

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 834-2020/AREQUIPA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Violación sexual de menor. Requisitos de la prueba.

Sumilla: 1. La prueba pericial es una prueba compleja, que está integrada por tres elementos. El primero, está referido a la labor perceptiva del perito respecto del tema peritado. El segundo es el informe pericial. El tercero es la explicación que sobre su actividad pericial brinda el perito en el Plenario sometándose a contradicción. La exposición oral y explicaciones del perito en el plenario desde luego no lo transforman en testigo; él da cuenta oralmente de lo que percibió y examinó, de las operaciones periciales que realizó y formula las correspondientes máximas de experiencia científicas, técnicas o profesionales utilizadas. El perito opina y, en su caso, formula proyecciones o evaluaciones, lo que por lo demás es muy distinto al testigo que solo expone objetivamente lo que sus sentidos captaron, directa o indirectamente. **2.** El control de la motivación de la *quaestio facti* es esencial en materia casacional. No se trata de realizar un nuevo e independiente examen del material probatorio, que es de competencia exclusiva del juez de mérito. Solo corresponde al Tribunal Supremo advertir si se presenta un defecto de motivación relevante; si se está, como igualmente se ha sostenido constantemente, ante una motivación omitida, incompleta, insuficiente, vaga o genérica, impertinente, falseada, contradictoria o irracional (que vulnera las reglas de la sana crítica: leyes de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicos). El control de la motivación puede ser (i) intratextual (a lo que se indica en la sentencia, que es materia de referencia específica en el artículo 429, inciso 4, del CPP) y (ii) extratextual (omite alguna prueba decisiva o falsea información, es decir, que no se corresponda con los materiales probatorios disponibles, y está más vinculada al control desde la presunción de inocencia y la tutela jurisdiccional, según impugne el imputado o las demás partes procesales, respectivamente). **3.** La corroboración externa en estos delitos, por su propia naturaleza, no debe entenderse como una completa aseveración de fuente externa a la declaración de la víctima sobre el dato culminante del hecho punible: los actos de acceso carnal, pues de ser así sencillamente no se necesitaría todo el análisis previo sobre incredibilidad subjetiva, y coherencia interna y persistencia del testimonio incriminador. Tampoco puede desconocerse en este tipo de delitos, ocurridos en el seno familiar, la presión que sobre la víctima ejerce la familia y la situación de dependencia de aquella frente al agresor. Por ello, las muy a menudo retractaciones no pueden afrontarse formalmente, sino examinarse rigurosamente para determinar si son veraces y reflejan la realidad de lo ocurrido.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, nueve de marzo de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por las causales por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE AREQUIPA contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y ocho, de siete de septiembre de dos mil veinte, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y dos, de veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, en cuanto absolvió a Julio Cesar Coila

Lima de la acusación fiscal formulado en su contra por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de R.S.P.M.; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal de fojas diecinueve, de diecisiete de junio de dos mil diecinueve, el día cuatro de enero de dos mil doce (un día antes de su cumpleaños) la menor R.S.P.M., de nueve años de edad, se encontraba en el domicilio del encausado Coila Lima, ubicado en la calle Leoncio Prado del distrito de Miraflores – Arequipa, donde vivía con su madre y hermanos desde el año dos mil once. La menor agraviada vestía una falda roja de uniforme de su colegio. En esas circunstancias llegó el citado encausado, quien era taxista, el cual se dirigió al cuarto de la agraviada, se bajó el pantalón y ropa interior, agarró su pene y lo puso en la boca de la menor a fin de que le practique sexo oral. Acto seguido, se echó en la cama, le agarró la falda, la subió encima de él, y le introdujo el pene en la vagina de la menor agraviada, al punto de hacerla sangrar. Finalmente, la obligó a bañarse con agua fría.

∞ La agresión sexual continuó en el tiempo en forma reiterada durante el año dos mil trece, cuando la menor R.S.P.M. tenía diez años. El acceso carnal con la menor agraviada tuvo lugar en la casa Granja San Lázaro del distrito de Alto Selva Alegre, de propiedad de Rosa Lima De Gómez, abuela de la menor.

∞ Posteriormente, en el año dos mil diecisiete, el encausado Coila Lima continuó con los actos reiterados de penetración sexual a la agraviada R.S.P.M., para lo cual la insultaba y amenazaba. Le decía a la agraviada que era “su puta” y que nadie le iba a creer si lo denunciaba porque él mantenía a ella y a su madre, al punto que si decía algo la mandarían a un albergue. Además, si la agraviada no accedía a sus requerimientos sexuales la golpeaba. Siempre aprovechaba que la madre de la agraviada no se encontraba en la casa o estaba durmiendo.

∞ Estos hechos fueron configurados dentro del delito de violación sexual de menor de edad.

∞ Asimismo, en reiteradas oportunidades, el imputado Coila Lima tocaba en sus partes íntimas, senos y vagina a la agraviada R.S.P.M. Luego, en el mes diciembre del mismo año dos mil diecisiete, antes de navidad, el citado imputado nuevamente le tocó su vagina.

∞ Finalmente, el veintidós de septiembre de dos mil dieciocho el imputado Coila Lima grabó en video a la agraviada R.S.P.M. mientras dormía porque se le notaban sus partes íntimas. La menor advirtió la situación y, al día siguiente, tomó el celular del imputado para comprobar que efectivamente había un video en el que había grabado imágenes de su vagina y sus piernas. Estos hechos fueron configurados como delito de acoso sexual.

SEGUNDO. Que lo relevante del procedimiento penal es como a continuación se detalla:

1. En merito a los hechos expuestos, la Fiscalía mediante requerimiento de fojas diecinueve, de diecisiete de junio de so mil diecinueve, acusó a Julio César Coila Lima por los delitos de violación sexual de menor de edad y acoso sexual, y solicitó la pena de cadena perpetua y el pago de cincuenta mil soles por daño moral.
2. Realizada la audiencia de control de acusación, como consta de acta de fojas cuarenta y seis, de ocho de agosto de dos mil diecinueve, se expidió auto de enjuiciamiento de fojas cuarenta y siete, de ocho de agosto de dos mil diecinueve, por ambos delitos. La resolución precisó que no hay actor civil constituido en autos.
3. Llevado a cabo el juicio oral el Juzgado Penal Colegiado condenó a Coila Lima por delito de acoso sexual y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación para ingresar o reingresar al servicio docente y que durante el plazo de la condena está prohibido de acercarse a la menor, y tratamiento terapéutico, así como fijó en la suma de cinco mil soles el monto por concepto de reparación civil. Por otro lado, absolvió al citado encausado de la acusación fiscal por delito de violación sexual de menor de edad.
4. En cuanto a la absolución, por duda razonable, señaló que según el certificado médico legal la menor habría iniciado su vida sexual con su enamorado en dos mil dieciocho; que la menor indicó que esa fue su primera relación sexual, sin embargo en su versión inicial expuso que fue abusada sexualmente desde los ocho años de edad; que la agraviada R.S.P.M. se retractó de su declaración inicial en el plenario y acotó que sindicó al imputado porque le tenía cólera por la cachetada que le propinó.
5. La sentencia fue apelada por la Fiscalía en el extremo de la absolución por el delito de violación sexual de menor de edad, mediante su escrito de fojas ciento setenta y siete, de dieciséis de enero de dos mil veinte. Argumentó que existe error en el análisis de las declaraciones de los efectivos policiales; que la declaración de la agraviada, respecto al inicio de su vida sexual a los quince años en forma consentida con su enamorado, no puede desvirtuar su declaración respecto al abuso sexual ejecutado por el imputado desde los nueve años de edad; que si bien la agraviada no presenta sintomatología sobre alguna afectación de tipo sexual, es de valorar que la perito psicóloga indicó que no consignó afectación en su resultado porque no era necesario pues encontró en la menor ansiedad y reviviscencias de los hechos en su contra; que respecto a la verosimilitud de su testimonio no se ha tenido en cuenta lo declarado por la menor en cámara gesell; que no se consideró el mérito de la Resolución Administrativa 1919-2018 emitida por UPE, documento conforme al cual la menor se encuentra en un entorno familiar de desprotección.
6. Concedido el recurso de apelación, elevado al Tribunal Superior y culminado el procedimiento impugnatorio se expidió la sentencia de vista

de fojas doscientos treinta y ocho, de siete de septiembre de dos mil veinte, que confirmó el extremo absolutorio apelado. Sostuvo (1) que las declaraciones de los efectivos policiales no desvirtúan lo expuesto en la sentencia recurrida porque ellos se limitaron a tomar la denuncia por acoso sexual. Que, en cuanto a (2) la exposición de la psicóloga si bien indicó que hay ansiedad, reviviscencias y sentimientos de culpa por su padrastro, en audiencia precisó que no hay sintomatología que precise realmente que la agraviada fue víctima de un abuso sexual, además en su informe pericial no indicó la existencia de afectación de tipo sexual en la agraviada; que el aporte de aquélla se circunscribe a consignar el relato de la víctima y no cuenta con los requisitos que satisfaga el Acuerdo Plenario 4-2015, es decir, que el informe fue elaborado conforme a las reglas de la lógica y el conocimiento científico y técnico; que dicha perito en el acto oral dio una lectura su informe y proporcionó una explicación genérica sobre sus conclusiones y métodos empleados, para luego repetir lo manifestado por la agraviada; que, por ello, no se le puede dar valor probatorio diferente al no existir un cuestionamiento con otra prueba actuada en segunda instancia. Que, en lo concerniente a (3) la declaración de la menor, el apelante se limitó a decir que la versión de aquella está corroborada con la declaración de la perito psicóloga; que, sin embargo, se hallan inconsistencias en la versión de la menor ya que solo da detalles del primer hecho cuando tenía nueve años, no se sabe si fue antes de ir al colegio o después; que, otro punto es que la menor solo denunció la grabación, y los actos de violación los denunció cuando pasó examen médico legal indicando incluso un acto contra natura que no se determinó en dicho examen; que, de otro lado, la menor también refirió que le comentó lo sucedido a la abuela, pero ésta lo negó; que, entonces, tal declaración no cuenta con corroboración respecto a la violación.

7. Contra la sentencia de vista la señora Fiscal Superior interpuso recurso de casación. El recurso corre en el escrito de fojas doscientos cincuenta y uno, de veintiuno de septiembre de dos mil veinte.

TERCERO. Que la señora FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos cincuenta y uno, de veintiuno de septiembre de dos mil veinte, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Objetó que se vulneraron los Acuerdos Plenarios 2-2005, 1-2011 y 4-2015; que la declaración de la menor está corroborada con la pericia psicológica; que se realizó un incorrecto análisis del examen del perito en el juicio oral; que el hecho de que la agraviada solo dio detalles del primer hecho y no de los posteriores no descartan que el primer hecho ocurrió; que, por tanto, no se analizaron los elementos de corroboración.

CUARTO. Que este Tribunal de Casación por Ejecutoria de fojas de fojas cincuenta y siete, de veintisiete de agosto de dos mil veintiuno, declaró bien

concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación. El ámbito del recurso de casación comprende el examen de la denunciada vulneración de dos garantías constitucionales: tutela jurisdiccional y motivación, en concreto una incorrecta apreciación de la prueba en orden a la interpretación o traslación de los medios de prueba –lo que expresó la agraviada y lo que explicó el perito–, el alcance del poder de revisión del juez de apelación respecto de la prueba pericial y la racionalidad de las inferencias probatorias. No está en discusión la tipicidad del hecho acusado, solo si se han cumplido las reglas probatorias.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas, dentro del plazo, se expidió el decreto de fojas sesenta y tres, de ocho de febrero de dos mil veintidós, que señaló fecha de audiencia de casación para el miércoles dos de marzo de este año. El mismo día, con posterioridad a la audiencia de casación la Fiscalía Suprema presentó requerimiento escrito por el que planteó se declare fundado el recurso de casación.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia de casación se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermudez, y de la defensa del encausado Coila Lima, doctor Elder Pancorbo Llerena.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional estriba en determinar, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación, si la sentencia recurrida incurrió en un defecto de motivación respecto de la apreciación de la prueba tanto en la interpretación o traslación de los medios de prueba –lo que expresó la agraviada y lo que explicó el perito–, cuanto en el alcance del poder de revisión del juez de apelación respecto de la prueba pericial y si las inferencias probatorias establecidas son racionales.

∞ Está al margen del control casacional la condena por delito de acoso sexual al encausado Julio Cesar Coila Lima en agravio de misma agraviada R.S.P.M. Únicamente se examinará si la *quaestio facti* referida al delito de violación sexual de menor de edad vulneró o no un precepto legal, constitucional u ordinario.

SEGUNDO. Que es de tomar en consideración que la prueba pericial es una prueba compleja, que está integrada por tres elementos. El primero, está

referido a la labor perceptiva del perito respecto del tema peritado. El segundo es el informe pericial. El tercero es la explicación que sobre su actividad pericial brinda el perito en el Plenario sometándose a contradicción. La exposición oral y explicaciones del perito en el plenario desde luego no lo transforman en testigo; él da cuenta oralmente de lo que percibió y examinó, de las operaciones periciales que realizó y formula las correspondientes máximas de experiencia científicas, técnicas o profesionales utilizadas. El perito opina y, en su caso, formula proyecciones o evaluaciones, lo que por lo demás es muy distinto al testigo que solo expone objetivamente lo que sus sentidos captaron, directa o indirectamente. ∞ Ello explica que en sede de apelación la apreciación de la prueba pericial no tenga los límites de la demás prueba personal (testimonial y declaración de los imputados, incluida lo que expusieron en las diligencias de careo, reconstrucción, reconocimiento e inspección judicial), tal como estableció el numeral 2 del artículo 425 del CPP. No es relevante a estos efectos el lenguaje verbal, paralingüístico y no verbal –estos dos últimos, no pueden ser captados por un juez de apelación, ausente cuando se formó la prueba en el plenario de primera instancia–.

TERCERO. Que, por otro lado, es de rigor reiterar una línea jurisprudencial constante de este Tribunal Supremo. No está sujeta a la prohibición del citado artículo 425, apartado 2, del CPP, por no comprometer el principio de inmediación en la formación de la prueba, *(i)* la interpretación y traslación de la prueba (lo que realmente dijo el testigo, agraviado o imputado, o lo que puntualmente explicó el perito en el acto oral o en su informe pericial, o lo que fluye de una prueba documental; es decir, el elemento de prueba), ni *(ii)* el control de la coherencia interna y logicidad de lo que expuso el testigo, así como las pautas de corroboración externas de un elemento de prueba en relación con el conjunto del material probatorio disponible.

CUARTO. Que el control de la motivación de la *quaestio facti* es esencial en materia casacional. No se trata de realizar un nuevo e independiente examen del material probatorio, que es de competencia exclusiva del juez de mérito. Solo corresponde al Tribunal Supremo advertir si se presenta un defecto de motivación relevante; si se está, como igualmente se ha sostenido constantemente, ante una motivación *(i)* omitida, *(ii)* incompleta, insuficiente, *(iii)* vaga o genérica –imprecisa u oscura–, *(iv)* impertinente, *(v)* falseada, *(vi)* contradictoria, o *(vii)* irracional –que vulnera las reglas de la sana crítica: leyes de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicos–. Por lo demás, el control de la motivación puede ser *(i)* intratextual (concretado en el tenor de la propia sentencia, que es materia de referencia específica en el artículo 429, inciso 4, del CPP) o *(ii)* extratextual (omisión de análisis de alguna prueba decisiva o falseamiento de información, es decir, que no se corresponda con los materiales probatorios disponibles, y que está más vinculada al control desde la presunción de inocencia y la tutela jurisdiccional, según impugne el imputado o las demás partes procesales, respectivamente).

QUINTO. Que el material probatorio disponible consta, en el presente caso, de lo siguiente: *(i)* las declaraciones de la agraviada en cámara gesell y en el plenario –de signo contradictorio entre sí–, *(ii)* las declaraciones de los policías que intervinieron en las actuaciones o diligencias previas de investigación, *(iii)* las declaraciones de la abuela de la agraviada, *(iv)* la propia denuncia policial, y *(v)* la prueba pericial médico legal y de psicología forense –incluso, los peritos en el plenario explicaron sus dictámenes y se sometieron a contradicción–.

∞ Todos estos medios de prueba se apreciaron, luego, no existen pruebas decisivas no incorporadas en el análisis jurisdiccional. En la argumentación de las sentencias se hizo mención a los diversos Acuerdos Plenarios vinculados al tema (delitos sexuales y prueba pericial): 2-2005, 1-2011 y 4-2015/CJ-116, por lo que corresponde examinar si efectivamente se cumplieron sus disposiciones.

∞ En cuanto al primer nivel de la apreciación probatoria, la interpretación o traslación del medio de prueba, para obtener el elemento de prueba, no consta que se tergiversó o falseó lo que señaló la perito psicóloga. Lo más relevante del dictamen pericial y de las explicaciones brindadas en juicio se incorporó en las sentencias de mérito, sin modificar el sentido de lo expuesto por escrito u oralmente.

∞ El problema, pues, es el segundo nivel, la valoración de la prueba, tanto individual como de conjunto. Aquí se presentan serios desfases que a continuación se abordarán.

SEXTO. Que la menor agraviada R.S.P.M., es cierto, no fue persistente en su testimonio, pues en un primer momento no denunció los actos de violación sexual –solo detalló el hecho el referido a la filmación de sus partes íntimas por el imputado, que ha sido materia de condena– [acta de denuncia verbal de veintitrés de septiembre de dos mil dieciocho] y, a continuación, en su declaración en cámara gesell, en el procedimiento de investigación preparatoria, incorporó los actos de violación sexual [la mención a la violación fue expresada en el certificado médico legal 026995-IS, de veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho, y en el acta de entrevista única de esa misma fecha], de los que, con posterioridad, se retractó en el procedimiento principal o plenario. Ella había sostenido, en un primer momento, que sobre la violación sexual había comunicado lo ocurrido a su abuela materna Carlota Mendoza Salón, pero esta última en juicio no validó esta información. No obstante ello, el Ministerio Público, al respecto, señaló que la testigo en el procedimiento de investigación preparatoria expresó lo contrario, dato sobre el que las sentencias de mérito no aportan información ni razonamiento alguno. En el interrogatorio a la referida testigo (sesión del juicio de veinticinco de octubre de dos mil diecinueve) es patente las contradicciones y falta de explicación suficiente que ella proporcionó ante las preguntas del Ministerio Público. Es palmaria, asimismo, la insuficiencia argumental de dichos fallos en este extremo.

∞ Está probado que la menor, al examen médico legal, presentó desgarro antiguo total a horas VII y desgarros parciales antiguos a horas III y V. Este examen pudo hacerse en la tercera oportunidad, dado que la menor se negó a ser examinada en dos ocasiones el día anterior –dato revelador que no ha sido analizado por los jueces de mérito–.

∞ Sobre los hechos de violación sexual, la agraviada R.S.P.M. fue examinada por la psicóloga forense del Instituto de Medicina Legal, realizada ese mismo día veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho. El dictamen psicológico se corresponde con los protocolos pertinentes y se utilizó los instrumentos y técnicas psicológicas convencionales, que incluyó la figura humana de KAREN MACHOVER y el cuestionario de síntomas –el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al respecto, emitió la “Guía de evaluación psicológico forense en casos de violencia contras mujeres y los integrantes del grupo familiar; y en otros casos de violencia”, aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación 3963-2017-MP-FN, de once de septiembre de dos mil dieciséis, cuyo tenor no ha sido incorporado en el análisis judicial ni se indicó qué ámbitos de ella no se cumplieron–.

∞ En las conclusiones el dictamen pericial dio cuenta de los síntomas de ansiedad, depresión, reviviscencia, sentimientos de culpa, evitación de estímulos que le recuerdan el abuso sexual de que fue víctima, lo que constituye una afectación psicológica. Las explicaciones brindadas en el acto oral, de las que dan cuenta los jueces de mérito, no son incompatibles con lo expuesto en el dictamen pericial, así como tampoco son genéricas o inconsistentes, por el contrario son precisas y causales. En tanto se trata de una pericia psicológica forense es obvio que el examen pericial parte de lo expuesto por la menor y de la observación clínica e instrumentos psicológicos analizados –ni siquiera hubo un interrogatorio puntual a la perito en este extremo, de tal suerte que pueda sostenerse que su explicación es inconsistente y no cumple con las máximas de experiencia en materia de psicología forense–. Es absurdo exigir a la perito o a la pericia la incorporación de datos de corroboración externa, pues ésta corresponde a los otros medios de prueba actuados, y menos desestimarlos, como se hizo, sin datos científicos o profesionales serios y contundentes.

SÉPTIMO. Que es correcto sostener que si bien en los delitos de clandestinidad es determinante la declaración de la testigo-víctima, dada la lógica comisiva de estos delitos, es de rigor, por ello, examinar esa testimonial en su verosimilitud interna y externa. Se ha sostenido que el hecho de que la agraviada incidió en aspectos de los hechos más antiguos y no en los más recientes demuestra la incoherencia del testimonio incriminador, lo que en modo alguno es correcto. Una menor relata lo que le es más cercano en sus impresiones y niveles de trauma o afectación; además, la víctima en cámara gesell hizo un relato detallado y según secuencias temporales de lo que le ocurrió. Nada indica que lo que la agraviada expresó es contradictorio, tiene lagunas imposibles de cubrir o muestra un marcado nivel de fabulación y falta de espontaneidad; la pericia psicológica excluyó esta posibilidad.

∞ Un dato serio es, desde luego, la falta de persistencia de la víctima. Sin embargo, no se advierte un análisis acerca de la solidez y coherencia de los motivos de la retractación. Ésta no tiene una base sólida y expone un motivo fútil de rectificación, similar a lo que expuso su abuela. Es de tener presente las presiones familiares –la niña ante la psicóloga expresó que su madre estaba embarazada del imputado y llorando le expresó por qué no le había contado antes lo que le sucedía–. Sobre este aspecto no se realizó argumentación alguna.

∞ Igualmente, no se analizó, en clave de secuencia de hechos, la torcida conducta sexual del imputado, quien como dato más saltante terminó grabando las partes íntimas de la agraviada cuando dormía, por lo que fue condenado. Este es un dato de contexto que no puede soslayarse y que merecía un razonamiento, ausente en las sentencias de mérito.

∞ La corroboración externa en estos delitos, por su propia naturaleza, no debe entenderse como una completa aseveración de fuente externa a la declaración de la víctima sobre el dato culminante del hecho punible: los actos de acceso carnal, pues de ser así sencillamente no se necesitaría realizar todo el análisis previo sobre incredibilidad subjetiva, y coherencia interna y persistencia del testimonio incriminador. Tampoco puede desconocerse en este tipo de delitos, ocurridos en el seno familiar, la presión que sobre la víctima ejerce la familia y la situación de dependencia de aquella frente al agresor. Por ello, las muy a menudo retractaciones no pueden afrontarse formalmente, sino examinarse rigurosamente para determinar si son veraces y reflejan la realidad de lo ocurrido.

OCTAVO. Que, por consiguiente, la motivación de la sentencia de vista –que se extiende a la de primera instancia– no solo es incompleta e insuficiente (falta de análisis de determinadas situaciones y declaraciones, en especial de la abuela de la víctima, y explicaciones insuficientes en orden a cómo se analizó la prueba pericial y la retractación de la víctima y de su abuela). Además es irracional porque asumió máximas de experiencia psicológicas impertinentes, sin una base técnica suficiente, omitiendo introducir las inferencias respectivas en orden a la retractación y a la línea de información de los peritos y de la propia víctima.

∞ Siendo así, la sentencia de vista debe casarse y, extensivamente, anularse la sentencia de primera instancia. La sentencia casatoria debe ser rescindente, dado que la motivación presenta defectos constitucionalmente relevantes.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por las causales por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE AREQUIPA contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y ocho, de siete de septiembre de dos mil veinte, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y dos, de veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, en cuanto absolvió a Julio Cesar Coila Lima de la acusación

fiscal formulado en su contra por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de R.S.P.M.; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en este extremo. **II. ANULARON** la sentencia de primera instancia respecto a la absolución por el delito de violación sexual de menor de edad. **III. DISPUSIERON** se realice nuevo juicio oral de primera instancia por otros Jueces –de interponerse recurso de apelación intervendrán otros jueces superiores–, teniéndose presente lo expuesto en esta Ejecutoria. **IV. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **V. ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen para los fines de ley. **HÁGASE** saber a las partes procesales personados en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

Sumilla: La casación de oficio es una especie de casación excepcional que procede a discreción del Tribunal Supremo, al advertirse una posible concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal -cuando por criterios de fondo y/o forma se declaró inadmisibile el recurso de casación inicial presentado por alguna de las partes del proceso-. Por tanto, conforme a la naturaleza y fines de la casación de oficio, la Corte Suprema pese a la inconcurrencia de las partes siempre emitirá un pronunciamiento de fondo en el caso concreto teniéndose como único limite la garantía constitucional de no *reformatio in peius*.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, siete de octubre de dos mil quince.-

VISTOS; en audiencia el recurso de casación de oficio para desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la resolución del diecinueve de junio de dos mil catorce -obrante a fojas setecientos catorce-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

I. ANTECEDENTES.-

PRIMERO: Mediante la Ejecutoria Suprema del 23 de febrero de dos mil quince -fojas cincuenta y nueve del cuaderno de casación- este Supremo Tribunal advierte que el recurso de casación interpuesto por el actor civil no superaba los requisitos formales regulados en el Código Procesal Penal -artículo 427, inciso 1 (*summa poena*), inciso 3 (referido a la reparación civil), y artículo 430, inciso 1 (fundamentación de causales) del Código Procesal Penal-, véase fundamentos jurídicos del aparatado II (del primero al tercero) del

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

auto de calificación-, razones por las cuales **se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el recurrente –actor civil-**.

SEGUNDO: Pese a lo señalado, esta Suprema Corte encontró de oficio interés casacional para desarrollo de doctrina jurisprudencial: la correcta interpretación y aplicación del principio precautorio (Artículo VII de la Ley General del Ambiente) que rige en materia ambiental, en el caso concreto y de manera general, para dilucidar la existencia de una posible contravención con el principio de *in dubio pro reo*, que rige en materia penal –fundamento jurídico quinto del apartado II del auto de calificación del recurso de casación a fojas cincuenta y nueve-. Por tanto, en aplicación del inciso 1, del artículo 432, concordado con el inciso 4 del artículo 427 e inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal declaró **Bien Concedido de Oficio** el recurso de casación.

TERCERO: Programada la audiencia de casación para el siete de octubre de dos mil quince, con la debida notificación a las partes procesales, éstas no asistieron. Lo que se debía a que se declaró inadmisibile el recurso de casación del actor civil y estamos en una casación de oficio, admitida por interés principal de este Tribunal Supremo –conforme los fundamentos jurídicos precedentes-.

CUARTO: Es necesario realizar precisiones si para la casación de oficio rigen las mismas reglas aplicables a la casación ordinaria o excepcional –reguladas en el Código Procesal Penal-. Por tanto, tambien resulta necesario establecer si corresponde o no, en la presente sentencia de casación de oficio, realizar algún tipo de pronunciamiento de fondo, entiéndase por ello: 1) el desarrollo de doctrina jurisprudencial planteada, y 2) la

CASACIÓN Nº 389-2014
SAN MARTÍN

aplicación del desarrollo de doctrina jurisprudencial en el caso concreto.

II. DE LA CASACIÓN DE OFICIO.

QUINTO: El recurso de casación de oficio está previsto en el inciso 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual señala: "(...) *sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.*" (Resaltado nuestro); sin embargo, no se encuentra regulado en forma taxativa, ni se da mayor referencia cómo o cuándo debe aplicarse, ni bajo qué fundamentos se puede invocar.

SEXTO: La casación de oficio debe ser entendida como una segunda casación excepcional, toda vez que uno de sus fundamentos radica en el inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal; en la experiencia jurisdiccional se ha observado que los recursos de casación excepcionales presentados por alguna de las partes de un proceso penal (Ministerio Público, Imputado, Actor Civil, Tercero civil), se declaran inadmisibles por cuestiones estrictamente formales; es decir, por no cumplir con disposiciones del inciso 3 del artículo 430 del Código Procesal Penal -fundamentar respecto al punto que pretende se desarrolle como doctrina jurisprudencial -.

SÉTIMO: Pero qué pasa, si en efecto, la casación excepcional interpuesta -aunque defectuosa formalmente- deja ver un tema de interés casacional para la Corte Suprema, por cumplir alguno de los fundamentos ya citados en la Queja NCPP Nº66-2009-La Libertad u otro debidamente justificado; o cuando interponen recurso de casación

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

ordinaria, mas no invocan o justifican correctamente conforme a la norma procesal penal –por ejemplo el inciso 1 del artículo 430 del Código Procesal Penal- declarándose inadmisibile; pero la Corte Suprema puede advertir que sí existe la configuración de alguna de las causales del artículo 429 del citado Código. En ambos supuestos el recurso debe ser admitido para que el caso en concreto sea evaluado.

OCTAVO: Es decir, el recurso de casación de oficio se presenta como una excepción a la formalidad exigida en la norma procesal, yendo más allá, actuando en pro de los fines últimos de la casación – Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelógico 1-. En el mismo sentido se pronuncia Moreno Rivera² señalando que: “(...) la casación oficiosa opera como excepción, en primer lugar frente al principio de limitación y, en segunda frente al carácter rogado del recurso (...)” asimismo la Corte Suprema –Colombiana- tiene una inexorable obligación de “asumir el conocimiento de la casación por vía oficiosa permitiendo la consecución de los fines señalados para el recurso”.

NOVENO: Así, la casación de oficio para que sea admitida para desarrollo de doctrina jurisprudencial –inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal- o por casación ordinaria –inciso 1, 2, y 3 del artículo 427 del citado Código-, siempre encontrará su fundamento de admisión en la concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal, que denotan alguna afectación grave a garantías, o derechos constitucionales de carácter procesal o material; por tanto, encuentra

¹ Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, INPECCP-CENALES, Lima, Perú, 2015, pg. 709.

²² MORENO RIVERA, Luis Gustavo, *La Casación Penal*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, Colombia, 2013, pg. 71

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

sus raíces en el principio general del derecho procesal, *iure novit curia* -El Juez conoce el derecho-.

DÉCIMO: Una de las características principales del recurso de casación de oficio es su **discrecionalidad**. Es decir, procede a exclusiva discrecionalidad del Tribunal Supremo **-y en cualquier momento del proceso-**. Lo que no está regulado taxativamente en la norma procesal penal, pero ha sido interpretado por esta Corte Suprema en otras oportunidades, por ejemplo la Casación N°148-2010/Moquegua. La discrecionalidad, la casación de oficio debe estar bien fundamentada; la calificación de oficio de determinado caso debe sostenerse en la posibilidad de una grave afectación de derechos o garantías constitucionales que se pueden haber afectado durante el proceso, que terminarían viciando la resolución arribada -se debe amparar en alguna de las causales del artículo 429 del citado código-. La justificación, para ser correcta como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia no debe ser extensa, pues basta con ser precisa y coherente.

DÉCIMO PRIMERO: Ahora desarrollaremos cómo se procede con este tipo de recurso después de su admisión:

Regla General.- Nuestro Código Procesal Penal regula la interposición y admisión del recurso de casación en su artículo 431, señalando:

1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.

2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

las partes que asistan. **En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación.**

(...)” (Resaltado Nuestro)

DÉCIMO SEGUNDO: Lo resaltado precedentemente resulta de interés para establecer las particularidades del recurso de casación de oficio. Como se advierte, pese a una calificación positiva, el recurso de casación puede devenir en inadmisibile ante la inconcurrencia de la parte recurrente a la audiencia de casación. Analizado fuera del marco de la casación de oficio dicha normativa guarda sentido, pues se advierte que si el sujeto recurrente –supuesto agraviado– desacata una notificación de asistir a la audiencia de casación sin mayor justificación, constituye una aceptación tácita de la sentencia u resolución inicialmente recurrida.

DÉCIMO TERCERO: La casación de oficio se promueve por interés del Tribunal Supremo, que busca más allá del caso en concreto, y las limitaciones formales del recurso, un pronunciamiento jurídico –de estricto derecho– con dos fines principales: **1)** Enriquecer la jurisprudencia y **2)** Evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos, puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

DÉCIMO CUARTO: La regulación que brinda el Código Procesal Penal referente a la desestimación del recurso de casación por inconcurrencia de la parte interesada en el proceso, no concuerda y colisiona con los fines de la casación de oficio.

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

DÉCIMO QUINTO: La audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin que realicen las argumentaciones que considere, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa, pero a las cuales no puede obligárseles concurrir a una audiencia que si bien fue promovida por alguno de ellos, fue declarada inadmisibles la calificación de su recurso. Es del mismo criterio la Corte Suprema Colombiana la cual, en su sentencia del 31 de agosto de 2005 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés donde señaló: "(...)el derecho a la prerrogativa que tienen los sujetos procesales de desistir el recurso extraordinario de casación no puede impedir a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y guardiana de la Constitución Política, enmendar la irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales, so pretexto de la finalización o culminación de su competencia por razón del desistimiento, máxime cuando el debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad se erige en garantía fundamental. Lo contrario implicaría una actitud permisiva e inadmisibles frente a una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo constitutiva una vía de hecho (...)".³ Es de notar que en la regulación de la casación oficiosa en Colombia, no se celebra una audiencia de casación, por considerarlo innecesario⁴.

DÉCIMO SEXTO: Por tanto, la Corte Suprema emitirá un pronunciamiento de fondo haciendo un juicio de estricto derecho en el caso concreto, que sirvan para enriquecer o cubrir espacios hasta el momento ambiguos o que no han sido tratados, en relación al caso. Mediante la casación de oficio el Tribunal Supremo puede pronunciarse en el fondo del caso concreto pese a la incomparecencia de las partes, encontrando

³ RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, Orlando Alfonso, *Casación y Revisión Penal, evolución y garantismo*, Temis, Bogotá, Colombia, 2008, pg. 151.

⁴ Cfr. MORENO RIVERA, Luis Gustavo, *La Casación Penal*, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, Colombia, 2013, pg. 73

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

como límite de su pronunciamiento la garantía constitucional de la prohibición de la reforma en perjuicio. Por tanto, si se trata del imputado solo se puede arribar a una absolución o a una nulidad de la sentencia recurrida, nunca a una sentencia condenatoria, y si es el actor civil a fijar, mantener o mejorar la reparación civil establecida.

III. PRONUNCIAMIENTO DE OFICIO DE LA CORTE SUPREMA

DÉCIMO SÉTIMO: Sentado lo anterior, en el presente caso esta Corte Suprema emitirá pronunciamiento en los siguientes puntos:

1. Nos pronunciaremos sobre el desarrollo de doctrina jurisprudencial planteado acerca del *principio precautorio* y el *principio de in dubio pro reo*.
2. Asimismo, en esta etapa del proceso la Corte Suprema ha encontrado de interés desarrollar cuáles son y en qué consisten los elementos objetivos del tipo penal del artículo 310 del Código Penal –desbosque–, por advertir que dada su complejidad –por tratarse de una norma penal que se remite a definiciones en el ámbito del derecho ambiental, administrativo– su aplicación puede generar erróneas interpretaciones o aplicaciones –inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal–, y teniendo en consideración el poco o nulo desarrollo de dicho tipo penal a nivel de doctrina y jurisprudencia, es necesario su esclarecimiento.

DÉCIMO OCTAVO: Del Principio Precautorio.– Los avances de la ciencia y la tecnología a lo largo de la historia han contribuido a favor y en contra

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

de la humanidad (entiéndase que gracias a los avances de la tecnología se pueden prevenir enfermedades, se encontraron métodos más efectivos de lucha contra diferentes males individuales y sociales; sin embargo, a su vez el avance tecnológico ha contribuido para poner en peligro el medio ambiente y con él la vida humana en la tierra, de no regularse a favor del medio ambiente). En ese sentido, al encontrarnos con nuevos riesgos –imprevisibles, inciertos e incuantificables- inclusive catastróficos como los asociados al calentamiento global, organismos genéticamente modificados, etc., y en general el cambio climático, generó en la sociedad la necesidad y obligación de crear modelos de carácter preventivo; en ese sentido, tal como lo señala el informe de grupo de expertos sobre el principio precautorio (2005)⁵, se dieron tres etapas o modelos dentro de la políticas medioambientales a nivel internacional :

1.- Modelo Curativo -"el que contamina paga": Dado el crecimiento de la población y los grandes avances de la industrialización, el medio ambiente dejó de estar en condiciones de curarse a sí mismo; necesitando, la ayuda para reparar los daños que le infligían las actividades humanas (Tala de arboles, minería, etc.). Por razones de equidad y de viabilidad, los gobiernos procuraron repartir los costos económicos de esa intervención exigiendo que los que contaminaban sufragaran el gasto que suponía la contaminación.

2.- Modelo Preventivo – "más vale prevenir que lamentar": Entendiendo que el modelo curativo solo resultaba eficiente al estar acompañado de un modelo preventivo, se marcó una nueva etapa que busca la protección del medio ambiente, la característica principal de esta nueva etapa es la idea de que la ciencia es capaz de evaluar y cuantificar los riesgos con precisión, y de que era posible utilizar el principio de prevención⁶ para eliminar o disminuir los daños futuros.

3.- Modelo Precautorio: Este tercer modelo surge por la necesidad de proteger al ser humano y a la naturaleza de riesgos inciertos resultantes de la acción del hombre. El nacimiento del Principio Precautorio⁷ marcó el paso de un control de los riesgos

⁵ Cfr. *En Informe del Grupo de Expertos sobre le Principio Precautorio*, COMEST, Paris 25 de Marzo de 2005.

⁶ Regulado en el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

⁷ El Principio Precautorio se regula en el Artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

posteriores al daño (responsabilidad civil como instrumento curativo) al nivel de control anterior al daño (medidas preventivas).

DÉCIMO NOVENO: Precaución significa adoptar medidas para proteger el medio ambiente y como consecuencia al ser humano, de los eventuales peligros de daños insubsanables –gravísimos–, generados por la actividad del hombre. La idea de precaución, y su aplicación a políticas medio ambientales y de salubridad no son nuevas, pues éstas datan del siglo XVII, así lo señala el informe *Lessons from Early Warnings* (Harremoës y otros, 200)⁸; y así han sido desarrolladas a nivel internacional.

VIGÉSIMO: Definiciones del Principio Precautorio en la legislación Internacional:

1.- Aceptando que, a fin de proteger el Mar del Norte de los posibles efectos nocivos de la mayor parte de las sustancias peligrosas, es necesario un **criterio de precaución** que puede requerir la adopción de medidas de control de los insumos de dichas sustancias incluso antes del establecimiento de una relación causal mediante pruebas científicas absolutamente claras⁹ (Resaltado nuestro).

2.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el **criterio de precaución conforme a sus**

⁸ "El Dr. John Snow que en 1854 recomendó retirar las manijas de las bombas de agua en Londres para detener una epidemia de cólera. Las evidencias de la relación causal entre la propagación del cólera y el contacto con las bombas de agua eran débiles y de ninguna manera había una 'prueba que no admitiera dudas razonables'. Sin embargo, esa medida sencilla y relativamente poco onerosa, resultó sumamente eficaz para impedir el contagio." Visto en el Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio, COMEST, París 25 de Marzo de 2005, pág. 9

⁹ Declaración de Londres (Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte 1987)

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación de medio ambiente.¹⁰

3.- 'El principio de precaución puede resultar necesario cuando los datos científicos sean insuficientes, poco concluyentes o dudosos, y cuando una evaluación científica previa ponga de manifiesto que se puede razonablemente temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal sean incompatibles con el elevado nivel de protección buscado por la Unión Europea'¹¹.

VIGÉSIMO PRIMERO: Definición del Principio Precautorio en la legislación Nacional:

El principio precautorio en el Perú se encuentra regulado, de manera similar a la citada en la Declaración de Río de 1992, así lo encontramos en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Medio Ambiente, Ley N° 28611:

Artículo VII.- Del principio precautorio. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

¹⁰ Declaración de Río (Naciones Unidas 1992)

¹¹ Comunicación de la UE sobre el PP (UE, 2000)

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

VIGÉSIMO SEGUNDO: De las referidas definiciones a nivel internacional y nacional del Principio Precautorio podemos coincidir con el *Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio*, cuando señalan que es aplicable al cumplirse con las siguientes condiciones: La existencia de un grado apreciable de incertidumbre, de hipótesis (modelos) sobre posibles daños que resulten científicamente razonables (basados en un razonamiento plausible desde un punto de vista científico), que la incertidumbre no pueda deducirse a corto plazo sin acentuar al mismo tiempo la ignorancia de los demás factores pertinentes mediante niveles más elevados de abstracción e idealización, **que el daño potencial sea suficientemente grave o incluso irreversible para las generaciones presentes o futuras o de otro modo moralmente inaceptable**; que sea indispensable proceder de inmediato, pues cualquier medida eficaz adoptada ulteriormente para contrarrestarlo resultaría mucho más difícil u onerosa.

VIGÉSIMO TERCERO: El Principio de In dubio Pro Reo. El principio de *In dubio pro reo*, es un principio de rango constitucional que rige en el Derecho Procesal Penal Penal –inciso 11, del artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “*La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflictos entre leyes penales.*”

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, Supremo Interprete de nuestra Constitución ha señalado que:

“(…) “El indubio pro reo no es un derecho subjetivo. Se trata de un principio de jerarquía constitucional **cuyo fin es garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual**, sea para resguardar su plena vigencia, sea para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla”. Por lo tanto su aplicación queda

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

librada a la culminación del proceso penal correspondiente, lo que no ha ocurrido en el caso de autos."¹² (Resaltado nuestro)

VIGÉSIMO CUARTO: Mediante el citado principio se busca garantizar la aplicación del derecho penal sin contravención del derecho fundamental de la libertad personal. **Es por ello, que el proceso penal se rige por el concepto de certeza probatoria para determinar la responsabilidad penal de un sujeto imputado**, y como consecuencia impone una sanción.

En esa línea argumentativa es que existen sentencias absolutorias dictadas por duda razonable, pues pese a la existencia de elementos probatorios que acreditarían la configuración de un delito, no resultan suficientes para demostrar la responsabilidad penal del imputado, por tanto al no existir certeza jurídica, se declara la absolución.

VIGÉSIMO QUINTO: Definidos y esclarecidos los conceptos de Principio Precautorio y Principio in dubio pro reo podemos afirmar que entre ellos no existe mayor conflicto o ambigüedad; en tanto el primero rige en el ámbito del derecho ambiental, y el segundo en el ámbito del derecho penal. Ambos con regímenes jurídicos totalmente distintos.

VIGÉSIMO SEXTO: Dilucidado el tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, resulta ahora necesario referirnos a los elementos objetivos del tipo penal regulado en el artículo 310 del Código Penal, resaltando sus peculiaridades. Presenta los siguientes elementos, tanto objetivos como subjetivos:

¹² STC. Exp. N.º 2103-2003-HC/TC, Caso MÉNDEZ CONDE, fundamento jurídico N.º 4

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

En primer lugar, no requiere una cualidad especial en el sujeto activo, por lo que cualquier persona puede cometerlo.

En segundo lugar, la acción típica se compone de tres elementos objetivos. **A.** La existencia de bosques u formaciones boscosas sean naturales o plantaciones. Es decir este tipo penal se circunscribe a proteger la afectación únicamente de dicho territorio, así en los artículos 27 y 28 de la reciente Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre¹³, se definen las clases de bosques. **B.-** La afectación o el daño a dichas áreas naturales se debe dar mediante la destrucción, quema o tala del territorio total o parcial. Es decir para la configuración del presente ilícito debe verificarse una afectación (daño no tolerable que será definido bajo los principios del derecho ambiental¹⁴) generado por acciones de quema o tala. **C.-** Por último, debe comprobarse que las citadas acciones (destrucción, quema o tala) fueron realizadas sin el permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente. Esto implica la necesidad de la existencia de una autoridad competente para emitir estos permisos; por tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público o institución para emitirlos para determinadas actividades lícitas, caso contrario la conducta será atípica. Los permisos, autorizaciones u otros que se otorguen por la autoridad competente al referirse a acciones que afectan al medio ambiente deben ser detallados, claras, sin ambigüedades y encontrarse previamente reguladas en la normativa pertinente.

¹³ Cfr. Con la similar regulación en el artículo 8 de la Ley Forestal y de Fauna N° 27308

¹⁴ Cfr. Peña Cabrera Freyre, Alonso R., Derecho Penal – Parte Especial, Tomo IV, DEMSA, Lima, Perú, 2013, pg. 316.

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

Finalmente, se advierte que se trata de un delito doloso, quedando descartada toda posibilidad de interpretar la existencia de una modalidad culposa. La configuración de uno de sus elementos objetivos, como lo es la ausencia de autorización u otro documento facultativo, forma parte del conocimiento público que toda persona diligente debe conocer y respetar.

VIGÉSIMO SÉTIMO: El tipo penal antes mencionado establece una limitación del lugar donde se puede dar la afectación al medio ambiente, como son los bosques u otras formaciones boscosas que sean naturales o plantaciones.

El tipo penal no precisa el origen de la competencia de la autoridad que a de emitir las autorizaciones o permisos. Por lo tanto, a efectos de su configuración, interesa la competencia de la autoridad, mas no su fuente. De ahí que ésta puede provenir de las distintas disposiciones normativas en sus diferentes grados; es decir, de rango constitucional, Ley, Decretos Supremos, entre otros. Lo importante es que se trate de una disposición que, válidamente, dote de competencia a la autoridad para emitir una autorización, permiso, u otro documento facultativo.

El tipo penal señala un número cerrado *-numerus clausus-* de actos administrativos, típicos para la configuración del delito, que son cuatro: Permiso, Autorización, Licencia, o Concesión¹⁵. Pudiendo, según sea el

¹⁵ Permiso.- Es el acto de naturaleza administrativa mediante el cual la Autoridad Forestal y de Fauna Silvestre otorga derechos para el aprovechamiento forestal con fines comerciales o industriales en tierras de propiedad privada, bosques secundarios y de plantaciones forestales y en bosques locales. Autorización.- Es el acto de naturaleza administrativa mediante el cual la Autoridad Forestal y de Fauna Silvestre otorga el derecho al titular, para el aprovechamiento sostenible de los bosques secos de la

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

caso, configurarse el delito con la sola ausencia de cualquiera de dichos documentos, pese a contar con otros. **Ejemplo:** Se puede tener la **concesión** de un territorio -título que adjudica áreas del Estado a favor de un tercero-, pero no con la **autorización** de cambio de uso de tierra, título que facultaría al tercero a modificar el territorio adjudicado para otro fin.

VIGÉSIMO OCTAVO: Teniendo conocimiento de los permisos que se necesitan para el desarrollo de ciertas actividades en el medio ambiente con el fin de evitar la contaminación o destrucción ambiental, resulta necesario precisar que la autorización de desbosque, y la autorización de cambio de uso de tierra, en la legislación pasada (Ley N° 27308) y en la vigente (Ley N° 29763) tienen diferente regulación, evidenciando que son actos administrativos diferentes e independientes:

Así, la **Autorización de desbosque** a titulares de operaciones y actividades distintas a la forestal, se regulaban por el artículo 17 de la Ley N° 27308, por el artículo 76 del D.S. N° 014-2001-AG; por la Ley N° 27446 y el artículo 3 del D.S. N° 002-2003-AG, actualmente es por el artículo 36 de la ley N° 29763; y el caso de la **Autorización de cambio de**

costa; para el establecimiento de especies forestales en viveros con fines de propagación, comercialización y conservación o con fines culturales; para el manejo y aprovechamiento de fauna silvestre en zoológicos, zoológicos, centros de rescate y centros de custodia temporal; el cambio de uso de tierras de aptitud agropecuaria de la selva; y, para la extracción de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación científico cultural (*Artículo 3° del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2001-AG*). <http://www.osinfor.gob.pe/osinfor/permisos-y-autorizaciones/>. Actualmente se encuentran regulados a lo largo de los artículos 39 (Títulos habilitantes) y 40 (actos administrativos que no constituyen títulos habilitantes) del reglamento para la gestión forestal, decreto Supremo N° 018-2015 – MINAGRI.

CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

USO de tierras con cobertura boscosa y que tengan aptitud agropecuaria, en selva y ceja de selva se encontraba previsto por el D.S. N° 014-2001-AG, artículo 287 y el D.S. N° 010-2009-AG; y actualmente en el artículo 38 de la ley N° 29763. En dicho sentido, si bien se cuenta con un título de adjudicación, uno de cambio de uso de tierra, debe poseerse asimismo un título que faculte el desbosque.

VIGÉSIMO NOVENO: Precisado lo anterior debemos resaltar que sea cual fuese el delito que se impute en materia ambiental u otra, al estar en el marco de un proceso de derecho penal, el cual actúa siempre en *ultima ratio*, dada la fuerte intromisión que puede ocasionar en los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la libertad de darse una sentencia condenatoria, con sanción de prisión privativa de la libertad, debe regirse bajo los principios de certeza y seguridad jurídica. En ese sentido, el principio que rige el derecho penal como anteriormente se señaló es el *in dubio pro reo*, es decir, para determinar la concurrencia del delito y más aún la responsabilidad penal del sujeto imputado se necesita certeza (suficientes elementos probatorios que desvirtúen el derecho constitucional de presunción de inocencia), de lo contrario se absolverá por duda razonable.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación de oficio en el proceso que se sigue contra Héctor Eduardo DONGO MARTÍNEZ y Carlos Alberto MARCOS CASTRO por la comisión del delito contra los Recursos Naturales, en la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

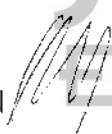
CASACIÓN N° 389-2014
SAN MARTÍN

modalidad de atentado contra los bosques o formaciones boscosas en agravio del Estado.

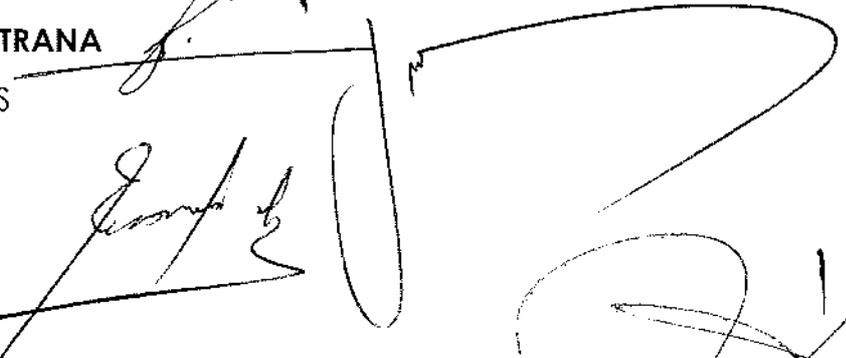
II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial, los fundamentos jurídicos **QUINTO A DÉCIMO SEXTO, Y VIGÉSIMO QUINTO A VIGÉSIMO OCTAVO** de la presente ejecutoria, los cuales se refieren a la regulación de la casación de oficio, la aplicación del principio precautorio (derecho ambiental) y principio in dubio pro reo (Derecho penal), así como la precisión de los elementos objetivos del tipo penal regulado en el artículo 310 del Código Penal.

III. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

SS.

VILLA STEIN 

RODRIGUEZ TINEO 

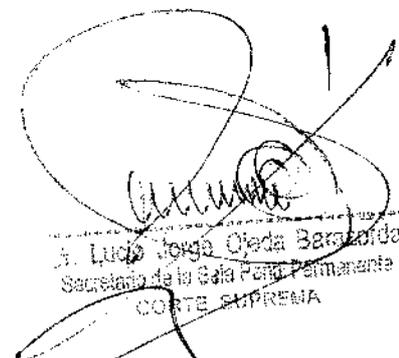
PARIONA PASTRANA 

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

JPP/ ejscd 

28 MAR 2016


Luis Jorge Ojeda Barahona
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA