pronunciamiento se disgregue en dos aspectos: el primero se refiere a los delitos omisivos, con énfasis en la omisión impropia prevista en el artículo 13 del Código Penal, y el segundo, a su aplicación adecuada al caso concreto.

I. De los delitos omisivos, con énfasis en la omisión impropia

Segundo. El artículo 13 del Código Penal, modificado por la Ley número 26682, del once de noviembre de mil novecientos noventa y seis, vigente en la data de los hechos delictivos, prevé como supuesto jurídico lo siguiente:

El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo;
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

Las normas jurídicas son prohibitivas o preceptivas. Con las primeras se impide una acción determinada y la infracción jurídica consiste en su realización. En cambio, con las segundas se ordena un comportamiento específico y la transgresión jurídica radica en su omisión. Los delitos omisivos contravienen el segundo grupo de normas.

Tercero. Por lo general, los tipos penales del ordenamiento jurídico están diseñados sobre la base de acciones concretas y efectivas de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. En contraste, la tipificación de los comportamientos omisivos es menos frecuente.

Con todo, lo anterior no es obstáculo para que los delitos de comisión, a los que resulta inherente un resultado de lesión o de peligro, sean también ejecutados a través de la no evitación de dichos resultados, en tanto exista un deber jurídico de interposición.

Desde una óptica procedimental, es cierto que resulta más sencillo investigar, acusar y juzgar una acción con todas sus implicancias fácticas y jurídicas, que realizar lo propio respecto a una omisión. Esta

última, a diferencia de la primera, posee componentes jurídicos especiales. Naturalmente, si se parte de la apariencia externa, comisión y omisión pueden distinguirse fácilmente. "Hace algo" quien pone en marcha un suceso causal mediante el uso de energía o lo encauza en una determinada dirección; por el contrario, "omite algo" quien deja que las cosas sigan su curso y no hace uso de la posibilidad de intervención¹. Otro sector doctrinario considera, más bien, que la distinción entre acción y omisión es puramente fenomenológica, pues, desde una posición normativista, ambas no se diferencian jurídicamente y lo que cuenta es la expresión de sentido de la conducta².

Tales criterios, sin embargo, solo constituyen el punto de inicio y no finiquitan la discusión sobre las reales o presuntas desigualdades entre acción y omisión. Concierno a la jurisprudencia y a la literatura jurídica, según la casuística que surja progresivamente, continuar desarrollando parámetros hermeneúticos relacionados con el punto materia de debate.

Ahora bien, lo que sí resulta patente es que –desde la perspectiva subjetiva–, en los delitos activos, el dolo se manifiesta con la decisión del autor de realizar determinada conducta típica; empero, en los delitos omisivos, se exterioriza con la falta de determinación del agente para emprender la acción jurídicamente impuesta. En este caso, el agente ha de conocer no solo que detenta el deber de intervenir en la situación ocurrida, sino también que con su intervención evitará el resultado de lesión o peligro. En lo afín al dolo eventual, se requiere el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado y de la alta probabilidad del resultado. El omitente, que es consciente de su obligación y sabe que puede actuar eficazmente, decide no hacerlo, permanece inactivo y da lugar al hecho criminal.

Cuarto. Los delitos de omisión se clasifican en propios (puros) e impropios (impuros).

En términos prácticos, se considera como delitos de omisión propia aquellos cuyo contenido se agota en la no realización de una acción exigida por la ley. Son equivalentes a los delitos de mera actividad. Por el contrario, en los delitos de omisión impropia, al "garante" le es impuesto un deber de evitar el resultado. El acaecimiento de este pertenece al tipo y el garante que infringe dicho deber es responsabilizado por el resultado típico sobrevenido. Son equiparables a los delitos de resultado³.

¹ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 492.

² CARO JOHN, José Antonio. *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: Ara Editores, 2014, p. 233.

³ HANS-HEINRICH, Jescheck y WEIGEND Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Lima: Instituto Pacífico, 2014, pp. 908-909

La *omisión propia* está referida al desacato de una actividad exigida por ley o, dicho en otros términos, a la infracción de un deber jurídico positivizado. En estos casos, la tipicidad se verifica únicamente con la no realización de la acción compelida legalmente. El agente delictivo no responde penalmente por los resultados que ulteriormente se produzcan por su omisión (sean lesiones, puestas en peligro o algún otro menoscabo), debido a que estos no integran la tipicidad respectiva. Son ejemplos comunes de esta figura los siguientes delitos: omisión de socorro y exposición a peligro; omisión de auxilio o aviso a la autoridad; omisión de prestación de alimentos; omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, y omisión de denuncia. Tales ilícitos están regulados en los artículos 126, 127, 149, 377 y 407 del Código Penal, respectivamente.

La *omisión impropia* está fundamentada en un deber especial no tipificado expresamente en el Código Penal que se deriva, más bien, de una norma extrapenal, sea de naturaleza civil (deberes de los padres respecto a los hijos menores) o administrativa (deberes de los funcionarios con relación al ámbito de sus competencias). La clasificación de los deberes se efectúa según su contenido y, en esa línea, se aprecia una triple diversidad: deberes de aseguramiento, deberes de salvamento y deberes de asunción. En el primero (el más general y que alcanza a todas las personas), el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás. El segundo alude a que, cuando del ámbito de organización del portador de un deber garante, ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por lo que este último debe inhibir el peligro creado. Y, en el tercero, el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender, lo que genera una expectativa de protección en la víctima que bloquea la prestación que pudo haber recibido de otra parte⁴.

No debe soslayarse que, antiguamente, solo la ley y el contrato se instituían como base jurídica para la obligación de evitar un resultado. Luego, se reconoció que la presencia de estrechas relaciones personales (parentesco, entre otras) también fundamentaba dicha obligación. Contemporáneamente, se previó que una acción previa peligrosa justificaba el deber de impedir un resultado.

Quinto. La paridad normativa entre acción de causar y omisión de impedir el resultado ha dado lugar a dos criterios: el primero está dado por la posición de garante, es decir, solo puede haber una omisión de impedir el resultado típico, equivalente a la acción de causarlo, cuando el omitente incumple un deber (jurídico, no solo

⁴ CARO JOHN, José Antonio, siguiendo a Günter Jakobs. Obra citada, p. 235, 248 y 249.

legal) de cierta intensidad; mientras que, el segundo requiere que el incumplimiento del deber de actuar, surgido de la posición de garante, se corresponda con las modalidades de la conducta típica activa. Este último alude a una equivalencia valorativa, propia de aquellos delitos en los que no cualquier acción es apta para la producción del resultado típico, sino solo una acción de características específicas descritas en el tipo penal⁵.

En los delitos de resultado, el hecho típico es atribuible penalmente tanto a quien despliega activamente su conducta dirigida a la producción del resultado dañoso como a quien detenta la obligación de defender un bien jurídico tutelado frente a los ataques que puedan suscitarse y, a pesar de ello, se desentiende absolutamente de su protección, presta su asentimiento o aprobación y deja actuar al agresor.

Esto permite deducir razonablemente que, en los delitos sexuales, el no impedir la violación a otro respecto del cual se tienen deberes jurídicos o legales de protección o, incluso, no neutralizar las circunstancias previas y concomitantes que dan lugar a su perpetración equivale a la causación de la propia violación.

Sexto. La omisión impropia tiene vigencia en el ámbito de la autoría y la participación. En la autoría existirá omisión impropia cuando pueda formularse un "juicio de certeza" sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. De otro lado, en la complicidad surge la omisión impropia cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivale a que la omisión facilitó la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable⁶.

Séptimo. En esta Sede Suprema se ha establecido que lo central en la omisión impropia o impura es el deber o la posición de garante del sujeto activo, es decir, de aquel que esté especialmente obligado a actuar por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (rol especial)⁷.

La jurisprudencia comparada resulta esclarecedora respecto a los presupuestos objetivos de la omisión impropia o comisión por omisión, esto es, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante del omitente; que la omisión equivalga en el

⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Hammurabi, 1999, p. 547.

⁶ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 2998/2017, del nueve de abril de dos mil diecinueve, fundamento jurídico séptimo.

⁷ SALA PENAL TRANSITORIA. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número 2403-2015/Puno, del tres de mayo de dos mil dieciséis, fundamento jurídico décimo segundo.

caso a la producción de resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética⁸.

En esa misma línea, se puntualizó que para la configuración de la omisión impropia se requiere, básicamente, lo siguiente:

- Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado. Se exige que la evitación del resultado equivalga a su causación.
- Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente⁹.

II. De la aplicación del artículo 13 del Código Penal al caso concreto

Octavo. Los hechos declarados probados por los órganos jurisdiccionales sentenciadores son inmutables. Rige el principio de intangibilidad. Por ello, a partir de la línea fáctica de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de los aspectos doctrinales consignados anteriormente, se establece jurídicamente lo siguiente:

- 8.1.** El resultado típico es un hecho incontrovertible, de acuerdo con las conclusiones de los exámenes periciales. Asimismo, se trata de un delito común, cuyo sujeto activo no requiere de una cualificación especial.
- 8.2.** Está acreditado que la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA era la madre de la menor de las iniciales A. V. A. P. y ejercía su patria potestad. Por ello, la primera estaba compelida jurídica y legalmente a desplegar asistencia, protección y resguardo sobre la segunda, de acuerdo con el artículo 418 del Código Civil y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes. En mérito al "interés superior del niño", tuvo que velar por la formación integral de la mencionada víctima, lo que abarcaba indefectiblemente el cuidado de su sexualidad.

⁸ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 10264/2018, del quince de octubre de dos mil dieciocho, fundamento jurídico primero.

⁹ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 807/2005, del veintiocho de marzo de dos mil siete, fundamento jurídico tercero.

8.3. La obligación de actuar de la encausada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA no solo se deriva de la relación materno-filial con la víctima de iniciales A. V. A. P., sino también del hecho de que, en el hogar que compartían, junto al imputado Hilder Rolán Ramírez Caballero, era la única persona adulta que tenía las condiciones y la suficiente aptitud para neutralizar con eficacia la fuente de peligro que para el libre desarrollo de su personalidad, en general, y para su indemnidad sexual, en particular, representaba el mencionado procesado. Entonces, de manera válida cabe formularse la siguiente pregunta: ¿si no fuese ella, quién más podía haber impedido los hechos ilícitos? Se determinó que en sus testificales existieron contradicciones: mientras primigeniamente admitió haber tenido conocimiento de los actos sexuales, posteriormente se rectificó y precisó que solo fueron tocamientos.

8.4. La mecánica comisiva de los delitos sexuales cometidos en escenarios de clandestinidad y en el seno familiar refleja que, generalmente, con precedencia de los actos de violación, es común que se produzcan rozamientos o palpamientos en el cuerpo de las víctimas, especialmente en sus partes íntimas. Tales acciones se efectúan con el propósito de sondear y explorar las posibles respuestas de los perjudicados, quienes pueden optar por develar inmediatamente los hechos o, por el contrario, abstenerse de denunciarlos, quedarse impávidos y mostrar pasividad por el impacto psicológico generado, lo que no debe interpretarse como un consentimiento. En estos delitos, el derrotero es el siguiente: quien inicialmente realiza tocamientos impúdicos, no advierte resistencia y aprecia parsimoniosidad de las víctimas o sus familiares, prosigue con su accionar ilícito hasta lograr el acceso carnal.

8.5. Si la imputada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA sabía que la menor de iniciales A. V. A. P. había sufrido tocamientos del acusado Hilder Rolán Ramírez Caballero (como se puntualizó en el *factum* probado), debió apartarla definitivamente del domicilio común; sin embargo, no lo hizo, aun cuando era lógico deducir que la mencionada agraviada estaba propensa a sufrir un abuso sexual, como efectivamente ocurrió. A la citada encausada le incumbía despejar todas las dudas suscitadas sobre la inminencia de tales hechos.

8.6. Es razonable que la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA haya conocido con antelación las agresiones sexuales a las que el encausado Hilder Rolán Ramírez Caballero sometió a la agraviada de iniciales A. V. A. P., puesto que promovió y organizó una reunión entre ambos, en la que también participó, solicitándole disculpas a esta última, para luego prometerle que las violaciones no sucederían nuevamente. Esto revela que estaba al tanto de lo acontecido.

8.7. La inacción de la sentenciada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA, quien estaba obligada a defender un bien jurídico tan relevante como la indemnidad sexual de su hija de iniciales A. V. A. P., equivale a la realización de un acto positivo. Teniendo en cuenta su posición de garante, debió haber desplegado acciones tendentes a su defensa, a fin de evitar que sea abusada sexualmente en reiteradas oportunidades. Era su madre y no está probado que su capacidad intelectual estuviera rescindida para no representarse como altamente probable que se desencadenaran actos sexuales en perjuicio de la agraviada. No converge un curso causal alternativo e hipotético para admitir que la omisión descrita no sea reveladora de una actitud contemplativa y de beneplácito a las violaciones. No quiso saber aquello que pudo y debió saber y, por ende, ha de asumir las consecuencias de la acción que conscientemente omitió.

8.8. La función de los progenitores de un menor, no solo es significativa y relevante para la protección de su indemnidad sexual, sino también para el control del peligro que sobre dicho bien jurídico procediera de un tercero.

Noveno. En definitiva, se aprecia como jurídicamente correcta la aplicación del artículo 13 del Código Penal. Incluso, por tratarse de una causal de disminución de punibilidad, se le aplicó una sanción distinta y sustancialmente inferior a la pena conminada prevista para el delito materia de condena, esto es, cadena perpetua. En segunda instancia, a ella se le impuso ocho años de privación de libertad. En consecuencia, el recurso de casación interpuesto por la imputada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA no puede prosperar y se declara infundado. La sentencia de vista no será casada.

DECISIÓN

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

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la encausada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del cinco de abril de dos mil dieciocho, emitida por la Sala de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y cinco, del doce de septiembre de dos mil diecisiete, que la condenó como autora por omisión impropia o comisión por omisión del delito contra la libertad-violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales A. V.

A. P., y la revocó en cuanto le impuso cuatro años de pena privativa de libertad; y, reformándola, le impuso ocho años de privación de libertad; con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del cinco de abril de dos mil dieciocho

- II. **CONDENARON** a la procesada ERNESTINA JUANA PORRAS CARHUAMACA al pago de las costas procesales correspondientes, que será exigido por el juez de investigación preparatoria competente.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia privada, se notifique a las partes apersonadas a esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo Príncipe Trujillo.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/ecb

20 SEP 2019

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELLECTUAL (ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL)

Sumilla. La Ley N.º 30838, que modificó el artículo 172 del Código Penal, introdujo el elemento normativo y descriptivo “libre consentimiento”. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con dicho instrumento normativo, lo cual implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir la relación sexual, esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, nueve de mayo de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación, interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR PENAL DE HUAURA**, contra la sentencia de segunda instancia del diecinueve de mayo de dos mil dieciséis (foja 172), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la de primera instancia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) que **condenó** a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G., le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles la reparación civil; y

reformándola se le **absolvió** de la acusación fiscal y se declaró infundada la pretensión indemnizatoria, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

Primero. El fiscal adjunto provincial de Barranca formalizó acusación (foja 25) contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, por los siguientes hechos:

- 1.1. El veintisiete de marzo de dos mil quince, a las doce y treinta horas aproximadamente, en circunstancias que la menor con iniciales A. M. A. G. se dirigía de su domicilio sito en el centro poblado Santa Elena Norte mz. F, lote 23-A, Barranca, hacia la institución educativa Juan Velazco Alvarado, ubicada en el mismo centro poblado; en el camino se encontró con su tío Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, quien manejaba una minivan y le pidió que fueran a pasear a Barranca; por lo que, subió al vehículo.
- 1.2. Suárez Giraldo condujo por Agropensa con la finalidad de que la madre de la menor no advirtiera su presencia, hasta llegar a su casa ubicada en la urbanización Las Palmeras, mz. IC 3 (portón verde), Barranca, donde hizo ingresar a la menor. En un cuarto, le realizó tocamientos en sus partes íntimas y le quitó la ropa, pese a que la menor le manifestó que no le saque sus prendas, y luego él se quitó la ropa y abusó sexualmente de ella con la introducción de su pene en su vagina, pese a que ella puso resistencia.
- 1.3. Posteriormente, la trasladó hasta Santa Elena Norte, Barranca, y la dejó a una cuadra de su centro educativo, en el cual se encontró con su profesora "Cecilia", quien le preguntó de dónde venía tan

tarde, y esta le contó lo ocurrido. Luego, la profesora informó al director y se comunicó el hecho a la madre de la menor.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Segundo. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones y de Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Sala Penal de Apelaciones), se tiene los siguientes actos procesales:

- 2.1.** El fiscal adjunto provincial de Barranca formuló acusación contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir —con retardo mental—, previsto en el artículo 172 del Código Penal (CP), en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G. (foja 25). Solicitó se le imponga veinte años de pena privativa de la libertad y diez mil soles por concepto de reparación civil.
- 2.2.** Mediante sentencia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del mencionado delito y como tal le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil.
- 2.3.** La sentencia fue apelada por el defensor público de Suárez Giraldo el veintiocho de marzo de dos mil dieciséis (foja 150), la que fue concedida por auto del cinco de abril del mismo año (foja 154), y se dispuso su elevación a la Sala Penal de Apelaciones.

- 2.4.** La Sala Penal de Apelaciones, el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal a Suárez Giraldo y declaró infundada la pretensión indemnizatoria.
- 2.5.** Contra la sentencia de segunda instancia, el dieciséis de junio de dos mil dieciséis el fiscal superior penal de Huaura interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

Tercero. El fiscal superior penal de Huaura en su recurso de casación (foja 184) invocó como causales de su recurso, los incisos 1 y 3, artículo 429, del CPP, relativos a la casación constitucional y casación material, con base en los siguientes argumentos:

- 3.1.** La Sala Penal de Apelaciones con base en el inciso 2, artículo 12, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, concluyó que las personas con retardo mental gozan del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual; sin embargo, esta conclusión enerva la protección de los menores que presentan dicha discapacidad intelectual.
- 3.2.** La Sala Penal de Apelaciones sostuvo que no se demostró que la menor agraviada no esté en condiciones de decidir, y que de acuerdo a la pericia psicológica se inferiría que el acto sexual con Suárez Giraldo fue consentido. Estima que debió valorarse debidamente la Pericia Siquiátrica N.º 044289-2015-PSQ, que acredita que la menor agraviada presenta retardo mental de

leve a moderado, con una edad mental clínica entre siete a nueve años de edad, y conación (no es dueña de su voluntad), y; por tanto, no podía expresar su voluntad. En ese sentido, no se observó el inciso 2, artículo 425, del CPP, ya que no se valoró la citada pericia siquiátrica, que demuestra que la menor no podía expresar manifestación de voluntad alguna, circunstancia de la que se aprovechó el acusado.

Concluye que al haber sostenido Suárez Giraldo relaciones sexuales con una menor con retardo mental de leve a moderado, se configuró el delito previsto en el artículo 172 del CP. Su pretensión es que se declare nula la sentencia de segunda instancia y se ordene un nuevo pronunciamiento por otra Sala Penal de Apelaciones

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Cuarto. Conforme a la ejecutoria suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja 26), se concedió el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material).

En este caso, el examen casacional se circunscribe a la errónea interpretación del artículo 172 del CP –violación sexual de persona en incapacidad de resistencia–, por cuanto se habría realizado una decodificación aparentemente inadecuada de este dispositivo legal. Se consignó que la decisión tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y, a la par, servir de guía a la actividad judicial ante las diversas interpretaciones a las que se puede arribar en la aplicación de este tipo penal.

Quinto. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del siete de marzo de dos mil diecinueve (foja 36), se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiocho de marzo de dos mil diecinueve. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia del fiscal adjunto supremo en lo penal Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

Sexto. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego del debate, se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL

Sétimo. El artículo 172 del Código Penal, hasta la fecha, ha sido objeto de 4 modificatorias. La redacción vigente al momento en que ocurrieron los hechos es la establecida por la Ley N.º 28704¹ —publicada el 5 de abril de 2006—, que sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir 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.

¹ Ley que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.

Establece una modalidad agravada, cuando el autor comete el delito al abusar de su profesión, ciencia u oficio, en cuyo caso, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Octavo. Conforme a la precitada regulación, para que se configure el delito se debe acreditar lo siguiente: **i.** un acceso carnal; **ii.** que el sujeto pasivo sufra anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir; **iii.** que el sujeto activo, conociera esa condición y hubiese abusado de ella. Se trata de un tipo penal doloso, no se admite la comisión culposa.

Según la redacción literal del artículo en mención, y en relación a lo que es objeto del recurso de casación, solo basta que se acredite pericialmente en el proceso la discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– de la víctima y que el sujeto activo conozca de esa discapacidad y conociéndola abuse de ella.

Noveno. En lo que respecta a la interpretación de este dispositivo legal, en relación al bien jurídico, la Corte Suprema ha establecido:

“En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía síquica, 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 síquicas para el ejercicio sexual en libertad”².

En algunos casos, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consideró que no se requiere que el grado del retardo sea grave³ para que se configure este tipo penal, y en otros, tuvo en consideración si debido al retraso mental la víctima se encontraba en capacidad para consentir las relaciones sexuales⁴.

Décimo. La última modificatoria de este artículo, es la introducida mediante Ley N.º 30838, publicada el cuatro de agosto de dos mil dieciocho con la sumilla: violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, **conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento** por sufrir de anomalía síquica, grave alteración de la

² Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once. Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. f. j. 16.

³ Casación N.º 71-2012-Cañete, del 20 de agosto de 2013, f.j. 7. Sala Penal Permanente. “No se requiere que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado; que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona este debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal”.

⁴ Recurso de Nulidad N.º 1879-2017, del veinte de setiembre de dos mil dieciocho, f. j. 14. Sala Penal Permanente. “De este modo, no resulta posible sostener que una persona con retraso mental moderado, con una edad cronológica de seis años y limitaciones para su normal desempeño de vida se encuentre en capacidad para consentir relaciones sexuales; y, dado que dicha condición resulta apreciable al contacto social, tampoco puede sostenerse o justificarse el consentimiento que pretende invocar el acusado”.

conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Conforme a la nueva redacción, ya no es suficiente que el dolo del sujeto activo abarque el conocimiento de que la víctima padece de las discapacidades mencionadas, y que además conoce del impedimento para consentir –que le ocasiona la discapacidad– y se aproveche de esta circunstancia.

Decimoprimer. En cuanto a la discapacidad intelectual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como un estado de desarrollo incompleto o interrumpido de la mente, que se caracteriza por la dificultad en el período de desarrollo para adquirir las aptitudes que contribuyen al nivel general de la inteligencia, es decir, las aptitudes cognitivas, de lenguaje, motrices y sociales. En algunos casos, puede estar acompañado de cualquier otro trastorno somático o mental. De hecho, los afectados de una discapacidad intelectual mental pueden padecer todo el espectro de trastornos mentales y su prevalencia es al menos tres o cuatro veces mayor en esta población que en la población general. Se agrega, que tienen un mayor riesgo de sufrir explotación o abusos físicos y sexuales.

El déficit en la función intelectual es considerado como su principal característica. Se toma en cuenta el cociente intelectual (CI) para clasificar los grados de retardo, que deben determinarse mediante la aplicación individual de pruebas de inteligencia estandarizadas y adaptadas a la cultura de la población de la cual es miembro el sujeto.

Los grados o niveles de retraso son clasificados por la CIE-10⁵. Se clasifica en grados: retraso mental leve, moderado, grave y profundo.

Decimosegundo. En lo que concierne al examen casacional, la discapacidad intelectual, es un elemento normativo y descriptivo del artículo 172 del CP, que debe ser interpretado bajo nuevos enfoques, pues la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad se acerca más a un enfoque social⁶, que médico, de la discapacidad⁷, como veremos en el siguiente apartado.

LA LIBERTAD SEXUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Decimotercero. La persona con discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo consagra el artículo 7 de la Constitución Política, relativo al derecho a la salud, que en el párrafo final prescribe: “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

En este orden de ideas, formalmente el constituyente ha determinado que las personas discapacitadas gozan, de los mismos derechos y

⁵ F70 Retraso mental leve (50 a 69 de CI), F71 retraso mental moderado (del 35 a 49 de CI), F72 retraso mental grave (del 20 a 34 de C.I.), F73 retraso mental profundo (menos de 20 de CI), F78 otro retraso mental, y F79 retraso mental sin especificación.

⁶ AGUSTINA PALACIOS. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Cinca, Madrid, 2008.

⁷ En ese sentido, se orienta la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la Sentencia N.º C-458 del 2015, deja sentado que la discapacidad no es un problema físico o de salud de la persona que deba tratarse de manera aislada, sino un problema social del que son víctimas las personas que componen esta población, ya que ante la sociedad no se están generando las medidas de inclusión efectivas desde un lenguaje que los reconozca como personas iguales, y no como sujetos con menos valor en la sociedad, yendo en contra de los fines de los 2 últimos incisos, del artículo 13, de su Constitución Política y la dignidad humana.

garantías que las demás⁸. Es por ello, que se puede afirmar que deben ser merecedores de una protección especial por parte del Estado, y en tal sentido, se precisa de acciones concretas y efectivas, a través de políticas públicas que promueven las acciones afirmativas en defensa de sus derechos.

Decimocuarto. El mencionado artículo 7, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, según la cual los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú⁹. Además, se debe tener en cuenta que conforme el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por Perú y en vigor forman parte del derecho interno.

Decimoquinto. Los tratados que de modo específico abordan los derechos de las personas con discapacidad, en los ámbitos interamericano y universal, son: i) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁰, y ii) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹.

⁸ En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el f. j. 13 de la STC N.º 02480-2008-PA/TC, dejó establecido, que “la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición síquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación”.

⁹ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

¹⁰ Suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 27484, del 15 de junio de 2001, y

Decimosexto. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo primero define el término "discapacidad", como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Conforme a su artículo 2, sus objetivos son, la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

Decimosétimo. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 1, incluye en este grupo poblacional "a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Además, señala la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Decimoctavo. En atención, al propósito de la referida Convención: "que todas las personas con discapacidad gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad", los Estados Parte convinieron en consagrar un conjunto de principios y

ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.º 052-2001-RE, del 30 de agosto de 2001. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

¹¹ Suscrita en New York el 13 de diciembre de 2006. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 29127, del 30 de octubre del 2007, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.º 073-2007-RE, del 30 de diciembre de 2007. En vigor desde el 3 de mayo de 2008.

derechos con tal finalidad. Así, el inciso 2, artículo 3, dispone que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En el ámbito de la libertad, se consagra el principio de la **autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones** (artículo 3)¹², y entre otros derechos que provienen de esta libertad, se consagran los de casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, decidir el número de hijos que quieren tener, y mantener su fertilidad (apartados a, b y c del artículo 23). En el ámbito del derecho a la salud, se dispone que se les debe proporcionar programas y atención de la salud, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (apartado a del artículo 25)¹³.

Decimonoveno. En el inciso 2, artículo 12 de la Convención, se reconoce a los discapacitados que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Es por ello,

¹² En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha fijado como línea interpretativa en la STC N.º 2313-2009-HC/TC, f.j. 6: “La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las persona que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad”.

¹³ En consideración al modelo social de la Convención, se critica el artículo 172 del CP en la redacción contenida con la Ley N.º 28704: “Esta norma claramente responde a estereotipos propios del modelo médico o rehabilitador, al proteger de manera especial a la persona con discapacidad mental y equipara su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario. La equiparación de la discapacidad mental a la minoría de edad es frecuente. Sin embargo, mientras en el caso la minoría de edad, las normas internacionales y nacionales reconocen limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, dicho enfoque es radicalmente dejado de lado bajo la lógica del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (...). En el marco del modelo social, donde prevalece la autonomía, cabe revisar la norma a efectos de no presumir la incapacidad de brindar consentimiento. [BREGAGLIO LAZARTE, Renata y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En: *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. Ciudad de México: Ubijus editorial, 2017, p. 135-136].

que los Estados Parte asumen la obligación de asegurar que para el ejercicio de esta capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos¹⁴.

En el ámbito penal, la Convención contiene dos disposiciones. Una primera del artículo 14, referido a la persona discapacitada como sujeto activo del delito¹⁵, que dispone que los Estados Partes aseguren que estas personas, privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan en igualdad de condiciones con las demás, derecho a las garantías del derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La otra disposición es la del artículo 16, respecto a las personas con discapacidad como sujetos pasivos del delito, en el que se prevé que los Estados Partes adopten legislaciones y políticas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra aquellas sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados, en aras de su protección.

Vigésimo. La Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce los principios y derechos que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y reitera la conceptualización de la discapacidad (artículo 2). En su artículo 9, garantiza que la persona con discapacidad tiene capacidad

¹⁴ Además que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

¹⁵ Ver: Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Editorial Ubijus, México, 2017.

jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. Y al igual que la citada Convención, se proporcionen salvaguardas para su ejercicio, ya que prescribe: el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones¹⁶.

En lo atinente a la libertad sexual de los discapacitados, el párrafo final, del inciso 2, de este dispositivo, estipula que el Estado “garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad”.

Vigesimoprimer. Si bien esta ley modificó diversas normas del ordenamiento jurídico¹⁷, no contiene referencias expresas a la normatividad penal. Como se anotó, la Ley N.º 30838 que modificó el artículo 172 del CP, introdujo el elemento normativo y descriptivo¹⁸ “libre consentimiento” en este dispositivo y en otras figuras delictivas: Violación

¹⁶ Las salvaguardas que en el ámbito interno se han establecido para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, han sido introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y establece diversas modificaciones al Código Civil y Código Procesal Civil.

¹⁷ El Código Civil, la Ley General de Educación, la Ley Universitaria, la Ley General de Salud, la Ley de Radio y Televisión, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley General de Aduanas, el Decreto Ley 19846, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley de promoción de acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de Internet, y la Ley de la Carrera Judicial

¹⁸ Es normativo, porque requiere para su determinación o interpretación una valoración ética o jurídica y, por tal motivo, un cierto grado de subjetivismo [Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 399], y es descriptivo, porque para precisar su contenido se requiere de conocimientos psicológicos o médico-psiquiátricos que están más allá de las valoraciones jurídicas. El Derecho no es la única rama del conocimiento que nos dice a quienes se les debe considerar como “impedidos de dar su libre consentimiento”.

sexual (artículo 170), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos “sin consentimiento” (artículo 176), o “sin el consentimiento de esta”, como es el caso del acoso sexual (artículo 176-B). Si bien algunos proyectos de ley que se presentaron para la modificatoria de los artículos correspondientes al título de la violación de la libertad sexual, se basaron en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹⁹, es evidente que el legislador tuvo en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la citada Convención y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con este instrumento normativo.

En cuanto al libre consentimiento, constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, quien es libre de tomar sus propias decisiones²⁰. En ese sentido, si la víctima no puede autodeterminarse por su discapacidad intelectual, entonces no es posible que brinde su libre consentimiento.

Vigesimosegundo. En atención a lo expuesto, una interpretación del artículo 172 del CP en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalega de este conocimiento, y se aproveche de

¹⁹ Proyectos de Ley N.º 1069/2016, N.º 2070/2017-CR, entre otros.

²⁰ De acuerdo al modelo funcional de autodeterminación de Michael Wehmeyer, la autodeterminación es aquella conducta que lleva a la persona a actuar como el principal agente causal de sus acciones sin influencias o interferencias externas innecesarias. Peralta López, Feli; Arellano Torres, Araceli. La autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual: situación actual en España, Revista CES Psicología, vol. 7, núm. 2, Medellín, julio-diciembre, 2014, 59-77,

la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos²¹; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual cometido²², esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

ANÁLISIS DEL CASO

Vigesimotercero. Como se ha indicado la sentencia de vista revocó la de primera instancia que condenó a Suárez Giraldo por el delito de

²¹ Es preciso que el agente del delito se aproveche, prevalga o abuse de dicha discapacidad para dar rienda suelta a sus instintos lascivos. Este abuso deliberado del agresor es el que también incrementa el contenido de reproche jurídico del delito. De esta manera, el modo con el que actúa el violador y la circunstancia especial de la persona discapacitada son los dos fundamentos sobre los que descansa la conducta descrita en el artículo 172 del CP. En este sentido, Muñoz Conde sostiene que: "(...) precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista se exige que, además, que el sujeto activo "abuse" del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Este "abuso" exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso". [Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234].

²² La Sala Plena de la Corte Suprema de Colombia (6 may. 2009, rad. 24055), ha señalado que: la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con las facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).

violación sexual de persona con retardo mental –discapacidad intelectual–, y lo absolvió de los cargos.

Vigesimocuarto. Para analizar el caso concreto, este Supremo Tribunal tiene en consideración que en la sentencia de primera instancia se declaró probado que la menor con iniciales A. M. A. G., tuvo acceso carnal por la vía vaginal, conforme a las conclusiones expuestas por la perito médico legista María Paula Coaquira Galindo, quien elaboró el Certificado Médico Legal N.º 986-L-DCLS, del 27 de marzo de 2015, pues se evidenció que presentaba signos de desfloración reciente.

También se declaró probado que la referida menor padece de retardo mental de leve a moderado, conforme a las conclusiones expuestas en juicio oral por el médico cirujano Martín de los Milagros Ramos Mendoza respecto al certificado de discapacidad N.º 065-15 de dicha menor. Asimismo, con lo referido por el perito psicólogo Oscar Alfredo Tirado Camacho, autor del Protocolo de Pericia Psicológica N.º 004199-2015-PSC, quien señaló que la menor evidenció un posible daño a nivel neurológico degenerativo. Y con la oralización de la Evaluación Psiquiátrica N.º 44289-2015-PSQ, del 14 y 24 de agosto de 2015, que estableció una edad clínica de la menor ubicable entre los siete a nueve años de edad, con un síndrome orgánico cerebral (epilepsias sin convulsiones) y de personalidad en estructuración.

Vigesimoquinto. Se declaró probado además que de esta condición de discapacidad intelectual, tuvo conocimiento el acusado absuelto Suárez Giraldo. Ello con base al relato de la madre de la menor en el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 004199-2015-PSC, donde refirió que el acusado sabía que su hija estaba mal, y lo vertido en juicio oral, pues

refirió que dicho acusado concurría a su vivienda toda las mañanas a dar alimentos a sus animales (patos y gallinas) que tenía encargados.

Vigesimosexto. La Sala Penal de Apelaciones abordó la cuestión si la menor con iniciales A. M. A. G. estuvo impedida o no de dar su libre consentimiento sexual, con base en el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el inciso 2, artículo 9 de la Ley General de Personas con Discapacidad. La Sala concluyó que el Ministerio Público no demostró que dicha menor se encontraba en condiciones de decidir en su esfera sexual; y que por lo tanto, entendió que sí gozaba del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual.

Con relación a este punto, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una falacia o un error en su argumentación, pues sustentado en que no se acreditó la falta de autodeterminación de la menor, concluyó que sí la tenía; obviando la valoración de los otros medios de prueba como: i) el Protocolo de Pericia Sicológica N.º 004199-2015-PSC, del 23 de setiembre de 2015, en el cual, a la pregunta a la menor sobre si sabe que son relaciones sexuales respondió negativamente. Asimismo, no definió o explicó a qué se refiere con violación, solo señaló que son tocamientos, y concibió como un juego los besos del acusado y que le haya quitado la ropa; ii) la Evaluación Psiquiátrica N.º 44289-2015-PSQ, señala que adolece de conación, pues no es dueña de su voluntad, su edad mental se ubica clínicamente entre los siete a nueve años de edad, y se concluyó que presenta una personalidad en estructuración, y recomendó que la menor continúe con tratamiento psiquiátrico y psicológico por el estrés postraumático.

Vigesimosétimo. Asimismo, con base en el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 004199-2015-PSC, del veintitrés de setiembre de dos mil quince, practicado a la menor, concluyó que las relaciones sexuales entre el acusado y ella fueron consentidas. Sin embargo, se aprecia que las conclusiones de la pericia psicológica no se corresponderían con el relato de la menor, quien señaló que no quería que le quiten la ropa, y que cuando el acusado le introdujo su pene en su vagina se sintió mal; relato que fue reiterado en su declaración del veintiocho de marzo de dos mil quince²³.

Vigesimoctavo. En el caso en concreto, es evidente que la Sala Penal de Apelaciones realizó un juicio de valor sesgado y parcial, lo que determinó que efectúe una interpretación inadecuada del artículo 172 del CP, cuando aplicó el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por tanto, corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otro Colegiado Superior para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta la interpretación realizada sobre el citado dispositivo legal.

Vigesimonoveno. Finalmente, de lo actuado aparece que Suárez Giraldo fue condenado el once de marzo de dos mil dieciséis por el Juzgado Penal Colegiado de Huaura a quince años de pena privativa

²³ En el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CIJ-116, se fijó como criterio que 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.

de la libertad (foja 132), condena que fue ejecutada de inmediato, pues en dicha fecha se encontraba en un establecimiento penitenciario cumpliendo la medida de prisión preventiva desde el veintisiete de marzo de dos mil quince. En consecuencia, por los efectos de esta sentencia casatoria, retoma su condición de condenado, por lo que debe ordenarse su inmediata recaptura, cursándose los oficios correspondientes con tal fin.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR PENAL DE HUAURA**, contra la sentencia de segunda instancia del diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura.
- II. **CASAR** y declarar **NULA** la citada sentencia de segunda instancia, que revocó la de primera instancia del once de marzo de dos mil dieciséis que condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G., le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil; y reformándola se le absolvió de la acusación fiscal y se declaró infundada la pretensión indemnizatoria, con lo demás que contiene.

III. CON REENVÍO, ordenar que otro Colegiado Superior emita un nuevo pronunciamiento, previa convocatoria y realización de una nueva audiencia de apelación, en la que deberá tenerse en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia casatoria.

IV. ORDENAR la ubicación y captura de Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, para lo cual se cursará los oficios correspondientes, conforme al fundamento vigesimonoveno de la presente sentencia casatoria.

V. DISPONER que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial.

VI. MANDAR se remita la causa a la sala superior de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wrqu