

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal



**DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD CON
DESVINCULACIÓN PROCESAL, CONTROL DIFUSO DEL ART. 22
DEL CÓDIGO PENAL SOBRE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y
CONDENA SIN HOMOLOGACIÓN DE EXAMEN DE ADN EN EL
EXPEDIENTE N° 0623-2017**

Trabajo Académico presentado por el
abogado:

Medina Bellido, Alvaro Ranulfo

para optar el Título de
Segunda Especialidad en Derecho
Procesal Penal

Asesor:

Dr. Nalvarte Lozada, Juan Carlos

Arequipa – Perú

2023

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL PENAL
SEGUNDA ESPECIALIDAD CON TRABAJO ACADÉMICO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 12 de Septiembre del 2023

Dictamen: 010977-C-FCJyP-2023

Visto el borrador del expediente 010977, presentado por:

2021970961 - MEDINA BELLIDO ALVARO RANULFO

Titulado:

**DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD CON DESVINCULACIÓN PROCESAL,
CONTROL DIFUSO DEL ART. 22 DEL CÓDIGO PENAL SOBRE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y
CONDENA SIN HOMOLOGACIÓN DE EXAMEN DE ADN EN EL EXPEDIENTE N° 0623-2017**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**29548703 - MONTES DE OCA VALENCIA CARLOS ENRIQUE
DICTAMINADOR**



**45576129 - DELGADO ALATA DANTE GUSTAVO
DICTAMINADOR**



DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD CON DESVINCULACIÓN PROCESAL, CONTROL DIFUSO DEL ART. 22 DEL CÓDIGO PENAL SOBRE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA Y CONDENA SIN HOMOLOGACIÓN DE EXAMEN DE ADN EN EL

INFORME DE ORIGINALIDAD

8%

INDICE DE SIMILITUD

9%

FUENTES DE INTERNET

2%

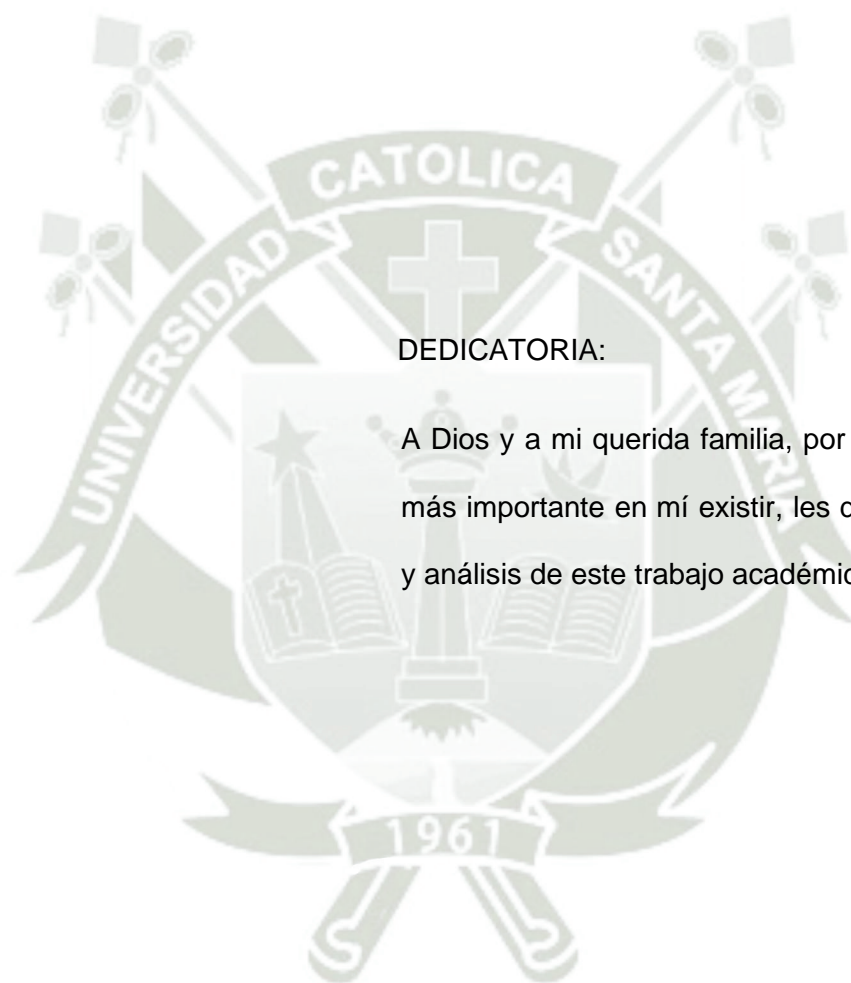
PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	2%
2	doku.pub Fuente de Internet	2%
3	vsip.info Fuente de Internet	1%
4	idoc.pub Fuente de Internet	1%
5	cdn.www.gob.pe Fuente de Internet	1%
6	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
7	vbook.pub Fuente de Internet	1%
8	vlex.com.pe Fuente de Internet	1%



DEDICATORIA:

A Dios y a mi querida familia, por ser mi guía y lo más importante en mí existir, les dedico el estudio y análisis de este trabajo académico.



AGRADECIMIENTO:

A la prestigiosa Universidad Católica de Santa María y a los docentes que me brindaron sus enseñanzas, demostrando con ello su alto nivel de profesionalismo.

RESUMEN

El presente trabajo académico se ha desarrollado en el estudio y análisis del Expediente judicial N°00623-2017-66-0401-JR-PE-03 (2017), el cual contiene los actos procesales realizados por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P. (13) postulado por el Ministerio Público, siendo que posteriormente el colegiado que tramitó el juzgamiento realizó la desvinculación procesal de este delito por el de violación sexual.

El proceso se inició a mérito de la denuncia interpuesta por el progenitor de la menor ante la comisaría de Santa Rita de Siguan, por hechos consistentes en que el día 13 de agosto del 2016 a horas 16.30, la menor tras retornar de jugar vóley llorando le cuenta a su progenitora que su amigo Fredy Condori Ramos le llamó para que se dirija al sector de la Leche Gloria por unos sembríos de quinua donde se encontraba libando licor con un joven de nombre Franklin Quispe Idme (imputado), dirigiéndose al lugar la menor, y en un momento éste último la llevó a dicho sembrado siendo ultrajada; a mérito de ello se realizan las diligencias preliminares en sede policial y fiscal, entre otros, las pericias médico legales, acta de entrevista de la menor en cámara Gessel, pericias biológicas forenses en prendas de la menor; posteriormente la fiscalía formaliza la investigación preparatoria, se formula el requerimiento de prisión preventiva en contra del imputado, medida coercitiva que es declarada infundada por el Juez de la Investigación Preparatoria, imponiéndose comparecencia restrictiva y caución económica; luego se da por concluida la investigación preparatoria; se realiza por parte del imputado y su defensa una solicitud de sometimiento al proceso de terminación anticipada, el cual no se llega a concretar por inasistencia a la audiencia del imputado y su defensor. La fiscalía formula el requerimiento de acusación fiscal por el delito de violación sexual de menor de edad (de 10 a menos de 14 años), tipificado en el artículo 173° inciso 2 del código penal, articulado vigente en ese entonces por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013), en agravio de la referida menor, siendo la imputación concreta, en síntesis, “en que el día de los hechos el imputado en estado de ebriedad, con violencia física, consistente en forcejeo, empujones para tumbarla al suelo y bajarle su short, abusó sexualmente con su miembro viril por vía vaginal de la menor agraviada”, desarrollándose la audiencia de control de acusación, en la cual se

declara saneada la acusación fiscal y la existencia de una relación jurídica procesal válida dictándose el auto de enjuiciamiento.

El juicio oral se desarrolló ante el 2° Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Arequipa, llevándose a cabo 15 sesiones continuadas, dentro de las cuales el colegiado se desvinculó del delito acusado por el Ministerio Público de violación sexual de menor de edad tipificado en el Art. 173° inciso 2, por el delito de violación de la libertad sexual tipificado en el Art. 170° segundo párrafo inciso 6 del código Penal, vigentes en ese tiempo por la citada ley; así también, el colegiado inaplicó la prohibición de reducción de la pena por responsabilidad restringida por la edad de 18 años del procesado hacia los delitos de violación sexual, establecida en el Art. 22° del código penal, vía control difuso, en razón al derecho a la igualdad; asimismo, el colegiado dispuso la prueba excepcional de ADN de homologación de restos seminales hallados en la trusa de la menor con las muestras del imputado, la cual no fue posible realizar; no obstante, se emitió sentencia condenatoria, por mayoría, con dos votos de los magistrados, declarando al procesado autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, previsto en el Art. 170. segundo párrafo inciso 6 del código penal, vigente en el momento de los hechos por la anotada ley, en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P, fijándose como reparación civil el monto de 5000 cinco mil soles; mientras que el tercer magistrado dejó constancia de su voto en discordia en el sentido que se absuelva al imputado de la acusación fiscal.

El sentenciado interpuso recurso de apelación, el cual luego de ser concedida, fue elevada a la Segunda Sala de apelaciones de Arequipa, la misma que, tras la audiencia de apelación, en la sentencia de vista, declaró infundado el recurso de apelación presentado por la defensa del sentenciado, confirmando la sentencia de primera instancia, que por mayoría declaró al sentenciado autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual previsto en el Art. 170° segundo párrafo inciso 6, vigente en el momento de la comisión de los hechos por la acotada ley, en agravio de la referida menor.

Posteriormente, la defensa técnica del sentenciado interpone recurso de casación en contra de la sentencia de vista, siendo admitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones y elevado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien finalmente declara inadmisibles dichos recursos de casación.

Palabras clave: Violación sexual, violencia física, desvinculación procesal, control difuso, responsabilidad restringida, homologación, sentencia condenatoria.

ABSTRACT

This academic work has been developed in the study and analysis of Judicial File N°00623-2017-66-0401-JR-PE-03 (2017), which contains the procedural acts carried out for the crime of sexual rape of a minor. age to the detriment of the minor with the initials J.A.N.P. (13) postulated by the Public Ministry, and subsequently the judge who processed the trial made the procedural separation of this crime from that of sexual rape.

The process began as a result of the complaint filed by the minor's parent before the Santa Rita de Siguanas police station, due to facts consistent with the fact that on August 13, 2016 at 4:30 p.m., the minor, after returning from playing volleyball, crying The minor tells his mother that his friend Fredy Condori Ramos called him to go to the Gloria Milk sector for some quinoa fields where he was drinking liquor with a young man named Franklin Quispe Idme (accused), and at one point the latter took her to said field, being abused; As a result of this, preliminary procedures are carried out at police and prosecutor's offices, among others, medical-legal examinations, minutes of the minor's interview in the Gessel camera, forensic biological examinations on the minor's clothing; Subsequently, the prosecutor's office formalizes the preparatory investigation, the request for preventive detention is formulated against the accused, a coercive measure that is declared unfounded by the Preparatory Investigation Judge, imposing restrictive appearance and financial bail; then the preparatory investigation is concluded; A request is made by the accused and his defense to submit to the early termination process, which is not carried out due to non-attendance at the hearing by the accused and his defense. The prosecution formulates the request for prosecution for the crime of sexual rape of a minor (from 10 to less than 14 years old), typified in article 173, paragraph 2 of the penal code, articulated in force at that time by law No. 30076. Law that modifies the penal code, criminal procedure code, criminal enforcement code and the children and adolescents code and creates records and protocols with the purpose of combating citizen insecurity (2013), to the detriment of the aforementioned minor, being the specific accusation, in summary, "in which on the day of the events the accused, in a state of intoxication, with physical violence, consisting of struggling, pushing to knock her to the ground and pull down her shorts, sexually abused her with his virile member vaginally. aggrieved minor", the hearing to control the accusation is held, in which the tax accusation is declared sound and the existence of a valid procedural legal relationship is issued, and the order of prosecution is issued.

The oral trial took place before the 2nd Supraprovincial Collegiate Criminal Court of Arequipa, holding 15 continuous sessions, within which the collegiate dissociated himself from the crime accused by the Public Ministry of sexual rape of a minor typified in Art. 173° paragraph 2, for the crime of violation of sexual freedom typified in Art. 170° second paragraph, paragraph 6 of the Penal Code, in force at that time by the aforementioned law; Likewise, the referee did not apply the prohibition of reducing the sentence for responsibility restricted by the age of 18 of the accused towards the crimes of sexual violation, established in Art. 22 of the penal code, via diffuse control, due to the right to equality; Likewise, the referee ordered the exceptional DNA test to homologate the seminal remains found in the minor's underwear with the samples of the accused, which was not possible to perform; However, a conviction was issued, by majority, with two votes of the magistrates, declaring the defendant the author of the crime against sexual freedom, in the form of sexual rape, provided for in Art. 170. second paragraph, paragraph 6 of the penal code. , in force at the time of the events by the noted law, to the detriment of the minor with the initials J.A.N.P, establishing as civil reparation the amount of 5,000 five thousand soles; while the third magistrate recorded his dissenting vote in the sense that the accused be acquitted of the tax accusation.

The convicted person filed an appeal, which after being granted, was submitted to the Second Court of Appeals of Arequipa, which, after the appeal hearing, in the hearing ruling, declared the appeal presented by the court to be unfounded. defense of the convicted person, confirming the first instance ruling, which by majority declared the convicted person to be the perpetrator of the crime against sexual freedom in the form of sexual rape provided for in Art. 170 second paragraph paragraph 6, in force at the time of the commission of those made by the limited law, to the detriment of the aforementioned minor.

Subsequently, the technical defense of the convicted person filed an appeal against the hearing ruling, which was admitted by the Second Criminal Court of Appeals and elevated to the Criminal Court of the Supreme Court of Justice of the Republic, who finally declared said appeal inadmissible. of cassation.

Keywords: Sexual rape, physical violence, procedural disengagement, diffuse control, restricted responsibility, homologation, conviction.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Resumen.....	iv
Abstract.....	vi
Introducción.....	1
Capítulo I Desarrollo del Proceso.....	3
1. Hechos.....	4
2. Investigación Preparatoria.....	5
2.1 Disposición de diligencias preliminares en sede fiscal.....	5
2.2 Formalización de la investigación preparatoria.....	5
2.3 Diligencias efectuadas.....	6
2.4 Medida de Coerción Procesal - Requerimiento de Prisión Preventiva.....	8
2.5 Solicitud de sometimiento al proceso de Terminación Anticipada.....	10
3. Etapa Intermedia.....	10
4. Juicio Oral.....	14
5. Sentencia de primera instancia.....	18
6. Apelación de sentencia de primera instancia.....	24
7. Sentencia de vista.....	25
8. Recurso de casación.....	27
Capítulo II Desarrollo de temas sustantivos y procesales penales del expediente con.....	30
marco normativo, doctrinario, jurisprudencial y análisis.....	30
1. En cuanto a temas sustantivos penales.....	31
1.1 La complicidad en los delitos de abuso sexual (había una campana).....	31
1.1.1 Marco normativo.....	31

1.1.2 Marco doctrinario.....	31
1.1.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	33
1.2 La responsabilidad (imputabilidad) restringida en delitos sexuales	34
1.2.1 Marco normativo.....	34
1.2.2 Marco doctrinario.....	35
1.2.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	36
1.3 Inaplicación de una norma legal vía control difuso	38
1.3.1 Marco normativo.....	38
1.3.2 Marco doctrinario.....	38
1.3.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	39
1.4 Alteración de la conciencia por ingesta de alcohol en delitos sexuales.....	41
cuando no hay dosaje ético en el acusado.....	41
1.4.1 Marco normativo.....	41
1.4.2 Marco doctrinario.....	42
1.4.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	43
1.5 El error de tipo en delitos sexuales, cuando el acusado niega los hechos.....	44
y su apreciación de oficio por los jueces.....	44
1.5.1 Marco normativo.....	44
1.5.2 Marco doctrinario.....	45
1.5.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	46
1.6 Determinación de la Pena: cuando concurre una circunstancia.....	47
atenuante privilegiada: el acusado recién cumplió 18 años y actuó.....	47
en estado de ebriedad.....	47
1.6.1 Marco normativo.....	47
1.6.2 Marco doctrinario.....	48

1.6.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	49
2. En cuanto a temas procesales penales.....	52
2.1 La prueba en delitos sexual: Aplicación del Acuerdo 02-2005.....	52
2.1.1 Marco normativo.....	52
2.1.2 Marco doctrinario.....	52
2.1.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	54
2.2 La decisión en mayoría por la condena y desvinculación de la condena.....	56
2.2.1 Marco normativo.....	56
2.2.2 Marco doctrinario.....	56
2.2.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	57
2.3 Participación de terceros cuando se advierte en el Juicio oral.....	59
2.3.1 Marco normativo.....	59
2.3.2 Marco doctrinario.....	59
2.3.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	60
2.4 Desvinculación procesal.....	62
2.4.1 Marco normativo.....	62
2.4.2 Marco doctrinario.....	62
2.4.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	63
2.5 El recurso de casación, errores en su formulación, con trascendencia.....	65
en el derecho de defensa del acusado.....	65
2.5.1 Marco normativo.....	65
2.5.2 Marco doctrinario.....	66
2.5.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	68
2.6 Valoración del examen de ADN en los delitos contra la libertad sexual.....	70
2.6.1 Marco normativo.....	70

2.6.2 Marco doctrinario.....	70
2.6.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.....	72
Capítulo III Análisis de caso concretamente.....	76
CONCLUSIONES.....	90
REFERENCIA.....	95



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el análisis y exposición del delito contra la libertad sexual, el cual, si bien fue postulado por el Ministerio Público en su acusación en la modalidad de violación sexual de menor edad, previsto y sancionado en el Art. 173° inciso 2 de Código Penal (de 10 a menos de 14 años), seguido en contra de Franklin Antoni Quispe Idme en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P. (13), por desvinculación procesal del colegiado que dirigió el juicio oral se consideró como delito de violación sexual establecido en el Art. 170° segundo párrafo inciso 6 del Código Penal, ambos articulados vigentes en los momentos de la comisión de los hechos por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013).

El trabajo académico está estructurado en tres capítulos: 1) desarrollo del proceso, 2) desarrollo de temas sustantivos y procesales del expediente con marco normativo, doctrinario, jurisprudencial y análisis 3) análisis del caso concretamente con las conclusiones.

En cuanto al primer capítulo, se realiza una presentación de la tramitación y desarrollo de las etapas del proceso penal común, esto es, etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral, además de la apelación de sentencia de 1ra instancia y el recurso de casación.

En el segundo capítulo, se realiza el desarrollo de temas sustantivos y procesales penales extraídos del presente expediente con su marco normativo, doctrinario, jurisprudencial y su respectivo análisis, como son: a) temas sustantivos penales: 1) complicidad en los delitos de abuso sexual (había un campana) 2) la responsabilidad (imputabilidad) restringida en los delitos sexuales, 3) inaplicación de una norma legal vía control difuso, 4) alteración de la conciencia por ingesta de alcohol en delitos sexual cuando no hay dosaje étílico en el acusado, 5) el error de tipo en los delitos sexuales, cuando el acusado niega los hechos y su apreciación de oficio por los jueces, 6) determinación de la pena: cuando concurre una circunstancia atenuante privilegiada: el acusado recién cumplió 18 años y actuó en estado de ebriedad; b) temas procesales penales: 1) la prueba en delitos sexuales: Aplicación del Acuerdo 2-2005, 2) la decisión en mayoría de la condena y desvinculación de la condena, 3) participación de terceros cuando

se advierte en el juicio oral, 4) desvinculación procesal, 5) el recurso de casación, errores en su formulación, con trascendencia en el derecho de defensa del acusado, 6) valoración del examen de ADN en los delitos contra la libertad sexual

En cuanto al tercer capítulo, se elabora el análisis del caso concretamente y luego se presenta las conclusiones arribadas.





CAPÍTULO I: DESARROLLO DEL PROCESO

1. Hechos

- Circunstancias anteriores

Los involucrados estaban libando licor en donde Fredy Condori Ramos le habría mostrado un video a Franklin Antoni Quispe Idme quien pregunta: “¿Ella es la se mueve bien?”, motivo por el que la agraviada preguntó de qué video hablan y se fue a su casa para volver más tarde por cuanto Fredy Condori Ramos le estaba mensajeando para que vuelva al lugar donde estaban libando licor.

- Hechos imputados y circunstancias concomitantes

Se imputa a Franklin Antoni Quispe Idme el hecho de que, el 13 de agosto de 2016 a las 15:00 a 16:00 horas aproximadamente, en el interior de los sembríos de quinua ubicado en el Pueblo Joven San Antonio del Distrito de Santa Rita de Siguaná-Arequipa, en estado de ebriedad, con violencia física consistente en forcejeo, empujones para tumbarla al suelo y bajarle su short, abusó sexualmente con su miembro viril por vía vaginal de la menor de iniciales J.A.N.P. (13) (*acceso carnal con su pene*), en donde Fredy Condori Ramos luego de quedarse con los celulares de la menor agraviada y apagarlos para que no se escuchen las llamadas que hacía su madre a la menor, se paró al ingreso de la chacra de quinua mirando de que ninguna persona se acerque al lugar donde se llevaban a cabo los hechos denunciados haciendo el papel de “campana”; todo ello en circunstancias que aproximadamente a las 14:30 horas del día 13 de agosto del 2016, la menor J.A.N.P (13), salió de su domicilio a jugar vóley, regresando a las 16:30 horas aproximadamente, llorando e indicando que uno de sus amigos de nombre Fredy Condori Ramos tenía sus celulares, posteriormente le cuenta a su madre que el señor antes mencionado la llamo a su celular para que se dirija al sector de la Leche Gloria en una zona en que existe sembrado de quinua, sitio en que se encontraban libando licor con otro joven de nombre Franklin Quispe Idme, quien la llevó al medio del sembrado de quinua contra su voluntad siendo ultrajada por este sujeto, momento en que la menor se escapó dejando al presunto autor del delito en el lugar de los hechos, quien incluso le habría dicho a la menor “*no grites, vete a tu casa aquí no ha pasado nada*”.

- **Circunstancias posteriores**

El hermano de la agraviada posteriormente habría recuperado los celulares de la menor agraviada y su padre procedió a asentar la denuncia respectiva ante las autoridades correspondientes.

2. Investigación preparatoria

2.1 Disposición de diligencias preliminares en sede fiscal

- Mediante Disposición N° 01-2016. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2016) de fecha 04 de noviembre del 2016, se dispuso promover diligencias preliminares a cargo de ese Despacho Fiscal por el plazo de 60 días naturales.

2.2 Formalización de la investigación preparatoria

- Mediante Disposición N° 02-2016. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2016) de fecha 20 de diciembre del 2016, se formalizó y continuó la investigación preparatoria en contra de Franklin Antoni Quispe Idme, como presunto autor de Delito de violación sexual de menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal (vigente en el momento de los hechos, ley 30076), en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P. (13) en la vía del proceso común, sin perjuicio de emplearse cualquiera de los procesos especiales de ser el caso.
- Con Requerimiento Fiscal. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa Quinto Despacho Fiscal (2016) de fecha 20 de diciembre del 2016, se formuló el pedido de prisión preventiva en contra de Franklin Antoni Quispe Idme, ante el Juzgado de Investigación preparatoria de Turno de Cercado de Arequipa, conforme a lo prescrito por el Artículo 268° del Código Procesal Penal, solicitando se fije día y hora para la realización de la Audiencia de procedencia de Prisión Preventiva.
- Mediante Disposición N° 03-2017. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2017) de fecha 29 de mayo del 2017, se dispuso

prorrogar el plazo de la investigación preparatoria por 60 días naturales, a fin de realizar diligencias pendientes, comunicando dicha disposición al Juez de la Investigación preparatoria.

- Mediante Disposición N° 04-2017. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2017) de fecha 21 de junio del 2017, se dispuso la conclusión de investigación preparatoria, en el proceso seguido en contra de Franklin Antoni Quispe Idme, como presunto autor de Delito de violación sexual de menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal (vigente en el momento de los hechos), en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P. (13), y conforme a su estado formúlese el correspondiente Requerimiento Fiscal.
- Mediante Requerimiento Fiscal. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa Quinto Despacho Fiscal (2017) de fecha 27 de junio del 2017, se solicita ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, la revocatoria de la comparecencia con restricciones que pesa sobre el imputado Franklin Antoni Quispe Idme, y conforme a la Resolución N° 05-2017. Corte Superior de Justicia de Arequipa Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria (2017) de fecha 26 de abril de 2017, se ordene su Prisión Preventiva hasta por 09 meses.

2.3 Diligencias efectuadas

- Se recepcionó el acta de denuncia verbal ante la comisaría de Santa Rita de Sigwas presentada por el Sr. Carlos Vicente Napan Santos, progenitor de la menor agraviada de iniciales J.A.N.P. (13).
- Se realizó acta de entrevista, en el cual la Policía Nacional verifica el domicilio del denunciado
- Se recepcionó el Certificado Médico Legal N° 020781-IS, por integridad sexual, de la menor de agraviada de iniciales J.A.N.P. (13)
- Se recepcionó el Certificado Médico Legal N° 021061-IS, por lesiones, de la menor de agraviada de iniciales J.A.N.P. (13)
- Se recepcionó copia de partida de nacimiento de la menor agraviada de iniciales J.A.N.P. (13).

- Se realizó una Inspección Técnico Policial en el lugar de los hechos, mediante inspección panorámica ilustrativa con tomas fotográficas.
- Se realizó croquis del lugar de los hechos
- Se realizó acta de entrevista única de menor agraviada realizada en cámara Gesell
- Se recepcionó prendas de vestir de menor agraviada (polo, short, sostén y trusa) que las tenía puestas el momento de los hechos.
- Se recepcionó el Dictamen Pericial de Biología Forense N° 2016001000624 practicado a la menor agraviada, el mismo que concluye en hisopado de contenido vaginal no se encontró espermatozoides.
- Se recepcionó 24 muestras fotográficas presentadas por el progenitor de la menor agraviada del lugar donde sucedieron los hechos.
- Se recepcionó dictamen pericial físico N° 780-2016, el cual concluye: en muestra polo rosado, presenta adherencia de manchas pardas y amarillas; en muestra short morado, presenta roturas por uso y contacto con superficie dura, desgaste por contacto con superficie dura y adherencias de machas blanquesinas; en muestra sostén color blanco, no presenta características de interés criminalístico; en muestra trusa color celeste, adherencias de manchas pardo oscuras.
- Se recepcionó dictamen pericial de Biología Forense N° 1377-2016, el cual concluye: en la muestra M1 (polo), M2 (short), M3 (sostén) y M4 (calzón), no se encontró restos hemáticos para estudio; al examen espermatozoides incompletos en la cantidad indicada acompañado de citología del epitelio vaginal en la descripción M4 (calzón).
- Se recepcionó el protocolo de pericia psicológica N° 030471-2016-PSC practicado a la menor agraviada de iniciales J.A.N.P. (13), el cual concluye: A. presenta capacidad intelectual dentro de los parámetros de la normalidad. B. Estado emocional con síntomas ansiosos. C. Menor con personalidad de inicio estructuración, con rasgos de ser insegura, presenta baja autoestima, de actitud apática, con sentimientos de culpa e incomodidad.
- Se recepcionó la declaración de Yan Carlos Napan Perlacios, hermano de la menor agraviada.
- Se recepcionó la declaración del imputado Franklin Antoni Quispe Idme, en presencia de su abogado, el cual guardó silencio.

2.4 Medida de Coerción Procesal - Requerimiento de Prisión Preventiva.

- La Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa Quinto despacho fiscal, formuló el requerimiento de prisión preventiva en contra de Franklin Antoni Quispe Idme, conforme a lo prescrito por el Artículo 268° del Código Procesal Penal.
- La audiencia de prisión preventiva se realizó el 26 de abril del 2017, por ante el Tercer Juzgado de Investigación preparatoria, en la que el Juez resolvió: declarar infundado el requerimiento fiscal de Prisión Preventiva, y dictó la medida de comparecencia restrictiva en contra de Franklin Antoni Quispe Idme, debiendo el procesado cumplir las siguientes reglas de conducta: a) la obligación de comparecer ante la fiscalía las veces que sea citado y en la medida que se considere imprescindible su presencia; b) La obligación de justificar sus actividades, no necesariamente en forma personal, sino mediante escrito dirigido al Juez dando cuenta de sus actividades lícitas con suscripción de la firma del procesado, ello cada quince días; c) La prohibición de ausentarse del domicilio y la localidad donde vive salvo comunicación y autorización del Juez; d) La obligación de prestar una caución económica libremente ofrecida por la defensa técnica ascendente a S/. 2000.00 soles, confiriéndose el plazo de cinco días, para el depósito respectivo, para asegurar la presencia del procesado durante el trámite del proceso; haciendo de conocimiento que en caso se incumpla alguna de estas reglas de conducta, se revocará la comparecencia restrictiva y dictará prisión preventiva, hasta por un plazo no superior a 09 meses.
- El razonamiento del Juez para declarar infundada la prisión preventiva se basa en que en el relato de la menor no indica que el procesado habría abusado de ella, lo hace a partir de otras interrogantes que se formula, en los dos primeros pasajes de su relato no dice nada de la violación, lo dice después; por lo que para el Juez el relato de la menor pierde espontaneidad, pues ésta surge de una verdad que debe fluir en forma natural y de inmediato; en cuanto a la pericia biológica forense, no hay nada que suponga que el líquido prostático pertenezca al procesado, por lo que no existe suficientes elementos de convicción; además señala que el procesado si tiene arraigo domiciliario, familiar y laboral de calidad, pues tiene familia constituida

por su madre, abuela y hermanos, vive en el inmueble de su abuela, tiene trabajo y boletas de pago, por lo que en cuanto al peligro de fuga solo se tiene gravedad de la pena; en cuanto a la proporcionalidad, esta resulta idónea, pero no necesaria, dado que cuenta con familia, trabajo y domicilio, siendo que puede afrontar el proceso con comparecencia restrictiva, asimismo, la prisión preventiva no puede reputarse ponderada.

- Con Requerimiento Fiscal. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa Quinto Despacho Fiscal (2017) del 27 de junio del 2017, se peticiona ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, la revocatoria de la comparecencia con restricciones que pesa sobre el imputado Franklin Antoni Quispe Idme, y conforme a la Resolución N° 05-2017. Corte Superior de Justicia de Arequipa Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria (2017) del 26 de abril de 2017 se ordene su Prisión Preventiva hasta por 09 meses, en razón que el imputado a incumplido las siguientes reglas de conducta ordenas en la citada resolución: a) no concurrió a la citación del Ministerio Público para su rendir su declaración el 19 de junio del 2017; b) no justificó sus actividades lícitas ante el Juez de la causa firmando personalmente el escrito y presentándolo al Juzgado cada 15 días; c) no depositó la caución de S/. 2000.00 dentro de los 05 días de emitida la resolución N° 05.
- El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria convocó para la audiencia de revocatoria de comparecencia para el 10 de agosto del 2017, llevándose a cabo la misma, en la que el Ministerio Público señaló el incumplimiento de las reglas de conducta indicadas en su escrito de requerimiento; a su turno, la defensa del imputado señaló que el abogado anterior que lo patrocinó no le hizo conoce sobre las reglas de conducta que debería cumplir, en cuanto a la notificación fiscal para que brinde su declaración para el 19 de junio 2017, se le notificó en una dirección distinta a su domicilio; respecto a la no justificación de sus actividades ante el Juez, señala que no tenía conocimiento de la obligación de firmar, presentándose posteriormente ante el Juez el 17 y 27 julio del 2017 y 08 de agosto del 2017; y respecto al pago de la caución, el abogado anterior no le avisó del pago, pero lo canceló con fecha 22 de junio del 2017 antes del requerimiento de revocatoria de fecha 28 de agosto del 2017.

- El Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria resolvió declarando infundado el requerimiento de revocatoria de la comparecencia restrictiva, fundamentando se decisión en que el procesado cumplió en justificar sus actividades el 17 y 27 de julio 2017 y 08 de agosto del 2017, pero no lo hizo anteriormente, en cuanto a la caución la ha cancelado después del plazo concedido pero antes del requerimiento de revocatoria de fecha 28 de agosto 2017, y en relación a la obligación de comparecer a la fiscalía las veces que sea requerido no la ha cumplido; por lo que al obrar ponderadamente, razona en que dos reglas han sido superadas, pudiendo presentarse ante la fiscalía en el plazo de tres días u otro plazo, por lo que la medida solicitada de revocatoria no resulta ponderada.

2.5 Solicitud de sometimiento al proceso de Terminación Anticipada.

- El imputado y su defensa técnica presentaron al Tercer Juzgado de investigación preparatoria, de conformidad al Art. 468, inciso 2, del CP, una solicitud de sometimiento al proceso de terminación anticipada, para lo cual peticiona la realización de la audiencia respectiva; asimismo, requieren a la primera fiscalía provincial corporativa de Arequipa el sometimiento a dicho proceso, solicitando la fijación de fecha y hora para las reuniones preliminares. Posteriormente, la audiencia de Terminación anticipada se realizó el 03 de noviembre del 2017, a la cual no asistieron el imputado ni su abogado defensor, y el fiscal informa al juez que no hubo reunión con la defensa técnica para la fijación de pena y reparación civil y que se formuló la acusación correspondiente; el juez resolvió, que ante la ausencia en la audiencia del procesado y su defensa, no es posible instalar la misma, además de demostrar falta de interés en el procedimiento, por lo que dispone el archivamiento definitivo del expediente de terminación anticipada.

3. Etapa intermedia

- Con fecha 13 de octubre del 2017, la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa formula la acusación fiscal en contra de Franklin Antoni Quise Idme, por el presunto delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad previsto y sancionado en el Art. 173° inciso 2 del Código Penal (de 10 a menos de 14 años), vigente en los momentos de los hechos por la ley 30076,

en agravio de la menor J.A.N.P. (13). Siendo los hechos atribuidos: que los involucrados el 13 de agosto 2016 estaban libando licor en donde Fredy Condori Ramos le habría mostrado un video a Franklin Antoni Quispe Idme quien pregunta: “¿Ella es la se mueve bien?, motivo por el que la agraviada preguntó de qué video hablan y se fue a su casa para volver más tarde por cuanto Fredy Condori Ramos le estaba mensajeando para que vuelva al lugar donde estaban libando licor; para luego a horas 15:00 a 16:00 horas aprox. se imputa a Franklin Antoni Quispe Idme, que en el interior de los sembríos de quinua ubicado en el Pueblo Joven San Antonio del Distrito de Santa Rita de Sigwas-Arequipa, en estado de ebriedad, con violencia física consistente en forcejeo, empujones para tumbarla al suelo y bajarle su short, abusó sexualmente con su miembro viril por vía vaginal de la menor de iniciales J.A.N.P. (13) (*acceso carnal con su pene*), en donde Fredy Condori Ramos luego de quedarse con los celulares de la menor agraviada y apagarlos para que no se escuchen las llamadas que hacía su madre a la menor, se paró al ingreso de la chacra de quinua mirando de que ninguna persona se acerque al lugar donde se llevaban a cabo los hechos denunciados haciendo el papel de “campana”; posteriormente le cuenta a su madre que el señor antes mencionado la llamo a su celular para que se dirija al sector de la Leche Gloria en una zona en que existe sembrado de quinua, sitio en que se encontraban libando licor con otro joven de nombre Franklin Quispe Idme, quien la llevó al medio del sembrado de quinua contra su voluntad siendo ultrajada por este sujeto, momento en que la menor se escapó dejando al agresor.

- Los elementos de convicción que el Ministerio Público ha postulado son:
 - Acta de Denuncia verbal
 - Acta de entrevista personal de fecha 15 de agosto 2016, en el cual el efectivo SOT1 Santos Carrillo verifica el domicilio del denunciado
 - Certificado Médico Legal N° 020781-IS practicada a la menor, que concluye que presenta lesiones traumáticas recientes externas de origen contuso, presenta signos de desfloración antigua y no presenta actos contra natura
 - Copia de DNI y copia certificada de partida de nacimiento de la menor agraviada;
 - Acta de entrevista única de la menor;
 - Acta de inspección Técnico policial, croquis y DVD del lugar inspeccionado;

- 24 muestras fotográficas presentadas por Carlos Vicente Napan Santos;
 - Dictamen Pericial Físico N° 780-2016;
 - Protocolo de Pericia Psicológica N° 030471-2016-PSC;
 - Dictamen Pericial de Biología Forense N° 1377-2016;
 - Declaración testimonial de Yan Carlos Napan Perlacios.
- En cuanto al grado de participación del imputado se le atribuye como autor del caso, y se señala la no existencia de ninguna circunstancia de que modifique la responsabilidad del imputado; y en cuanto a la cuantía de la pena se solicita Treinta años de pena privativa de la libertad por el delito imputado. Se solicita como reparación civil un monto de 10000 mil soles
- Los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público fueron:

Testigos:

- Declaración de Yan Carlos Napan Perlacios
- Declaración del efectivo policial ST1 PNP Santos Carrillo Cana
- Declaración del efectivo policial SS PNP Elver Pumacayo Meza

Agraviada: DVD que contiene la declaración de la menor agraviada J.A.N.P. (13) conforme al Acta de entrevista Única en Camara Gessel.

Prueba pericial:

- Examen al perito Zenobio Hernán Polar Villanueva
- Examen al perito José Darío Maquera Bustinza
- Examen al perito Carmen Giuliana Mariño Salas
- Examen al perito John F. Pro Ramirez

Prueba Documental:

- Copia de DNI y copia certificada de Partida de nacimiento de la menor de iniciales J.A.N.P.
- Acta de Entrevista Única de la menor de iniciales J.A.N.P. (13)
- Muestras fotográficas presentada por Carlos Vicente Napan Santos

Prueba Material:

- DVD de la cámara Gessel y DVD que contiene 25 fotografías tomadas durante la Inspección Técnico Policial en el lugar de los hechos.
- Se precisa que durante la Investigación Preparatoria no se ha dictado medida coercitiva contra el imputado.
- La defensa del acusado en su escrito de absolución de la acusación, formula oposición sustancial, solicitando el sobreseimiento a favor del acusado Franklin Antoni Quispe Idme, al amparo del artículo 344°, numeral 2, inc. a) del código adjetivo: el hecho de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, argumentando que el hecho imputado no puede atribuirse a su patrocinado por no existir suficientes elementos de convicción para solicitar fundadamente su enjuiciamiento, puesto que solo existe meras imputaciones no corroboradas con datos objetivos, resaltando la presunción de inocencia que le asiste al imputado.
- La audiencia preliminar de control de acusación se realizó el 18 de junio del 2018, por ante el 3er. Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, en la cual la fiscalía expuso su requerimiento de acusación; la defensa solicitó el sobreseimiento de la causa, argumentando la no existencia de suficientes elementos de convicción para solicitar el enjuiciamiento de su patrocinado, y cuestionando: el acta de entrevista de la menor en cámara Gessel, indicando que fue realizada después de 3 meses y 12 días, lo que hace que haya perdido espontaneidad y eficacia y que contiene una serie de impresiones; el protocolo de pericia psicológica; el CML N° 20781 señalando que este no prueba que haya sido violentada la menor; el dictamen pericial de biología forense que describe que al hisopado vaginal no se observó espermatozoides; el dictamen pericial físico, cuestionando que la menor no describió las características de las prendas y que esta pericia señala que estas no han sido violentadas, solo que se encontró signos de tierra; el dictamen pericial de biología forense en la cual describe que en la trusa de la menor solo se encontró trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos, los cuales no pueden ser atribuidas al imputado por ausencia de la prueba genética de ADN; el acta de inspección técnico policial del lugar de los hechos, realizada 3 meses y 7 días

después de los hechos, no siendo relevante por el transcurso del tiempo, y la declaración del testigo Jean Carlo Napan, hermano de la menor, que presenta imprecisiones. La fiscalía sostuvo que la argumentación de la defensa es una valoración de pruebas que no corresponde a esta etapa. La Juez se resolvió declarando infundado el pedido de sobreseimiento solicitado por la defensa, y declarando saneada la acusación fiscal y la existencia de una relación jurídica procesal válida, bajo el razonamiento de que de los medios de prueba ofrecidos por la fiscalía, como declaraciones testimonial de Jean Carlo Napan, pruebas periciales del CML N° 20781-IS, dictamen pericial físico 780-2016, examen psicológico, el dictamen pericial forense 1377-2016 practicado a la prenda de la menor y 24 fotografías del lugar de los hechos, se tiene que el hecho sí se realizó, y que la valoración de los medios de prueba se realiza en la etapa de juicio oral; dictando el auto de enjuiciamiento en contra de Franklin Antoni Quispe Idme y disponiendo la remisión de los actuados al juzgado penal colegiado.

4. Juicio oral

- Con Resolución N° 01. Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial (2018), se cita a juicio oral para el 21 de agosto del 2018 a las 08:15 horas, a la que deberán asistir el acusado, su abogado defensor, el representante del Ministerio Público, agraviado, órganos de prueba (testigos y peritos), dictando los apercibimientos de ley; dispone formar el expediente judicial, que comprende el expediente judicial para la prueba y el expediente judicial para el debate.
- El juicio oral se llevó a cabo el 21 de agosto del 2018, desarrollándose en sesiones consecutivas: en la primera sesión llevada a cabo este día, el Ministerio Público y la defensa de imputado realizan sus alegatos de apertura, luego el Juez le pregunta al acusado sí reconoce los cargos, respondiendo que es inocente de los cargos imputados; el Ministerio Público indica que no tiene nueva prueba por ofrecer, la defensa solicita se admita nueva prueba consistente en la declaración del testigo Fredy Rigoberto Condori Ramos y expone su pedido, el Juez resuelve declarando fundada la petición de la defensa respecto del ofrecimiento de dicho testigo.

- En la segunda sesión del 28 de agosto del 2018, se realizan convenciones probatorias entre el Ministerio Público y la defensa: respecto a la edad de la menor agraviada de 13 años al día de los hechos; que previo a los hechos el acusado, el señor Fredy Condori Ramos y la menor agraviada estuvieron libando licor; que los hechos denunciados habrían ocurrido en los sembríos de quinua ubicados en el pueblo joven San Antonio-Santa Rita de Siguaná; el certificado médico legal N° 020781 practicado a la menor data del 13 agosto del 2016, en donde menciona que un desconocido abusó de ella, presenta escoriación en rodilla derecha, presenta signos de desfloración antigua y no actos contra natura, la menor no presenta lesiones en cabeza, cuello, torax, espalda, abdomen, y miembros superiores; seguidamente se inicia la prueba personal con la declaración de los testigos Yan Carlos Napana Perlacios y del efectivo PNP Santos Walter Carrillo Cama, siendo interrogados por el Ministerio Público y contra y recontra interrogados por la defensa, declaración de la perito Carmen Giuliana Mariño Salas, siendo examinada por el Ministerio Público y contra y recontra examinados por la defensa.
- En la tercera sesión del 10 de setiembre del 2018, se continuó con la prueba personal, declaración del perito John Fidguer Pro Perez, respecto de su pericia biológica forense, siendo examinado por la fiscalía y contra examinado por la defensa del acusado; con la declaración del testigo de la defensa, Fredy Condori Ramos, siendo interrogado y re interrogado por la defensa y contra interrogado y recontra interrogado por la fiscalía.
- En la cuarta sesión del 19 de setiembre del 2018 declaró el testigo efectivo PNP Elver Sabino Pumacayo Meza, siendo interrogado por la fiscalía y contra interrogado por la defensa; se examinó al perito PNP José Darío Maquera Bustinza siendo examinado y re examinado por la fiscalía; asimismo, se prosiguió con la prueba documental de la Fiscalía de oralización de fotografías.
- En la quinta sesión del 27 de setiembre del 2018 se realiza la visualización de entrevista en cámara Gessell, en la cual la fiscalía reproduce el acta de entrevista del 25 de noviembre del 2016 y el video de la entrevista; el colegiado manifiesta la posibilidad de desvinculación jurídica de la calificación jurídica postulada por la fiscalía, señalando que los hechos podrían ser tipificados en el Art. 170°, primer

párrafo concordado con el segundo párrafo Inc. 6 del Código Penal, ante lo cual la fiscalía y la defensa solicitan el plazo que establece la ley para la evaluación de la desvinculación.

- En la sexta sesión del 03 de octubre del 2018, la fiscalía precisa el aporte de la cámara Gessel visualizada, y se pronuncia sobre la desvinculación, ratificándose en su acusación inicial y que no tiene pruebas que ofrecer al respecto; la defensa resalta aspectos de la declaración de la agraviada, manifiesta su conformidad sobre la desvinculación y solicita se practique una prueba de ADN al imputado; el colegiado resuelve declarando improcedente el pedido de la defensa de prueba de ADN, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer como prueba excepcional al final del proceso.
- En la séptima sesión del 04 de octubre del 2018, el colegiado pregunta si las partes desean ofrecer prueba extraordinaria; la fiscalía señala que para alcanzar la verdad existe la posibilidad de efectuarse la prueba extraordinaria biológica de ADN en el laboratorio llamado Biosyn-ADN con la muestra que se tiene, y solicita que el imputado se apersona a las instalaciones del laboratorio para la toma de la muestra, a lo que la defensa no se opone; el colegiado resuelve declarar fundada la petición fiscal de admitir como prueba excepcional, conforme al Art. 385 del Código Procesal Penal, la prueba pericial de cotejo de la muestra hallada en la prenda interior de la agraviada y la muestra que se obtendrá del imputado, para lo cual ordena la toma de la muestra del imputado en el citado laboratorio con los apercibimientos del caso.
- En la octava sesión del 16 de octubre del 2018, la fiscalía comunica que se ha realizado la toma de muestras del ADN el 09 de octubre del 2018, además solicita se admita como prueba excepcional la oralización de la transcripción del acta de entrevista única, la declaración personal de Carlos Napan Santos y Clarisa Tarsila Perlacios Acrota, a lo que no se opone la defensa; el colegiado resolvió declarar infundada la petición de actuar el acta de entrevista única de la menor y la declaración de Clarisa Tarsila Perlacios Acrota, y fundada respecto a la declaración de Carlos Napan Santos, a efectos de que declare cómo tomó conocimiento de los hechos, la forma y circunstancias como hizo su denuncia.

- En la novena sesión del 26 de octubre del 2018, se dio cuenta de la remisión de los resultados de la prueba de ADN; la fiscalía estando a los resultados solicita como prueba excepcional la declaración de la perito bióloga Keisy T. Beltrame Pulcha, asimismo, se realice un debate pericial, la defensa no se opone; el colegiado declaró fundado la petición fiscal en cuanto requiere la declaración de la perito Keisy T. Beltrame Pulcha, e improcedente, por el momento, la solicitud fiscal del debate contradictorio entre la perito bióloga que realizó la prueba de ADN y la perito bióloga que realizó el primer examen a la ropa interior de la agraviada, dejando a salvo a la parte que de verificarse en audiencia alguna contradicción en cuanto a un aspecto entre ambos peritos pueda requerirlo en su oportunidad.
- En la décima sesión del 08 de noviembre del 2018, declara la testigo del Ministerio Público bióloga Keissi Beltrame Pulcha sobre la pericia A976, quedando pendiente el resultado de la otra pericia.
- En la onceava sesión del 14 de noviembre del 2018, declara el testigo Carlos Napan Santos, siendo interrogado por la fiscalía y contra interrogado por la defensa.
- En la doceava sesión del 22 de noviembre del 2018, se da cuenta de un escrito remitido por el laboratorio Biosyn ADN con el que remite la pericia de ADN, declarando y exponiendo al respecto la perito Keissi Beltrame Pulcha sobre la pericia de homologación de ADN.
- En la treceava sesión del 30 de noviembre del 2018, la fiscalía y la defensa realizan sus alegatos de clausura.
- En la catorceava sesión del 04 de diciembre del 2018, se emite el fallo por mayoría, declarando a Franklin Antoni Quispe Idme autor del delito Contra la Libertad Sexual, previsto y sancionado en el Art. 170, primer párrafo, concordado con el segundo párrafo Inc. 6to. del código penal en agravio de la persona JANP, articulado vigente por la ley N° 30076, imponiéndosele 5 años de pena privativa de la libertad de carácter efectiva, la cual será cumplida una vez que quede firme; fundada en parte la pretensión civil, fijando la suma de S/ 5000 soles.

- En la quinceava sesión del 14 de diciembre del 2018, se dio la lectura del fallo antes indicado, disponiendo su notificación en los domicilios procesales de las partes.

5. Sentencia de primera instancia

- En la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018, el colegiado en su parte resolutive falla por mayoría, con dos votos de los magistrados, declarando a Franklin Antoni Quispe Idme autor de delito Contra la Libertad sexual, en la modalidad de violación sexual previsto y sancionado en el artículo 170º, inc. 6 del segundo párrafo de código penal, artículo vigente en ese tiempo por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013), en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P, imponiéndole 05 años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva, suspendiendo su ejecución hasta que obtenga calidad de firme, inhabilitándolo, entre otros, para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior; disponiendo sea sometido a un tratamiento terapéutico, se fijó por concepto de reparación civil el monto de S/ 5000.00 (cinco mil soles), se inaplicó vía control difuso el segundo párrafo del artículo 22 del CP por delito de violación sexual en consideración a la edad del agente al tiempo de los hechos, siendo sus fundamentos:
 - El colegiado en la valoración integral de la prueba aportada plantea como objeto de debate: determinar si el acusado Quispe Idme, el 13 de agosto de 2016, entre las 15:00 a 16:00 horas, en los sembríos de Quinoa del Pueblo Joven San Antonio de Santa Rita de Sigwas, abusó sexualmente, penetrando su miembro viril en la cavidad vaginal de la menor agraviada de iniciales J.A.N.P. (13 años); y determinar si el acusado en el abuso sexual, estuvo ebrio, ejerció violencia hacia la menor consistente en forcejeo, empujones y tumbarla al suelo; y si era consciente de la edad de la menor; para lo cual el colegiado considera como acreditada la variable incriminatoria de **Acceso Carnal**, con la declaración de la menor agraviada en cámara Gessel, la cual se encuentra corroborada con la declaración del perito Jhon Pro Perez, quien explicó su pericia biológica forense N° 1377-2016, realizada sobre las prendas de la menor (polo, short, sostén y

calzón), precisando que en la cara interna de la entrepierna del calzón halló regular cantidad de mancha pardo amarillenta impregnada, siendo estos restos seminales, espermatozoides incompletos y líquido prostático, lo que determina que una persona masculina dejó dichos restos con su miembro viril al tener contacto con la cavidad vaginal de la menor; con la declaración de la psicóloga Carmen Giuliana Mariño Salas, quien en su examen psicológico concluyó que la menor presenta estado emocional ansioso, tensión malestar, incomodidad, preocupación y cierto temor, que lo relaciona con el hecho de la relación sexual; con las declaraciones de los testigos Yan Carlos Napan Perlacios y Carlos Napan Santos, hermano y padre de la menor respectivamente, quienes señalaron que la menor les dijo que fue ultrajada por Franklin Quispe; asimismo, el colegiado señaló, respecto de la tesis defensiva de que los resultados de la prueba de ADN no encontraron ADN de un hombre, cuestionando con ello la responsabilidad del acusado, que el laboratorio de ADN equivocadamente realizó la pericia sobre un solo punto de la prenda short en la cual no se encontró restos seminales y que era insuficiente el área de análisis, y conforme a la declaración de la bióloga Kelsy Beltrame Pulcha (del laboratorio de ADN), al explicar los resultados de la pericia en la trusa, indicó que se realizó la pericia en el punto centro de la entrepierna de la trusa y otros dos puntos en el lateral izquierdo y derecho, es decir, innecesariamente en estos dos puntos laterales ya que el perito Jhon Pro halló restos espermatozoides incompletos solo en la entrepierna de la trusa, de lo que se infiere el colegiado, que en concreto la pericia de ADN solo se hizo en un solo punto de la zona en donde se halló los restos de espermatozoides y líquido seminal, no cumpliendo con la exigencia de un buen análisis de ADN que debió hacer en cinco puntos y agotarse toda la mancha, ya que no se pagó por ello; también el colegiado destaca que la perito Keisy Beltramé, dio otras posibilidades razonables, como que la muestra se agotó al momento del examen biológico realizado por el perito Jhon Pro o que al ser incompletos los espermatozoides y en trazas, no se asegura que tendrían la cabeza en donde se puede obtener ADN; y de otra parte, señala el colegiado, conforme a lo declarado por la perito psicóloga Mariño que el relato brindado por la menor es coherente, describe interacciones y hay coincidencia de lo verbal con su estado emocional.

- Como segunda variable acreditada, **autoría del acceso carnal**, el colegiado señala que esta se encuentra corroborada con la declaración de la menor agraviada, quien aseguró en cámara Gessel que quien realizó el abuso sexual fue Franklin; con la declaración del testigo Fredy Rigoberto Condori Ramos, quien refirió que conoce al acusado desde hace 8 o 9 años, precisando que el 13 de agosto del 2016, estuvieron libando licor, con su hermano, el acusado, la agraviada y el primo de ésta en horas de la mañana, volviéndose a encontrar en la tarde con la agraviada y el acusado Franklin, tomaron en la capilla y luego en una chacra de sembrío de quinua, afirmó que no observó algún forcejeo entre el acusado y la agraviada, pero los dejó solos por 5 minutos cuando salió de la chacra hacia la pista, al regresar encontró en el suelo a Franklin; con las declaraciones de Yan Carlos Napan Perlacios y Carlos Napan, hermano y padre de la agraviada respectivamente, habiendo declarado ambos que la agraviada les contó que Franklin la había ultrajado sexualmente, precisando el primero que escuchó, confirmado por el segundo, que el señor Carrillo (padrastro del acusado), fue a su casa dos veces para pedir que retiren la denuncia; con la inspección de efectivo policial Elver Sabino Pumacayo en la chacra al frente de la empresa Gloria, con la que confirma las características del lugar. El colegiado señala que la sindicación de la menor agraviada supera los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005 (Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116, 2005), sobre la ausencia de incredibilidad subjetiva, pues la menor no padece de ninguna deficiencia psíquica, no existe elementos que haga suponer que la incriminación de la agraviada obedezca a razones de odio, enemistad, obediencia o venganza, ya que la menor no lo conocía; respecto al criterio de la verosimilitud, señala, en cuanto a la coherencia interna, que la declaración de la menor fue dada con naturalidad, precisando detalles que denota lógica, y respecto a la coherencia externa, existe secuelas en su estado emocional ansioso, restos seminales hallados en su prenda, lesiones en la rodilla, sumado a los testigos de referencia de su hermano y padre, y en cuanto a la persistencia en la incriminación no se ha evidenciado que la agraviada haya cambiado de versión; así también, respecto a la postura de la defensa, de que la prueba de ADN concluyen que las manchas encontradas en la trusa y short de la menor no pertenecen al acusado, señala que en dicha prueba no se hallaron ADN

masculino sino únicamente ADN femenino, lo que generó que no sean homologables, por lo que para poder asumir la tesis de la defensa tendría que haberse encontrado ADN masculino la que al ser homologable con el perfil genético del acusado, éste no homologue o sea excluido, lo cual no se pudo realizar.

- Respecto a la hipótesis de **violencia para acceder sexualmente**, el colegiado señala que se encuentra corroborada con la declaración de la menor de la agraviada, quien aseguró que Franklin le llevó hacia la quinua, él se cae, le intenta jalonear, forcejean y ella cae de rodillas, le hace como que le estuviera arañando, le baja su prenda y la abusa; con el reconocimiento médico legal practicado a la agraviada, según el cual presentó excoriación costrosa de 02 por 03 centímetros en rodilla derecha; con la declaración de Yan Carlos Napan Perlacios, quien aseguró que el día de los hechos observó a su hermana con sangre en la rodilla izquierda, estaba sucia su ropa con polvo, estima el colegiado si bien no coincide con la costra derecha, esta contradicción no resulta trascendente; con la declaración del perito José Darío Maquera Bustinza, quien explicó en su dictamen pericial físico N° 780-2016 practicado sobre las prendas de la menor, en el que concluye que el short morado presenta rotura por contacto físico por superficie dura que puede ser un piso de tierra; agrega el colegiado que nadie discute y fue objeto de convención probatoria que el acusado Franklin junto a su amigo Freddy estuvieron libando licor, por lo que infiere que estuvo en estado de ebriedad.
- En cuanto a la **variable de que el acusado conocía la edad de la menor de 13 años, 7 meses y 13 días** en el momento de los hechos, el colegiado señala que no hay elemento de prueba que determine que el acusado tenía certeza de la edad de dicha menor, por el contrario, la edad que tenía era próxima a los catorce años, se denota que la agraviada tenía cierta autonomía propia de adolescentes, puesto que la agraviada, el acusado y el testigo Freddy Condori estuvieron libando licor, la agraviada no conocía al acusado, y ésta presentó desgarró himenal antiguo, de lo que se infiere que inició su vida sexual antes de los hechos; de todo ello concluye que el acusado actuó en la creencia que tenía relaciones sexuales con una persona de más de catorce años. De otra parte, el

colegiado, al amparo del artículo 374° del Código Procesal Penal, se desvinculó del delito acusado por el Ministerio Público de violación sexual de menor de edad tipificado en el Art. 173° inciso 2, por el delito de violación de la libertad sexual previsto en el Art. 170°, segundo párrafo inciso 6 del código Penal, vigentes en el momento de la comisión de los hechos, por no haberse probado que el acusado tenía conocimiento que la menor tenía menos de 14 años.

- El colegiado en el aspecto de la determinación de la marco penal abstracto, analizó sobre la concurrencia de la responsabilidad restringida del acusado, concluyendo que al caso corresponde inaplicar la prohibición contenida en el artículo 22 del Código Penal, que señala que está excluido de la reducción de la pena por la edad para el agente que haya cometido, entre otros, el delito de violación de la libertad sexual, y estableció reconocerle al acusado una rebaja de la pena prudencialmente por su edad de 18 años, pues dicho artículo vulnera el principio derecho a la igualdad previsto en el artículo 2 inc. 2 de la Constitución Política del Estado.
- En el caso de autos uno de los magistrados del colegiado dejó constancia de su voto en discordia, discrepando con los fundamentos de la mayoría, siendo sus fundamentos:
 - En cuanto a la ausencia de incredulidad subjetiva, como criterio establecido en el Acuerdo Plenario 02-2005 (Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116, 2005), señala que la menor agraviada desde un primer momento no contó los hechos en su agravio, sino los hizo a partir de las preguntas de su progenitora sobre sus celulares; respecto a la persistencia en la incriminación, en el certificado médico legal la agraviada precisó que estaba tomando con un conocido y dos desconocidos y que uno de los desconocidos la habría abusado sexualmente no identificándolo; y respecto a la verosimilitud, en el aspecto de la coherencia y solidez, apunta que existen saltos ilógicos en la narración de la agraviada y no es coherente, pues en primer término indica: “me caigo de rodillas y ahí me hecho herida en mi rodilla, entonces de nuevo me paro y el otro ya se estaba yendo y yo me voy corriendo a mi casa y, ahí mi mama me pregunta dónde están los celulares”, de lo que se advierte que la menor no ha precisado haber sido

objeto de abuso sexual por parte del imputado, pues cuando describe los hechos directamente se coloca cuando estaba con su mamá, cuando lo lógico sería que indicara los actos de abuso sexual; en otro momento la menor indica: “me echa para atrás, después me quita el short y yo le empujo, y me paro para ponerme la ropa y él no quería que me vaya me estaba jalando de la mano, y yo no le hecho caso, y me he venido, Freddy estaba viniendo con mi celular”, de lo que se infiere que la menor se retiró del lugar no narrando el hecho del abuso sexual; en otra parte de la narración, la menor indica que “él se cae en la quinua, él se cae ahí, intenta jalomearme de la mano es donde forcejamos y yo caigo de rodillas”, de lo que infiere que hay un supuesto forcejeo, luego no hay un relato de abuso sexual; asimismo, señala que no queda claro cómo se produjo el abuso sexual, ya que en una parte de su narración indica que se estaban bañando y sin precisar si se vistió o no como se estaba bañando, de forma repentina dice “me jalaban hacia la quinua y luego se produce el acceso sexual, de lo que concluye que aquí existe un salto narrativo que da inconsistencia en su relato.

- En cuanto a las corroboraciones periféricas, se destaca que la menor señala que como estaban forcejeando se raspó sus rodillas, sin embargo, en el certificado médico legal solo se ha verificado una costra en la rodilla derecha, lo que contradice a la versión del testigo, quien dijo verificó la herida pero en la rodilla izquierda; a lo que se agrega que el resultado médico fue de desfloración antigua, lo que no ayuda a corroborar los hechos imputados; otro dato que considera es la evaluación que hizo el perito Jhon Pro, quien precisó haber encontrado en la ropa interior de la menor restos seminales, espermatozoides incompletos y líquido prostático suficientes para ADN, pero efectuada la pericia de ADN en la misma zona donde se habría encontrado los restos seminales y espermatozoides incompletos, no se identificó célula que corresponda a persona distinta a la agraviada, menos del propio imputado, más aún que fue una prueba científica y que había sido practicada en Estados Unidos, lo que pone en tela de juicio los resultados de la pericia biológica y no corrobora la versión de la agraviada y abuso sexual de parte del imputado, a lo que se añade que los hechos ocurrieron el 14 de agosto y la prenda se entregó el 28 de noviembre del 2016, luego de tres meses, lo que termina en poner en cuestión los resultados

obtenidos por el perito biólogo; asimismo, la rotura de la trusa no se condice con el relato de la agraviada, ya que no precisó que el imputado mediante actos de violencia le hubiere quitado su ropa interior; en cuanto a la pericia psicológica, solo se tiene el dato relevante que la menor presenta síntomas ansiosos y que estas derivan de los hechos que relata, pero esta perito no ha explicado que otras pruebas diagnósticas o test permitieron verificar sus conclusiones; y otro aspecto particular es que en el lugar de los hechos estaba el señor Fredy Rigoberto Condori Ramos, pero la fiscalía no le imputa ninguna conducta o participación de los hechos, pese a que se señala que tenía la condición de campana, debiendo considerarse que éste testigo presencial de los hechos negó el abuso sexual, y no fue desacreditado en juicio oral.

6. Apelación de sentencia de primera instancia.

- Con el respectivo escrito, la defensa técnica del imputado interpone recurso de apelación, teniendo en concreto los siguientes fundamentos:
 - La sentencia recurrida no ha valorado adecuadamente la declaración de la menor agraviada conforme a los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005 (Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116, 2005), puesto que, en cuanto a la ausencia de la incredibilidad subjetiva, señala la demora de la menor agraviada en la narración de los hechos a sus familiares, lo que desacreditaría la su versión.
 - Respecto a la verosimilitud alega que existe contradicciones en la declaración, ya que no existe consistencia lógica, los detalles del contenido no coinciden, carece de coherencia contextual, ya que no ha precisado que fue objeto de abuso sexual por el imputado, existe un salto narrativo, la versión no es sólida, coherente, persistente ni confiable
 - En cuanto a las corroboraciones periféricas, señala que el certificado médico legal practicado a la agraviada no verificó lesión en la rodilla izquierda sino una costra en la rodilla derecha, que la agraviada presenta signos de desfloración antigua quedando desvirtuada que haya sido ocasionada por el imputado; respecto al dictamen pericial de Biología Forense N° 1377-2016, alega que las obtenidas trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos provienen

de un varón pero que no se identificó la procedencia; en cuanto a la prueba de ADN practicada en la zona donde se encontró los restos seminales y espermatozoides, no se identificó ninguna célula que corresponda a persona distinta a la agraviada, no de otra persona menos del recurrente; en cuanto a la pericia psicológica practicada a la menor alega que los síntomas no estarían vinculados de manera directa con los hechos imputados; asimismo, argumenta que el testigo Freddy Condori Ramos, no se le habría efectuado ninguna imputación, pese a que tenía la condición de campana y que este testigo fue el único que presencié el hecho y negó el abuso sexual y no fue desacreditado en juicio.

7. Sentencia de vista.

- Mediante Sentencia de Vista N° 039-2019. Segunda Sala de Apelaciones (2019), se declara infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del acusado, confirmando la sentencia de primera instancia, siendo sus principales fundamentos:
- En cuanto a la ausencia de incredulidad subjetiva, como criterio establecido en el Acuerdo Plenario N° 02-2005 (Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, 2005) señala que existe un pronunciamiento motivado de la sentencia recurrida en cuanto a este extremo, ya que la demora por parte de la agraviada en la narración de los hechos a sus familiares, fueron en realidad cuestión de horas y estuvieron dentro del día en que los hechos ocurrieron, y aun cuando hayan sido días después, esto no invalida la declaración de la agraviada, cita lo señalado en la Sentencia Casación. Exp. N° 1179-2017/SULLANA (2018) , de que en los delitos sexuales las reacciones tardías por las víctimas y su entorno, así como las comunicaciones y denuncias demoradas constituyen prácticas comunes, siendo lo importante la formulación de la denuncia; en cuanto a la verosimilitud, en lo referido a la coherencia interna, señala que la declaración de la agraviada al momento de narrarla reviste logicidad, siendo que el núcleo medular es que el imputado introdujo el pene en la agraviada.

- Respecto al cuestionamiento a las corroboraciones periféricas, en lo relacionado al Certificado Médico Legal N° 20781-IS, el cual describe herida en la rodilla derecha de la agraviada, que contradice a la versión del testigo Yan Carlos Napan Perlacios que refirió lesión en la rodilla izquierda, y la versión de la agraviada quien no precisó en que rodilla sufrió lesiones, ya que únicamente refirió herida en sus rodillas; se señala que lo cierto es que la agraviada presenta lesiones en la rodilla derecha y no necesariamente en la izquierda que puede constituir un error de señalamiento del testigo o de apreciación; y respecto a la desfloración antigua de la agraviada, la defensa no puede pretender que por este hecho la violación no se haya suscitado.
- En relación al Dictamen de Biología Forense N° 1377-2016, que concluyó que encontró trazas de líquido prostático y espermatozoides en la trusa de la menor, y del cual la defensa argumentó que las muestras obtenidas provienen de un varón pero que no se identificó la procedencia; al respecto, la sala comparte lo señalado por el A quo, de que la explicación necesaria de la presencia de restos seminales en el calzón es que hubo acceso carnal, lo que se ve reforzado con la declaración de testigo Freddy Rigoberto Condori Ramos, quien refirió que a las 17.00 horas salió un momento de la chacra hacia la pista porque estaba esperando a su amigo, y en ese momento la menor agraviada estaba solamente con el acusado.
- En cuanto a la prueba de homologación de ADN, la sala reitera el análisis del A quo, en concreto, “de que el perito Jhon Pro Pérez, halló espermatozoides incompletos en la cara interna de la entrepierna de la trusa y no en el lado izquierdo o derecho, por lo tanto era innecesario realizar el análisis en esos dos puntos, de lo que concluye que se hizo el análisis solo en un punto en la zona donde se halló los restos de espermatozoides, no cumpliendo su exigencia para que sea un buen análisis de ADN, lo que genera la posibilidad que no se encontró ADN masculino, porque no se identificó primero donde se encontraba las trazas de espermatozoides y resultó insuficiente un solo punto en la zona manchada del centro de la trusa; y asimismo, la perito Kelsy Beltramé, dio otras posibilidades razonables, como que la muestra se agotó al momento de examen biológico realizado por el perito Jhon Pro o que en definitiva que al ser

incompletos los espermatozoides y en trazas, no se asegura que tendría la cabeza de donde se puede obtener ADN”; así también, la sala razona que la recurrida no sostiene que se haya encontrado ADN en los exámenes realizados en la muestra, sino que toma en consideración las explicaciones de la bióloga del porque no podría haber encontrado ADN en las muestras, y que no obstante, ello no puede tomarse como la única prueba válida para acreditar o no la responsabilidad del acusado, ya que la prueba debe ser valorada en su conjunto y así lo ha realizado el juzgado de primera instancia. De otro lado, en lo referente a la pericia psicológica lo argumentado por la defensa de que los síntomas de la menor no estarían vinculados de manera directa con los hechos de violación sexual, esto difiere de lo puntualizado por la perito sicóloga, quien señala que el estado ansioso, el sentimiento de culpa e incomodidad estaría vinculado al relato de la menor de agresión sexual. Y en cuanto a la persistencia en la incriminación, la agraviada como única testigo a lo largo de su manifestación ha ratificado su acusación, y que el imputado introdujo se pene en su vagina, lo que se refuerza con lo declarado de Carlos Napan Santos, quien refirió que su menor hija le contó el acusado había abusado de ella. Asimismo, en cuanto a lo señalado por la defensa técnica, de que al testigo Fredy Condori Ramos, no se le ha efectuado imputación alguna, el A quo ha advertido su posible responsabilidad a quien se le atribuye la labor de campana, disponiendo la remisión de copias de los actuados al Ministerio Público.

8. Recurso de casación.

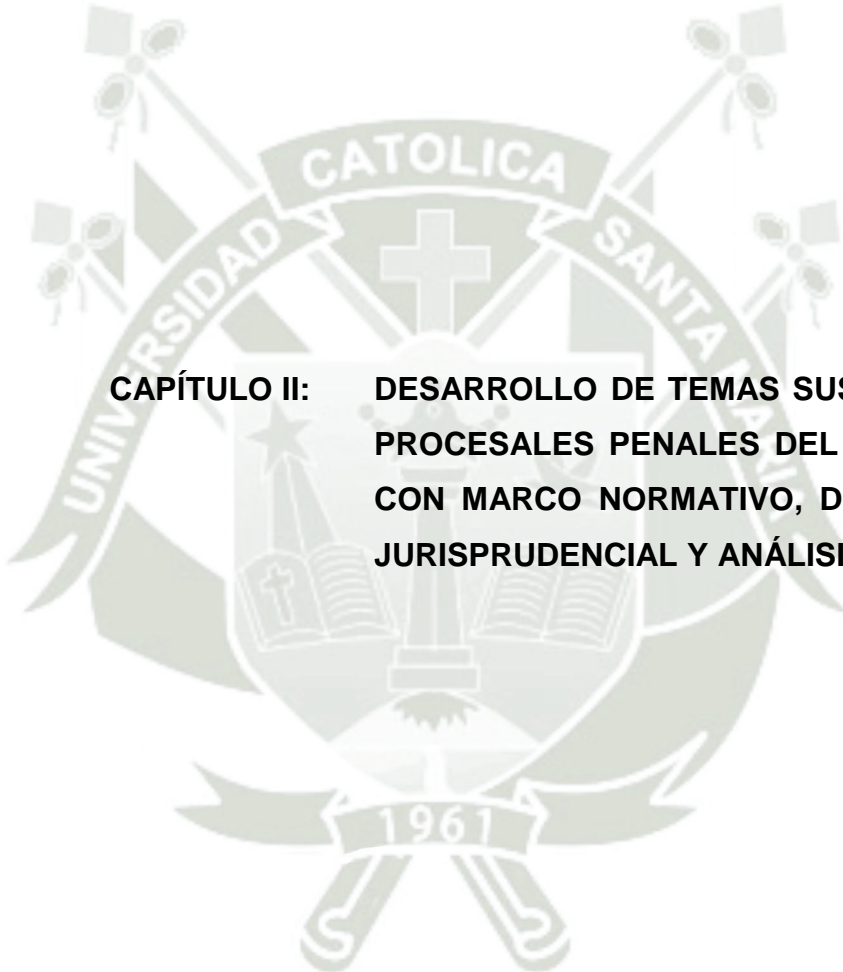
- La defensa técnica del acusado presentó recurso excepcional de casación en contra de la Sentencia de Vista N° 039-2019. Segunda Sala de Apelaciones (2019), que resuelve de manera unánime confirmar la Sentencia N°186-2018-2JPCPA. Segundo Juzgado penal Colegiado Supraprovincial (2018), que por mayoría declaró al acusado autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual previsto y sancionado en el Art. 170 concordante con el Inc. 6 del segundo párrafo del CP, vigente en el momento de los hechos por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013), en agravio de la referida menor; para lo cual se

sustenta en la causal establecida en el numeral 1) del artículo 429° del NCPP, por inobservancia de alguna de las garantías constitucionales, numeral 3 del mismo artículo, asimismo, se sustenta en el supuesto de procedencia contemplado en el numeral 4) de artículo 427° de citado código, que dispone que puede aceptarse el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; alegando en concreto, que la sala no aplicó correctamente el numeral 3, sobre el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, debida motivación de las resoluciones, numeral 9 sobre inaplicabilidad por analogía de la ley penal del Art. 139° de la Constitución Política del Estado, y el Art. 1, que preceptúa la defensa de la persona humana y respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del estado y Art. 138° que prescribe que el Poder Judicial administra justicia en sujeción a la Constitución y a la leyes; aduce además vulneración a la debida motivación de las resoluciones puesto que las instancias inferiores no motivaron sus resoluciones de condena y apelación, ya que solo tomaron en cuenta la declaración de la menor en cámara Gessel, que contiene saltos narrativos, la declaraciones del progenitor y hermano de la agraviada, a pesar que estas tienen contradicciones y son insuficientes, y no se tomó en consideración el examen de ADN en la trusa de la menor, que estableció que no se encontraron células masculinas, ni la declaración del testigo presencial Sr. Fredy Condori Ramos, testigo que negó los hechos y no fue desacreditado.

- Mediante Casación N° 798-2019 Arequipa. Corte Suprema de Justicia de la República (2020), se declaró nulo el concesorio del 3 de mayo de 2019, e inadmisibles el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del condenado Franklin Antoni Quispe Idme contra la sentencia de apelación emitida por la Segunda Sala de Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al recurrente como autor del delito de violación sexual, condenándolo al pago de costas; siendo sus fundamentos, en concreto, los siguientes:
 - El recurso de casación cumple con los presupuestos subjetivos y formales contemplados en el Art. 405, Inc. 1, literales a, b y c del CPP, puesto que la resolución impugnada causa gravamen al recurrente, ya que se trata de una sentencia de apelación que confirma la sentencia en su contra; en cuanto al

presupuesto objetivo, el recurrente indica que se trata de una casación excepcional, no obstante se está ante una casación ordinaria por cuanto el delito de violación sexual tiene una pena mínima superior a los 06 años.

- Que los fundamentos del recurrente se centran en cuestionar los criterios valorativos de las instancias inferiores de los medios probatorios, ya que se limita a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el Juzgado Colegiado, confirmada por la Sala de Apelaciones, lo que está prohibido de realizar en sede de casación; ya que aduce que solo tomaron en cuenta la declaración de la menor agraviada y testigos, no se tomó en consideración el examen de ADN en la prenda de la menor, el cual concluyó que no se encontraron células masculinas, no se tomó en cuenta la declaración del testigo presencial Fredy Condori Ramos, quien negó el abuso y no fue desacreditado; no obstante, el Tribunal Supremo verifica que las instancias inferiores han realizado una debida motivación en sus sentencias, y precisa que en cuanto a la declaración de la menor en cámara Gesell se actuó en juicio oral, que fue sometida a contradicción creando convicción en el Juzgado Colegiado; respecto a que no se encontró ADN de persona masculina, esto fue explicado por la perito bióloga, quien señaló que para un fiable examen de homologación se debe hacer varios puntos y no solo uno como ocurrió en el presente caso, y que este resultado pudo deberse al agotamiento de la muestra al momento del primer examen biológico o por ser muestras incompletas, esto es, no se encontró cabezas de espermatozoides, de donde se pueda obtener ADN, por tanto, señala el Tribunal Supremo que esta prueba no desacredita el hecho delictivo en sí, sino que solo las muestras encontradas eran insuficientes para la realización de dicho examen, tampoco desacredita el examen psicológico practicado a la menor; y en cuanto a la declaración del testigo Fredy Condori Ramos, quien negó que haya sido testigo de los hechos, en la sentencia se ordenó que se remitan copias al Ministerio Público, puesto que su actuación denotaría responsabilidad penal, al haber actuado de “campana” para la consumación del hecho criminoso, lo que posibilita de que hubiera mentido al momento de su declaración.



CAPÍTULO II: DESARROLLO DE TEMAS SUSTANTIVOS Y PROCESALES PENALES DEL EXPEDIENTE CON MARCO NORMATIVO, DOCTRINARIO, JURISPRUDENCIAL Y ANÁLISIS.

1. En cuanto a temas sustantivos penales.

1.1 La complicidad en los delitos de abuso sexual (había una campana).

1.1.1 Marco normativo.

El marco normativo está señalado en el Art. 23 del CP, que describe la autoría, autoría mediata y la coautoría como aquella persona que realiza por sí mismo o a través de otro el hecho delictivo y los que lo cometan en forma conjunta. El Art. 24 CP describe la instigación, señalando que es aquel que en forma dolosa determina a otro a cometer el ilícito penal. El Art. 25 CP establece la complicidad primaria como aquel que, en forma dolosa, realice el auxilio para la comisión del hecho punible, sin cuyo auxilio no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. Complicidad secundaria, considera a los que, de cualquier otra forma, hubieran en forma dolosa prestado apoyo o asistencia se les reducirá la pena (Decreto Legislativo N° 635. Código Penal, 1991).

1.1.2 Marco doctrinario

En el aspecto doctrinario, respecto **a la autoría**, es de anotar, que la doctrina que sostenía que el ilícito de la violación sexual era un delito de propia mano y que solo el varón lo cometía y que no era admisible la autoría coautoría, la autoría mediata así como la omisión impropia, ha sido refutada y abandonada; sobre esa base, la **autoría directa**, se verificara en aquella persona tiene el poder, dirección o señorío del hecho, esto es, éste con sus propias manos comete el ilícito, como cuando con violencia y amenaza sobre la agraviada, comete el acceso carnal anulando su libertad sexual; **autoría mediata**, que consiste cuando el sujeto activo, a través de otra persona, utilizada como instrumento, realiza el hecho delictuoso, el autor mediato es conocido como el “hombre de atrás”, es admisible la autoría mediata en la violación sexual cuando se utiliza a otra persona como instrumento para de forma violenta acceda carnalmente a la víctima; **coautoría**, esta modalidad considera como coautores a todas aquellas personas que forman parte en la actuación de la ejecución del hecho delictuoso, teniendo codominio del hecho o dominio funcional

del hecho, exigiendo concurrencia de los requisitos de la decisión común y realización del hecho punible, ello se verifica cuando dos o más sujetos participan en la violación, no importando que no hayan realizado en acto sexual, como por ejemplo solo sujetar a la víctima; en cuanto a la **participación**, se precisa que viene a ser la contribución o cooperación en forma dolosa a otra persona en la comisión del ilícito penal, siendo que el partícipe o cómplice solo favorece la realización del delito, no tienen dominio del hecho, la complicidad se divide en: complicidad primaria, que se da cuando la colaboración del partícipe resulta imprescindible o necesaria, ya que sin su aporte no se hubiera ejecutado el delito, esto se verificaría cuando una persona traslada con engaños a la víctima a un lugar desolado donde esperan otros y le acceden carnalmente; complicidad secundaria, que se verifica cuando el partícipe ha contribuido con actos o hechos prescindibles, no necesarios, puesto que el ilícito se hubiera producido igualmente, por ejemplo, cuando el partícipe únicamente se limita a vigilar para que la otra persona no tenga contratiempos para la realización de la violación sexual con el sujeto pasivo, tal participación deviene en prescindible, ya que incluso sin su participación se hubiese consumado el delito sexual. Otra modalidad de participación es la instigación, citando a Castillo Alva, sería cuando un sujeto realiza una persuasión, influencia o paga o efectúa otro medio para que un tercero acceda carnalmente a la persona agraviada, no tiene el dominio del hecho (Salinas Siccha, 2018, pp. 949-956).

Aquellos que consideran que los delitos sexuales son de comisión de propia mano, razonaran en la no posibilidad que tales ilícitos se configuren por una autoría en su modalidad de omisión impropia; no obstante, debe considerarse, de conformidad a la normativa del derecho penal, que la autoría así como la participación son viables en la comisión de los delitos sexuales, pues lo que debe resaltarse, en primer término, es la afectación del bien jurídico de la libertad sexual o indemnidad de la persona agraviada por parte del sujeto activo del delito, y en segundo lugar, citando como ejemplo a los progenitores, los padres tienen la obligación y el deber dar protección a sus menores hijos tutelando sus bienes jurídicos, por lo que al incumplir con este deber de garante lesionarían su indemnidad sexual como bien jurídico protegido, consecuentemente, responderían como autores del delitos de violación sexual de sus propios menores hijos de edad; puesto que no solo se considera que

hubieran favorecido la comisión de este ilícito sexual, sino que también el deber de impedir su perpetración, lo que determinaría su autoría por no cumplir con su deber o posición de garante (Villegas Paiva, 2021, p. 42).

La incidencia delictiva actual genera la corporación y una asociación en la comisión de delitos, por lo que se puede señalar que en la mayoría de los casos en el hecho delictuoso intervienen varios agentes, se cita como ejemplos: mientras uno sujeta al agraviado, otro rebusca su prendas y se apropia de las mismas, en tanto que otro hace el papel de campana; una persona realiza un contrato con un sicario para que asesine a su peor enemigo y el sicario acepta el contrato dando muerte a la víctima; o aquellas personas que facilitan armas y municiones a organizaciones terroristas; en todo delito está presente un autor o también coautores, sin embargo, en algunos casos intervienen personas, que sin tener dominio del hecho, esto es, no tienen en su manos las riendas o decisión de que si se ejecuta o no el crimen, ayudan, coadyuvan o prestan el auxilio al autor del ilícito para que se realice; la característica del partícipe es que su actuar es accesorio, complementario y dependiente; si el apoyo resulta esencial será cómplice primario, y si no lo es se le considerará cómplice secundario (Peña Cabrera & Salas Beteta, 2021, pp. 128-129).

1.1.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Como marco jurisprudencial, en relación a la participación de los delitos sexuales, en específico a la complicidad secundaria, se tiene una ejecutoria de la Corte Suprema, vía el recurso de nulidad de Apurímac, en el cual en el fundamento jurídico tercero señala en concreto, que el mismo imputado reconoció el estado de ebriedad en que se encontraba la víctima y que no tenía algún vínculo sentimental con dicha agraviada; respecto a la procesada Navarro Mendoza, concluye que sin lugar a dudas tuvo la participación como cómplice en los momentos de la violación sexual, puesto que se encontraba en el lugar del evento delictivo, no haciendo nada para impedirlo, más aún que ingresó en forma furtiva a dicho predio con el autor de la violación sexual, permitiendo dicho acceso carnal sexual. (Recurso de Nulidad N° 630-2012 Apurímac, 2013). De esta ejecutoria, se advierte que la conducta

delictiva de la referida procesada fue una complicidad secundaria, pues tuvo la posibilidad de evitar los hechos mediante algún acto de defensa, pero no lo hizo.

En el análisis del presente expediente, materia de este trabajo académico, se señala en la imputación que Fredy Condori Ramos se paró al ingreso de la chacra de quinua mirando que ninguna persona se acerque al lugar donde se llevaba a cabo la violación sexual haciendo el papel de campana; al respecto, dicha persona podría ser considerado como cómplice primario o secundario, esto de acuerdo a si realizó un apoyo esencial como tomar parte en la ejecución de los hechos con otros actos además de vigilar; en ese sentido, podríamos afirmar que de ser cierto que la citada persona solo se limitó a vigilar y no realizó otras acciones en esos momentos de la comisión del delito sexual, tendría la participación de cómplice secundario, más aún que estaba solamente los tres y en un lugar desolado, era una chacra, pudiendo cometerse la violación incluso sin su participación; no obstante, dicha persona en su declaración mencionó que en esos momentos se ausentó por 5 minutos dejando solo al imputado y la agraviada, y al retornar encontró al imputado dormido en el suelo y a la menor en el lugar, no dándose cuenta si ésta estaba alterada, desconociendo lo que pudo haber pasado entre los dos en ese lapso, lo que determinaría que no tuvo en concreto el papel de campana, no obstante, estos hechos merecen ser investigados, razón por la cual en la sentencia de primera instancia se dispuso su remisión al Ministerio Público para la investigación correspondiente.

1.2 La responsabilidad (imputabilidad) restringida en delitos sexuales.

1.2.1 Marco normativo.

El Art. 22 CP preceptúa la responsabilidad restringida por la edad, posibilitando la reducción prudencial de la pena señalada para el delito, cuando es cometido por agente que tenga más de 18 y menos de 21 años o más de 65 años en los momentos de la comisión del hecho. Está excluido de esta responsabilidad restringida, el agente que integra una organización criminal o que haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado

por la condición oficial del agente, feminicidio entre otros (Decreto Legislativo N° 635. Código Penal, 1991).

1.2.2 Marco doctrinario.

En cuanto a la responsabilidad restringida, la persona se encuentra en un desarrollo permanente en el ámbito psicológico, orgánico y social, que influye el modo como se relaciona, así como la aprehensión de los imperativos normativos, ya que no es suficiente el conocimiento de lo que la norma prohíbe u ordena, sino interiorizarlo y así estar motivados con la ley. Al sobrepasar una persona los 18 años responde penalmente, esto es, la culpabilidad habría alcanzado plenitud en el sujeto; no obstante, se advierte cierto grado de inmadurez cuando se ingresa a la etapa de la adultez, que influye de cierta forma en la aprehensión de las normas; por lo que nuestra legislación ha considerado que estas personas tendrían disminuida su culpabilidad, resultado ser una causal atenuante privilegiada, por lo que esta institución se reside en la culpabilidad del agente; consecuentemente, al considerar que la responsabilidad restringida se fundamenta en la disminución de la culpabilidad, puesto que la gravedad del delito no puede tener incidencia en anular el reproche penal de culpabilidad, la restricción que hace la norma, en referencia al Art.22 del CP, resulta una transgresión al principio de igualdad (Peña Cabrera, 2019, pp. 47-53).

Respecto a la responsabilidad restringida por la edad, Art. 22 CP, segundo párrafo, en referencia a la capacidad de culpabilidad, las personas que oscilan entre los 18 a 21 años, no alcanzan un desarrollo pleno psicofísico, siendo que las personas consideradas en este rango de edad se les puede dar un trato normativo de igualdad a través de una imputabilidad pero restringida, donde el Código Penal impone a estos imputables restringidos una pena atenuada o reprochabilidad disminuida, pero este criterio o trato de igualdad se quiebra cuando el legislador niega que se aplique a algunos ilícitos, entre ellos el delito de violación sexual; se presenta la siguiente paradoja, a una persona de 19 años que es autor del delito de robo simple se le considera imputable restringido, empero esta misma persona se le considera como un imputable completo cuando comete robo agravado, ante esta paradoja se

hace la interrogante ¿ante este trato desigual, cuál sería su finalidad y cuál es su sentido?, siendo la respuesta que ninguno; la solución a este problema del contenido de Art. 22 sería hacer un análisis en conformidad a los principios constitucionales; concluye haciendo una reflexión de que existe razones o fundamentos constitucionales para la inaplicación del segundo párrafo del Artículo 22 de nuestro Código Penal (Caro John, 2016, pp. 15-23).

1.2.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Como criterio para unificar jurisprudencia, el Acuerdo Plenario que versa sobre la restricción legal en cuanto a la imputabilidad relativa, respecto a la eximente imperfecta de artículo 22 del CP, en su fundamento 13, prescribe que se debe tomar en cuenta que la disminución de la pena, que se da en función de la edad del sujeto activo en los momentos del hecho delictuoso, esto es, 18 y 21 años y más de 65 años, se basa en la capacidad penal como un elemento de la culpabilidad; y en cuanto a los delitos graves tiene como sustento, para establecer la diferenciación, la entidad del injusto, es decir, la antijuricidad que es distinta a la culpabilidad; y en el fundamento 14, señala que en el Art. 22, en consonancia con lo señalado en el fundamento 13, se está incluyendo una discriminación que no está autorizada constitucionalmente, pues la antijuricidad se refiere al hecho cometido, a su entidad o gravedad, y la culpabilidad incide en las circunstancias personales del agente, por lo que si la edad del agente está relacionada a su capacidad penal, no resulta razonable establecer excepciones en función de criterios diferentes de este elemento, como los es la gravedad de delitos; en su fundamento 15, establece que la madurez o disminución de las actividades vitales de una persona en función de su edad no está en relación directa a la gravedad del ilícito cometido; la disminución que expresa el Art. 22 no está en función de la entidad del delito, sino en la evolución vital de la persona, por lo que la distinción de no reconocer la disminución de la responsabilidad no está justificado constitucionalmente y los jueces penales no deben aplicar esta exclusión. Concluye estableciendo como doctrina legal, entre otros, los fundamentos antes indicados (Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, 2017).

Como marco jurisprudencial se tiene la casación de la Corte Suprema de Ayacucho, que evalúa la responsabilidad restringida en un caso de violación sexual, el cual en su fundamento décimo cuarto, señala que las exclusiones que se consigna en el Art. 22 del CP constituyen una discriminación, pues tiene sustento en la gravedad del hecho, en tanto que la culpabilidad tiene incidencia en factores individuales de agente, al margen del hecho que se cometió, el supuesto del Art. 22 no tiene sustento causal y normativo en la gravedad del injusto penal, más bien en la evolución del ser humano, la responsabilidad restringida debe establecerse con la sola constatación de la edad del procesado en el momento de la comisión del hecho; en su fundamento decimoctavo señala que el procesado tenía 19 años con 5 meses aprox, por lo que tenía la condición de responsable restringido, lo que no fue tomado en cuenta por las instancias de mérito en los momentos de realizar la dosificación de la pena (Casación N° 291-2019, Ayacucho, 2020).

Como se indicó, la responsabilidad restringida por la edad es un supuesto que tiene como efecto la disminución del aspecto de la punibilidad, que tiene directa incidencia en el campo de la culpabilidad; y esta se encuentra descrita en el Art. 22 del CP; articulado que niega dicha reducción cuando el sujeto activo haya cometido, entre otros ilícitos el delito de violación sexual; en lo que atañe al presente trabajo, delito de acceso carnal o violación, dicha exclusión considero que es una transgresión al principio o derecho de igualdad consagrado en nuestra constitución; toda vez, que en consideración a lo expuesto, en el presente caso, dada la edad del imputado de 18 años y 03 días en los momentos de los hechos, es decir, recién estaba ingresando a la etapa de adultez con 03 días de adulto, la edad de la agraviada de 13 años y 7 meses y la forma de los hechos cometidos de la violación sexual que no fueron suma gravedad, no obstante solo haberse realizado forcejeos, empujones y hacerla caer al suelo a la víctima, éste no estaba en la plenitud de su desarrollo psicológico y físico, siendo un imputable restringido por la edad, y en consideración a que la responsabilidad restringida por su edad, dado que nadie se hace adulto en solo tres días, incide en el elemento de la culpabilidad del delito y de ninguna manera en la gravedad del delito, como es la violación sexual, no corresponde excluirlo de los alcances de responsabilidad restringida que expresa el Art. 22 del CP, para lo cual resultó apropiado la inaplicación de los magistrados

de la negación de la calidad de responsable restringido que establece dicho artículo, pues es una norma inconstitucional que transgrede del principio de igualdad, siempre evaluando los hechos en cada caso en concreto.

1.3 Inaplicación de una norma legal vía control difuso.

1.3.1 Marco normativo.

El Art. 51 de nuestra Carta Política, describe que nuestra Constitución tiene prevalencia o precedencia sobre toda norma legal; la ley, prevalece sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. En tanto que el Art. 138 prevé que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y este se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos. Cuando se presente la incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la norma constitucional. De igual forma, prefieren la norma legal sobre las demás normas de rango inferior (Constitución Política del Perú, 1993).

1.3.2 Marco doctrinario.

Las premisas que debe observar cualquier juez para el desarrollo del control difuso son: primera premisa, la presunción de la constitucionalidad de la ley, que es el punto de inicio para la orientación en la actuación del juez interprete, asimismo, debe concebirse tal presunción como aquella exigencia al juez de una argumentación, es decir, una carga de justificación que se le requiere y exige al juez que analiza la constitucionalidad de la ley, ello sobre la base del valor que tiene una ley en si misma; y como segunda premisa, considera al Principio de interpretación conforme a la constitución, según el cual los jueces no pueden dejar de aplicar una ley si luego de efectuar el respectivo análisis conforme a la Constitución, se advirtiera por lo menos una interpretación de la cual preservar o permitir su constitucionalidad. Una ley no debe ser descartada luego de su primera lectura, ya que si se realiza una interpretación literal se podría entender como incompatible con la Constitución, empero si se explora mediante otras posibilidades de interpretación, el juez tiene la posibilidad de obtener fórmulas con las que se concilie la ley con la

Constitución. Tal interpretación viene a convertirse en una de conformidad a la Convención, y por supuesto, y a los tratados sobre derecho humanos. En la praxis judicial, los jueces vienen inaplicando una ley sin realizar un previo y debido esfuerzo por enmarcarla con la Constitución a través de la interpretación (Grández Castro, 2022, pp. 38-44, 46-50).

La función de los jueces, que tiene un nivel de complejidad, puede denominarse como impartición de justicia, esto relacionado al control difuso a que se refiere el Art. 138 de nuestra Constitución Política; dicho articulado prevé un escenario en donde resulta una incompatibilidad entre nuestra Carta Política y una norma que ostenta menor rango, lo que origina la preeminencia de la Norma Fundamental. Las Resoluciones judiciales en las que se aplique el control difuso, conforme a la Ley Orgánica del Poder judicial, deben ser elevadas en consulta a la Corte Suprema. El control difuso se constituye en una posición asumida por los jueces de relevancia. Dada la importancia de la inaplicación de una determinada ley, una vez que esta es inaplicada por el juez ordinario, el control difuso comprende un mecanismo que consiste en la elevación en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, constituyéndose dicho trámite en un mecanismo formal de carácter consuetudinario. El control difuso ha quedado relegado, en su aplicación, solo al Poder Judicial, y dicho control implica más formalidad porque debe observarse plazos necesarios, que en muchos casos se torna en un tiempo más que prudencial para emitir una respuesta pronta que exigen determinados procesos en los que se aludan derechos fundamentales protegidos por nuestra Carta Maga, pero que vienen siendo amenazados por leyes que tienen efectos coercitivos y prescriptivos (Figuroa Gutarra, 2018, pp. 119-124).

1.3.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Al respecto, se tiene como jurisprudencia la Casación Del Santa en que se aplicó el control difuso por parte de los magistrados en un caso de violación sexual, esto es, en su fundamento décimo segundo señaló, que la Sala de Apelaciones no aplicó el Art. 173, inc. 2 (vigente en ese momento) y el Art. 22 CP que se refieren a la pena a aplicarse, habiendo hecho uso de su facultad constitucional establecido en el Art.

138 de la Carta Magna, esto es, control constitucional de las leyes o conocido doctrinariamente como control difuso de la leyes; en su fundamento cuadragésimo primero sostiene que la inaplicación de la disposición de prohibición del Art. 22 del CP sobre circunstancia atenuante, en la sentencia recurrida, realizando un control difuso, se encuentra arreglada a la Constitución Art. 138 (Casación 335-2015, Del Santa, 2016)

Resulta pertinente señalar el pronunciamiento de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema a través de una consulta efectuada, en cual la Corte Suprema elabora pautas o reglas para realizar un adecuado control difuso, a saber, en su fundamento 2.5, anota que se debe considerar: la presunción de validez de las leyes, ya que son de observancia obligatoria y gozan de legitimidad; realizar el juicio de relevancia, esto es, que únicamente se dejará de aplicar una norma cuando es la vinculada al caso; la elaboración de una interpretación exhaustiva, en donde se señala, en concreto, como imperativo la obligación de los jueces de haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la ley; luego señala que se debe realizar el análisis de la proporcionalidad, para lo cual se debe identificar los derechos involucrados, para la evaluación de la idoneidad, necesidad y de la proporcionalidad en estricto (Consulta Exp. N° 1618-2016, Lima Norte, 2016).

Como se anotó el Art. 51 de la Constitución dispone la precedencia de la Constitución respecto de normas que tienen menor jerarquía, y sobre esa base, no cabe admitir que una norma o ley inferior a nuestra Carta Política la pueda contradecir en su sentido sea de fondo o forma; en caso que se produjera algún tipo de contradicción de alguna ley o norma contraviniendo la Constitución y esta es advertida por algún juez dentro de un proceso, éste magistrado debe inaplicarla al caso en concreto, amparándose para ello en el Art. 138 de la Constitución, que precisamente reconoce el control difuso.

En el presente caso, materia de análisis, en la sentencia de primera instancia se realiza el juicio de relevancia, señalando al respecto que al corresponder la pena al acusado, en ella incidirá si se excluye o no la reducción de la pena por su edad de

18 años; la de interpretación exhaustiva, en la que se expresa que el mandato o norma es claro, sin ambigüedades, al disponer que a todo agente que tenga entre 18 a 21 años y que cometa delito de violación sexual no se le puede disminuir la pena; el juicio de ponderación, en cual, en concreto, señala que, sobre la premisa de que la conducta del acusado no fue de suma gravedad, sino de una gravedad media hacia leve, ya que solo hubo forcejeo, empujones y hacerla caer al suelo, no incidiendo en forma importante en su integridad física, por lo que al analizar la idoneidad, señala que el medio interviniente al perseguir finalidades preventivas, solo se da en grado de probabilidad, mas no se puede hablar de certeza; respecto a la necesidad, advierte la no posibilidad de medidas alternativas a las adoptadas que resulten igualmente idóneas, puesto que solo ellas aseguran la imposición total de la pena; y en cuanto a la proporcionalidad en estricto, establece que al considerar que la intervención al derecho de igualdad es media, y los bienes constitucionales que se espera optimizar por dicha intervención, como son, entre otros, desmotivar a los jóvenes en la comisión de delitos de violación sexual, generar en la población confianza en el sistema penal al apreciar que se impone la pena total a este grupo de jóvenes que cometen este tipo de delito, son meramente probables y no se tiene certeza de ello, concluye que no hay equilibrio entre este grado de intervención con el grado de satisfacción leve de los fines de la pena, por lo que no se justifica darle un trato diferenciado al acusado, considerándolo discriminatorio, en consecuencia corresponde inaplicar la prohibición contenida en el Art. 22 de CP sobre la rebaja de la pena. Consecuentemente, se ha realizado un correcto control difuso de la norma o ley cuestionada, siguiendo el esquema o pautas que proporciona para ello la Consulta N° 1618-2016-Lima Norte (2016), siempre evaluando cada caso en concreto.

1.4 Alteración de la conciencia por ingesta de alcohol en delitos sexuales cuando no hay dosaje étílico en el acusado.

1.4.1 Marco normativo.

Nuestro Código Penal vigente, contempla en su Artículo 20 las causas que eximen la responsabilidad penal, entre otras, en el inciso 1, describe la grave alteración de

la conciencia, la cual debe afectar gravemente su concepto de la realidad, no dotándole producto de ello la facultad de comprender el carácter delictuoso de su conducta, es decir, si verifica ello el agente quedaría exonerado o liberado del hecho imputado como delito; en tanto el Art. 21 anota sobre la responsabilidad atenuada, esto es, cuando no concurra en los supuestos del Art. 20 los requisitos necesarios para eximir totalmente la responsabilidad, se podrá disminuir la pena, es decir, se reduce o atenúa la pena hasta límites por debajo del mínimo legal (Decreto Legislativo N° 635. Código Penal, 1991).

1.4.2 Marco doctrinario.

La grave alteración de la conciencia es una causa de inimputabilidad, la cual no debe concebirse como un escenario de inconciencia que excluye la acción, sino de una disminución de entidad suficiente de la conciencia que perturba o incide en el contacto correcto con el mundo exterior, es decir, la persona no es consciente de lo que sucede en el exterior, por lo que no se le puede atribuir la comisión de un injusto penal; la grave alteración de la conciencia no tiene una causa patológica, sino se desarrolla en personas normales psicológicamente, y la duración de la misma es momentánea, siendo relevante indicar que dichas alteraciones deben ser graves de modo tal que elimine la estructura psíquica de la persona afectada (García Cavero, 2019, pp. 691-692).

En cuanto a la convención probatoria, resulta importante dos normas, lo estipulado en el Art. 156.3 de código adjetivo, por cuanto posibilita a las partes el acuerdo de que una determinada circunstancia no requiere ser probada, y lo prescrito en el Art. 350.2 del citado código, ya que otorga la posibilidad a las partes de proponer hechos aceptados y que el Juez los tendrá como acreditados, no necesitando su actuación probatoria. A través de la convención probatoria se acelera y se obtiene ganancia de tiempo, así como esfuerzo en el desarrollo del juzgamiento, puesto que, acordar sobre aspectos de los hechos o algunos medios de prueba, va a originar en las partes que su estrategia probatoria se centre en los puntos controvertidos del caso. Un hecho probado a través de una convención puede ser descalificado por una prueba que se actúe en el juzgamiento, por incorporación de un elemento que lo

desacredite. El juez tiene la libertad de aprobar de los hechos que fueron sometidos a la convención probatoria o por el contrario determinar que fueron desvirtuados por la actuación de otras pruebas, en cuyo caso debe expresar su razonamiento por el cual desestimó la convención probatoria. Respecto a la extensión de una convención probatoria, esta se circunscribe solo a hechos de orden secundario y a las circunstancias de los hechos, puesto que no se puede convenir en cuanto a la existencia del hecho delictuoso o responsabilidad del procesado (San Martín Castro, 2020, pp. 847-848).

1.4.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Respecto a la falta de dosaje ético en el acusado, es de destacar, el pronunciamiento de la Corte Suprema contenida en el recurso de nulidad de Cusco, el cual en su fundamento quinto señala, que únicamente el estado de ebriedad en el que se encontraba el procesado en el momento de los hechos puede constituir una circunstancia de atenuación prescrita en los Arts. 20, inciso 1 y 21 del CP. Si bien no se da la existencia de un dictamen de dosaje ético, dicha situación fue aceptada por la agraviada no habiendo cuestionamiento sobre su producción, por lo que resulta verosímil; en esa línea, se puede colegir que la conducta del procesado se enmarca en una eximente de responsabilidad penal imperfecta, en el supuesto de grave alteración de la conciencia, consecuentemente, dicha circunstancia puede configurar el mérito para la disminución de la pena (Recurso de Nulidad N° 3465-2013-Cusco, 2014).

También es importante destacar el recurso de Casación Arequipa, el cual deriva de hechos que se dieron en un contexto de acoso sexual, dado que el acusado pretendió tener acceso carnal sexual contra su voluntad con la agraviada, pero ante la resistencia de la víctima le privó de su vida; dicha ejecutoria, en su fundamento octavo señala que cuando se está ante los supuestos de eximentes imperfectos descritos en los artículos 21 y 22 del CP, no puede considerarse como una facultad para el magistrado la disminución de la pena, sino un mensaje para dicho magistrado de que si presenta alguna de estas circunstancias deberá disminuir la pena dentro de una discrecionalidad que puede determinarlo en clave de

proporcionalidad; asimismo, indica que, en cuanto al estado de ebriedad en que actuó el procesado, que si bien no consta una prueba pericial al respecto, según los hechos declarados probados no puede desconocerse que libo licor; así también la eximente incompleta por estado de embriaguez está dirigida para casos de afectaciones profundas de la facultades, pero que no alcanzan a su pérdida total (Recurso Casación N° 997-2017/AREQUIPA, 2018).

En el caso en análisis, materia del presente trabajo, si bien no hubo certificado de dosaje etílico practicado al procesado, el estado de ebriedad con que actuó éste en los momentos de la violación sexual no puede desconocerse, puesto que quedó determinado y probado por las declaraciones del testigo Fredy Condori, de la propia agraviada, por la convención probatoria a que arribó el Ministerio Público y la defensa, más aún que en el fáctico de la acusación se menciona que el acusado se encontraba en estado de ebriedad; siendo pertinente declarar que la propia menor agraviada en su declaración en cámara Gessel señaló que estaba tomando preparado desde las 10 a 11 horas, y cuando retornó al lugar seguían tomando ellos, que tomaban puro el preparado y solo al acusado le estaban haciendo tomar hasta que éste se lo tomó toda la botella; y el mencionado testigo declaró que comenzaron a tomar desde las 9 a 10 horas hasta la 14:00 horas en que se fueron a tomar a otro lugar, siguieron tomando en la chacra, a las 17 :00 horas el acusado se quedó con la menor agraviada en minutos que salió de la chacra y al retornar observó que el acusado estaba en el suelo durmiendo, cabeceando, estaba más borracho, por eso tenía sueño. De todo lo anterior se aprecia en el caso la verificación de la eximente imperfecta por estado de ebriedad del procesado, y por las circunstancias de los hechos tuvo una afectación o perturbación de la conciencia importante pero solamente disminuida, no anulada en su totalidad.

1.5 El error de tipo en delitos sexuales, cuando el acusado niega los hechos y su apreciación de oficio por los jueces.

1.5.1 Marco normativo.

El Art. 14 del CP prevé el error de tipo, el cual señala, que cuando se presente un error sobre algún elemento del tipo penal o en relación a una circunstancia que

agrave la pena, si este error es invencible, se excluye la responsabilidad o la agravación. En tanto si es vencible, la infracción será sancionada como culposa cuando se encuentre prevista como tal en la ley penal (Decreto Legislativo N° 635. Código Penal, 1991).

1.5.2 Marco doctrinario.

Respecto al error de tipo en el caso de violación sexual de menores, dicho error descrito en el Código Penal consiste en el desconocimiento o equivocado conocimiento de un elemento del tipo penal, que da como consecuencia, según sea invencible o vencible, que el agente no sea responsable penalmente o que la sanción se considere culposa cuando estuviese establecida en la ley penal; es posible sostener el error de tipo en relación a la edad del sujeto pasivo de la acción, y esta situación se puede dar cuando el agente realice su accionar o conducta de acceso carnal creyendo firmemente de que la víctima tiene una edad mayor de 14 años, pero para ello se debe tener en cuenta de que en el accionar del agente no haya mediado violencia o amenaza hacia la víctima, dado que de verificarse estos actos de violencia o amenaza, lo hechos se encuadraran en el delito de violación sexual tipificado en el Art. 170 del CP (Salinas Siccha, 2018, pp. 1044-1045).

En cuanto a la apreciación del grado del error de tipo, esto va a depender de la información, mecanismos y otros aspectos con que haya podido contar el agente de delito en los momentos de la comisión de hecho delictivo, también incidirá sus condiciones personales y demás circunstancias que se den en esos momentos. Si se llega a probar en forma fehaciente que el agente actuó en un error de tipo, sobre la edad del menor, se excluiría su responsabilidad, condicionado a que no haya producido violencia o intimidación, dado que si medio violencia y/o amenaza grave en la violación sexual, tal proceder se enmarcaría en el tipo penal de violación sexual, Art. 170 del CP. Tales circunstancias deben evaluarse con mucha prudencia, a fin de evitar los abusos, el error procederá cuando se haya analizado la suma de los factores que rodeen al hecho (Peña Cabrera, 2019, p. 704).

1.5.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

En cuanto al error de tipo, como marco jurisprudencial, es destacar la casación Ica, por violación sexual de menor de edad, el cual señala en su fundamento tercero de derecho, que para determinar un error relevante, se debe tener en cuenta, entre otros elementos, los siguientes: en el caso de la prueba del conocimiento, se debe tener en cuenta las reglas de la experiencia, o específicamente las reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno, que se utilizará para poder determinar, sobre la base de ciertos datos externos, qué es lo que se representó la persona en los momentos del hecho; para verificar el error, se debe considerar, conforme a las reglas de la experiencia, que en el sujeto activo existió una falsa representación de la realidad antes de la conducta imputada, esto es, cuando el agente no tenía conocimiento sobre los elementos normativos y descriptivos de tipo penal, como la calidad del sujeto, calidad de la víctima, el comportamiento sea activo u omisivo, el objeto material, entre otros (Casación N° 742-2016, Ica, 2018).

En el presente caso, materia de análisis, se tiene que en la sentencia de primera instancia, el juez tras la valoración de la prueba y de analizar el objeto de debate, esto es, luego de haber establecido el hecho del acceso carnal sexual de violación, la autoría del acceso carnal y la violencia ejercida por parte del acusado Franklin Quispe Idme, pese a la refutación por parte de la defensa técnica del mismo; analizó la hipótesis fáctica acusatoria respecto a la edad de la menor agraviada de 13 años y si es que el acusado tenía conocimiento de dicha edad, llegando a establecer de que por convención probatoria se determinó que la agraviada nació el 30 de diciembre del 2012, teniendo 13 años, 7 meses y 13 días el día de los hechos; y en específico, y cuanto al conocimiento de la edad de la menor no existe elementos de prueba o facticos propuestos por la fiscalía que demuestre o que generen convicción de que el acusado tenía certeza de la edad de la menor; contrariamente se advierte: la menor estaba próxima a cumplir 14 años, del video de la cámara Gessel no se aprecia la contextura o rostro de la menor de la cual se pueda concluir su edad, la menor agraviada denota cierta autonomía de un adolescente, ya que se convino que la menor, el acusado y el testigo estuvieron libando licor en la mañana y parte de la tarde del día de los hechos, la menor no conocía al acusado, la menor

presentaba desgarro himenal antiguo, de lo que se infiere que se inició sexualmente antes del día de los hechos y el acusado acababa cumplir 18 años tres días antes del día de los hechos, por lo que se infiere de todo ello que el acusado realizó la conducta con una persona menor que él pero mayor de 14 años.

En efecto, se advierte un correcto análisis por parte del colegiado respecto a la edad de la menor y al conocimiento por parte del procesado, evaluación de oficio que realizó el colegiado para una correcta aplicación de la norma o tipo penal al caso, en consideración a los hechos antes indicados, por lo que se generó en él una falsa representación de la edad de la menor, empero al haber mediado violencia en su conducta, los hechos se subsumirían ya no el delito de violación sexual de menor de edad, sino en el tipo penal de violación sexual contemplado en el Art. 170 de CP; todo este análisis respecto a la edad de la menor sirvió como sustento, sobre la base del principio iuria novt curia, el juez conoce el derecho, para que el colegiado formule su desvinculación procesal de la calificación jurídica de los hechos planteada en la acusación por el Ministerio Público, al amparo de Art. 374 del Código adjetivo, para que finalmente lo califique como delito de violación sexual, establecido en el Art. 170 del Código Penal, puesto que el acusado utilizó violencia para el acto sexual.

1.6 Determinación de la Pena: cuando concurre una circunstancia atenuante privilegiada: el acusado recién cumplió 18 años y actuó en estado de ebriedad.

1.6.1 Marco normativo.

Nuestro Código Penal señala en los artículos 45, 45 A, 46, 46 A, 46 B, 46 C, 46 D, 46 E distintas y diversas circunstancias, criterios y factores a tener en cuenta para establecer la individualización de la pena; en el artículo 45 A prescribe el sistema de tercios, esto es, luego de verificar la pena abstracta la divide en tres espacios o partes, seguidamente para la determinación de la pena concreta tendrá en cuenta la concurrencia de circunstancias agravante o atenuantes, distribuyéndolas de la siguiente manera: ante la inexistencia de atenuantes y agravantes o cuando se

tenga solo circunstancias atenuantes, la pena concreta se ubicará al interior de los márgenes del tercio inferior; de concurrir circunstancias de agravantes y atenuantes, la pena concreta se ubicará en el tercio intermedio; y ante la concurrencia única de circunstancias agravantes la pena concreta se ubicará dentro de los márgenes del tercio superior. Ahora bien, el citado artículo establece también la distribución de la pena ante la presencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias agravantes cualificadas, en cuyo caso la distribución de la pena concreta será la siguiente: ante la presencia de circunstancias atenuantes, la pena concreta se ubicará por debajo del tercio superior; cuando concorra circunstancias agravantes la pena de individualizara por encima del tercio superior; y cuando se verifique la concurrencia de ambas circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se ubicará dentro de los límites de la pena básica (Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, 1991).

1.6.2 Marco doctrinario.

En relación a las circunstancias atenuantes privilegiadas, se puede calificar como atenuantes privilegiadas propias las señaladas en los artículos 21 y 212 del CP, por poseer en sus articulados todos los elementos que lo señalan como tal, esto es, las eximentes incompletas y en los atentados contra el sistema crediticio en el caso de autores que se acogen al beneficio por colaboración, respectivamente, en donde en ambos casos se señala, en concreto, que la pena podrá ser disminuida del mínimo legal hacia abajo; también nos señala la existencia de otras atenuantes privilegiadas que podría recibir el nombre de impropias por no estar señaladas expresamente en el código penal, esto es, por no haberse señalado en forma expresa que la disminución de la pena se realizara por debajo de mínimo legal, siendo estas: las atenuantes sustantivas impropias de carácter facultativo, esto es, la responsabilidad restringida (Art. 22 del CP); las atenuantes sustantivas impropias de carácter obligatorio como son el error de prohibición vencible (Art 14 CP), la complicidad secundaria (Art. 25, segundo párrafo); asimismo, se tiene la atenuante privilegiada procesal como es la confesión sincera señalada en el artículo 160 y su efecto en el artículo 161 del CPP (Guevara Vásquez, 2021, pp. 246-250).

No resulta del todo sencillo evaluar el efecto de atenuación de una atenuante genérica privilegiada, pues el efecto atenuatorio no está precisado de la misma forma, ya que algunas atenuantes señalan una disminución de la pena por debajo del mínimo legal indicando de manera precisa la reducción porcentual, como por ejemplo el Art. 161 del CPP que contiene la confesión sincera en la cual indica la permisión de la reducción de la pena hasta una tercera parte del mínimo legal hacia abajo, en otros casos permiten dicha reducción aunque sin expresar una especificación porcentual, como es el caso de las eximentes incompletas a que hace referencia el Art. 21 del CP y en otros supuestos están las que señalan solamente una disminución prudencial de la pena sin señalar específicamente si el juzgador puede disminuir el mínimo legal, como por ejemplo el caso de la tentativa prescrito en el Art. 16 del CP o el supuesto de la colaboración eficaz señalado en el Art. 475, Inc. 2 del CPP. La forma de tratar de las atenuantes genéricas deber ser igual, esto es, otorgarles el reconocimiento de poder disminuir el marco penal abstracto por debajo del mínimo legal. En cuanto a la posibilidad de hasta dónde debe disminuirse el marco del mínimo legal cuando las atenuantes privilegiadas no expresen específicamente una disminución porcentual, debe ser aquella que confiere los mayores márgenes de uso de la discrecionalidad a fin de que el juzgador encuentre la pena concreta con miras a que se proporcional al hecho (García Cavero, 2019, pp. 987-988).

1.6.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

En cuanto a la responsabilidad restringida por la edad, como circunstancias atenuante privilegiada, la Corte Suprema se ha pronunciado a través del recurso de nulidad de Lima Sur, el cual tiene como fácticos el delito de robo agravado, cometido por dos personas que tenían en los momentos de los hechos 19 y 20 años de edad; en su fundamento 6.1.3 y 6.1.4 señala que la reducción de la pena por responsabilidad restringida no es una interpretación subjetiva, sino se establece en observancia del principio de legalidad y el de culpabilidad, siendo que esta reducción por debajo del mínimo legal ha sido analizada y aceptada en varias ejecutorias de la Corte Suprema, siendo razonable imponerles una pena por debajo

del mínimo legal de 7 años con seis meses (Recurso de Nulidad 462-2019-Lima Sur, Lima, 2020).

En relación a la eximente incompleta de estado de ebriedad, resulta pertinente hacer alusión al pronunciamiento de la Corte Suprema a través de la casación Ancash, en el cual se analiza la imposición de 06 años de pena privativa de la libertad a un imputado que se le halló responsable del delito contra la libertad sexual, actos contra el pudor, siendo la agraviada una menor de edad; la cuestión que se dilucidó en el caso fue la inaplicación de Art. 21 del CP, por cuanto el procesado en el momento de los hechos se encontraba en estado de embriaguez; tras realizar el análisis, la Corte Suprema en su fundamento noveno de derecho consideró que la capacidad de culpabilidad del imputado estuvo disminuida, verificándose una eximente incompleta, por lo que autoriza a aplicar una pena que esté por debajo del mínimo legal, y para ello esta disminución no se realiza en base a criterios legales, predeterminados o tasados, sino a la prudencia del juez, ya que se le otorga discrecionalidad amplia, para cuyo fin debe aplicar criterios racionales y motivados; determinando imponerle finalmente, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, 05 años de pena privativa de libertad (Casación 2039-2019, Ancash, 2021).

Como bien se sabe, la determinación de la pena es la operación de manera valorativa y técnica realizada por el juez mediante el cual va a imponer la pena correspondiente al agente, tras haber verificado la existencia del delito y su responsabilidad. En el presente caso materia de análisis, en la sentencia de primera instancia se estableció el marco abstracto de la pena por el delito de violación de la libertad sexual de no menor 12 ni mayor de 18 años, esto por desvinculación procesal del Tribunal colegiado; luego por la circunstancia atenuante privilegiada de responsabilidad restringida, ya que el procesado recién cumplió 18 años, se disminuyó en una mitad por debajo del mínimo, esto en base al razonamiento de que si se aumenta un medio por encima del máximo legal cuando concurre una circunstancia agravante de igual forma se debe disminuir un medio por debajo del mínimo legal cuando se verifica una circunstancia atenuante privilegiada, como lo es la responsabilidad restringida; siendo el nuevo marco punitivo de no menor de 6

años como mínimo legal ni mayor de 12 años como máximo legal; seguidamente, en la sentencia, se procedió a establecer la pena concreta, para cuyo efecto dividió dicha pena en tercios, es decir: el tercio inferior de 06 a 08 años, tercio intermedio de 08 a 10 años y el tercio superior de 10 a 12 años; al presentarse la atenuante de carencia de antecedentes y no concurrencia de agravante genérica, se ubicó la pena en el tercio inferior; seguidamente, el colegiado, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, estableció que el grado del injusto fue de mediana gravedad, y en cuanto a la culpabilidad consideró como circunstancias atenuantes privilegiadas el estado de ebriedad del acusado en el momento de los hechos y la responsabilidad restringida por edad de 18 años que acabó de cumplir, y tomando en cuenta la posibilidad de disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, estimó rebajarle 02 años, fijándose una pena final concreta de 04 años de pena privativa de libertad suscrita por 01 magistrado (ponente), habiendo un voto en discordia solicitando la absolució;n; empero al presentarse un desacuerdo en la imposición del quantum de la pena entre los 02 magistrados que optaron por la sentencia condenatoria, uno de los cuales solicita se le imponga 06 años de pena final, se recurrió a lo estipulado en el Art. 392, inc 4 del código adjetivo, el cual señala que las decisiones se adoptan por mayoría, aplicándose en todo caso el término medio, imponiéndosele finalmente como pena final 05 años de pena privativa de la libertad efectiva.

Como se podrá apreciar, en el caso se disminuyó la pena por debajo de mínimo legal por la concurrencia de las dos circunstancias atenuantes privilegiadas de eximente incompleta, esto es, estado de ebriedad y la responsabilidad restringida por tener 18 años de edad, posición con la que estoy de acuerdo, por cuanto, en aplicación del principio de proporcionalidad, en torno a la capacidad de culpabilidad del agente, no se podía desconocer dichas circunstancias, ya que el procesado estuvo libando licor desde horas de la mañana, conforme lo señaló el testigo y la propia agravada, siendo que la violación se produjo en horas de la tarde a la 15.00 aprox, advirtiéndose de ello que su facultad de comprender el carácter de ilícito cometido estuvo disminuido en cuanto a su percepción; así también sería incorrecto, no disminuir la pena por la responsabilidad restringida del procesado en atención a que recién cumplió 18 años, tres días antes de los hechos, aplicación

además que se ha realizado conforme al principio de legalidad, proporcionalidad y a la jurisprudencia nacional como se ha anotado.

Caber indicar como comentario, que, en la legislación penal sustantiva actual, establecida en el Art. 170 CP, sobre violación sexual, el realizar dicho ilícito en estado de ebriedad es una agravante cuando la presencia de alcohol en la sangre es superior a 0.5 gramos-litro; no obstante, dicha agravante no aplica al caso en razón a la fecha de comisión de los hechos.

2. En cuanto a temas procesales penales.

2.1 La prueba en delitos sexuales: Aplicación del Acuerdo 02-2005.

2.1.1 Marco normativo.

En cuanto a la valoración de la prueba, el Nuevo Código Procesal Penal en su Art. 158, Inc. 1 señala, que para dicha valoración el Juez deberá considerar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y hará de conocimiento los resultados obtenidos y los criterios que se adoptaron; en el Inc. 2 establece que en los casos de testigos de referencia, la declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con la presencia de otras pruebas que verifiquen los testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o una sentencia condenatoria; y en Inc. 3 prescribe que la prueba por indicios precisa que este probado; la inferencia a que se arribe se realice sobre la base de las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; si se trata de indicios contingentes estos deben ser plurales, concordantes y convergentes, no debiendo presentarse conindicios que sean consistentes (Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

2.1.2 Marco doctrinario.

Respecto a la prueba en el delito de violación sexual, este tipo de delito, dada su naturaleza y la forma de su comisión que se realiza en la clandestinidad, ocasiona a que se tenga que enfrentar a un ilícito en el que los medios probatorios son

escasos, contándose en varios casos como único medio probatorio la declaración de la víctima, lo que se torna en insuficiente para la acumulación del acervo probatorio, impidiendo quebrantar en forma válida el derecho a la presunción de defensa. Asimismo, si el hecho de probar es crear convicción en el juzgador de que nuestras pretensiones son congruentes con la realidad, resulta lógico que se debe tener los elementos suficientes que nos posibiliten llegar a dicha finalidad. Nuestra Corte Suprema ha señalado el camino de evaluación para demostrar la fiabilidad de un testimonio, señalando tres garantías que generan certeza a través del Acuerdo Plenario 2-2005: ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia en la incriminación, empero el problema de estos criterios es llegar a la conclusión de que si se cumplió estas garantías el hecho se probó, ya que lo que se ha probado es solo de que la prueba resulta atendible; puesto que lo que se debe tener en cuenta son los datos periféricos externos que se vinculen con el hecho concreto, esto es, se necesita la contrastación de la prueba (Vargas Meléndez, 2021, pp. 103, 109-110).

La problemática de solo ser la propia agraviada el único testigo del hecho criminoso al declarar los hechos ha sido considerado en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, al exigir que dicha declaración tenga la carencia de incredibilidad subjetiva, sea verosímil y tener persistencia, para resquebrajar la presunción de inocencia. Con relación a la persistencia, aun cuando haya contradicciones, el juez puede emitir una sentencia condenatoria basándose en el relato de la víctima con la condición de que la sindicación este premunida del cumplimiento de garantías. En caso que la sindicación solo se realizase en un momento del proceso como ante el fiscal, se puede valorar la única sindicación del menor realizada ante el fiscal con el cumplimiento de las garantías correspondientes; la persistencia puede apreciarse de las versiones que el menor ha brindado a los familiares, profesores, de lo consignado en cuanto el hecho en el pericia psicológica practicada o versión a otras personas. En cuanto a la verosimilitud, debe evaluarse al máximo la versión, procurándose incorporar indicios objetivos y subjetivos para valorar en forma adecuada la versión de la víctima; con citación de Fuentes Soriano, se tiene que a la declaración se le debe añadir una actividad probatoria de forma indiciaria que haga consistente una condena, probando la presencia de datos periféricos que

acredite la versión; también considerar uniformidad de la imputación en la cual puede haber alteraciones de la declaración de la víctima no trascendentes. Citando a Climent Durant, se tiene que la ausencia de incredibilidad subjetiva se centra en verificar que no exista móviles espurios y condiciones personales que no permitan desestimar la versión; la verosimilitud consiste en que la versión debe ser lógica y que debe existir la corroboración objetiva como son: pericias que denoten la relación sexual o lesiones, declaraciones, vestigios, etc (Tapia Vivas, 2020, pp. 238-245).

2.1.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

En efecto el citado Acuerdo Plenario, señala que, en relación a la declaración de un agraviado, tiene posibilidad de ser prueba válida de cargo pudiendo desvirtuar la presunción de inocencia del agente imputado, para cuyo efecto describe garantías de su certeza, como son: ausencia de incredibilidad subjetiva, esto es, que no debe existir entre el imputado y agraviado relaciones basadas en odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan influenciar o incidir en la parcialidad de la declaración; verosimilitud, es decir, que la declaración además de tener coherencia y solidez, debe estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo; y persistencia en la incriminación, en el sentido de la persistencia de sus afirmaciones en el decurso del proceso (Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, 2005).

Como jurisprudencia a destacar sobre la valoración de la declaración de la víctima, se tiene el pronunciamiento de la Corte Suprema a través de la casación de Ica, la cual tiene como hechos la condena al procesado por el delito de violación sexual de menor de edad; en la misma evalúa en su fundamento de derecho sexto la declaración de víctima, en cuanto a la credibilidad subjetiva señala que esta posee dos variantes para su indagación, una sobre las características físicas y psíquicas de la declarante para evaluar supuestos de ceguera, dificultad en el lenguaje, sordera; y la otra sobre móviles espurios posibles de resentimiento, enemistad, venganza que fluyan de las relaciones entre el procesado y la víctima; respecto a la verosimilitud se evalúa dos aspectos: el interno que se verifica cuando la declaración es coherente, precisa, uniforme y circunstanciada; y el externo cuando

se adviertan corroboraciones periféricas que tengan carácter objetivo y externo; en el caso se consideró lo señalado por la víctima en cuanto detalló los múltiples actos sexuales que el procesado le practicó, el certificado médico legal de integridad sexual, el protocolo de pericia psicológica de la agraviada, la declaración de la perito psicóloga; y en lo relativo a la persistencia, la casación cita a lo resuelto por el Tribunal Supremo de España, recurso de casación 10085/2019, del 24 de julio del 2019, fundamento segundo, que señala que este parámetro supone la ausencia de modificaciones esenciales respecto de las declaraciones de la víctima, ya que no se trata de una repetición de una lección aprendida; la ausencia de generalidades, ambigüedad o vaguedad en las declaraciones y la ausencia de contradicciones en las declaraciones vertidas, debiendo existir una conexión lógica en los diversos momentos (Casación N° 445-2014, Ica, 2021).

En el presente expediente, materia de análisis, en la sentencia de primera instancia se evalúa la versión de la menor agraviada; en cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, aprecia que la menor no sufre ninguna deficiencia psíquica, no se evidencia motivaciones de odio, obediencia, enemistad o venganza que haga suponer que la declaración sea falsa, puesto que la menor señaló que no conocía al imputado; en lo relacionado a la verosimilitud, en el ámbito de la coherencia interna, la declaración fue dada con naturalidad, dando detalles progresivamente, lo que fue reforzado por la declaración de la perito psicológica quien refirió encontrar coherencia en dicha versión; respecto a las corroboraciones periféricas, se señala como tales: las secuelas de su estado emocional, los restos seminales hallados en la prenda interna de la agraviada, restos de polvo y rotura halladas en la prenda short, la lesión en la rodilla, los testigos de referencia (padre y hermano) que apreciaron el estado emocional de la menor al momento de contar los hechos; y en cuanto a la persistencia en la incriminación, no se advirtió que la menor agraviada haya cambiado su declaración en forma esencial. En efecto, se puede advertir del análisis de la declaración de la menor, y tomando en cuenta los actos de investigación dentro del proceso, que cumple con los criterios de establecidos en el anotado Acuerdo Plenario, dado que dicha menor nunca antes conoció al imputado hasta el día de los hechos, por tanto no existe motivos espurios para suponer que creaba o inventaba los hechos; su versión fue coherente y detallada de la forma

como sucedieron los hechos, acreditada por un perito psicólogo, no denota un discurso aprendido de memoria, y lo más importante se apoya en datos objetivos periféricos como los ya mencionado, además que siempre hubo persistencia en la imputación.

2.2 La decisión en mayoría por la condena y desvinculación de la condena.

2.2.1 Marco normativo.

En relación a este tema, es menester referirnos al Art. 392, y en específico al inciso 4 del Código adjetivo, referido a la deliberación de la sentencia, el cual anota que una vez cerrado el debate, los jueces realizaran, inmediatamente y sin tener interrupción, la deliberación por medio de una sesión secreta; y las decisiones que se vayan a tomar se adoptan por mayoría, siendo que en caso no producirse ésta respecto al monto de la pena y la reparación civil, se procederá a la aplicación de término medio. Para el caso de la imposición de cadena perpetua será necesario decisión unánime (Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

2.2.2 Marco doctrinario.

La etapa decisoria del proceso penal la integra la deliberación y sentencia, siendo que la deliberación viene a ser el debate, realizado en una sesión de carácter secreta, que realizan los integrantes del juzgado colegiado en el cual analizan y considerar las razones o motivos que pueden ser a favor y en contra respecto de la inocencia o la culpabilidad del procesado; el debate de la culpabilidad se centra en el análisis que se hace en consideración las pretensiones de la partes y sus alegatos de apertura, que deben coincidir en el contenido de la acusación; la prueba actuada en el juzgamiento; los argumentos de los alegatos de clausura; y el voto de juez que fue ponente. La deliberación se da tanto en los juzgados colegiados como en los unipersonales, por lo que la deliberación puede ser de naturaleza colectiva o individual, la colectiva se realiza tras un debate y la decisión que se adopte genera un acuerdo. Los jueces deben tener presente la independencia e

imparcialidad como sus deberes, de tal manera que privilegian la deliberación como un modo de debate, ya que no debe existir entre ellos controversia; dicha deliberación como debate es cooperativo porque los jueces al interactuar tienen un único objetivo, cual es, la resolución del caso; asimismo, es temático, esto es, no personal, ya que la interacción no está referida con los deliberantes, sino que debe estar con el objeto del debate: la resolución del caso. Resulta trascendental la actitud abierta de los jueces deliberantes, esto es, que comprendan que un caso se torna usualmente en difícil de resolver, por lo que se debe buscar por medio de la racionalidad de un debate la respuesta al caso. Los jueces deben ofrecer en la deliberación, como inicio, un diálogo racional apuntando a resolver el caso, empero si esta deliberación no arriba a un acuerdo, se generará por parte de los jueces decisiones individuales, desarrollándose una controversia entre las mismas, lo que se traducirá finalmente en un fallo del colegiado a través de una sentencia, pero por mayoría y con los votos en discordia del juez o jueces que discrepan con la mayoría (Cubas et al., 2021, pp. 399-400).

La deliberación, que se realiza en sesión secreta y luego de haberse culminado el debate, consiste, en primer término, en la evaluación por parte del tribunal de la prueba que se actuó en el juicio oral y de los alegatos de clausura formulado por las partes, y, en segundo término, tras una votación, en el arribo a un acuerdo relacionado a la culpabilidad o no del procesado, y de resultar culpable, se adoptara un acuerdo respecto a la sanción penal y la correspondiente reparación civil. La referida votación, que va a producir la obtención del acuerdo para arribar a decisiones, se obtiene por mayoría de los votos. De no alcanzarse mayoría con relación a la reparación civil y/o pena se optará por el término medio (San Martín Castro, 2020, p. 599).

2.2.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

En relación a la decisión por mayoría de la condena, es de hacer mención al pronunciamiento de la Corte Suprema por medio de la casación de San Martín, en un caso en que no se obtuvo mayoría para la imposición de una condena de cadena perpetua por la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, a saber,

dicha casación en su fundamento decimotercero, señala que al ser impugnada la condena de cadena perpetua fue confirmada por mayoría, pues en la sentencia de vista se aprecia que uno de los integrantes del Colegiado Superior dio su voto en discordia, no estando de acuerdo con imposición de la condena, por lo que al no existir unanimidad debió optarse por imponer la pena inmediata inferior de 35 años, la cual es posible de imponerse por mayoría (Casación N° 1118-2021, San Martín, 2022).

De lo anterior podemos concluir, que tras la culminación de los debates dentro del juzgamiento, los magistrados tienen que realizar la trascendental labor de la deliberación como paso previo a la emisión de la sentencia, la que puede resultar condenatoria o absolutoria, para lo cual están obligados a realizar un debate entre ellos respecto de la culpabilidad del acusado, tomando en consideración las pruebas actuadas en el juicio oral, los alegatos de apertura, de clausura y el voto del juez ponente, asimismo, deben de poner de relieve los principio de imparcialidad e independencia y la interacción entre ellos con el único objetivo de resolver el caso; la consecuencia de esta deliberación, si todos coinciden en el análisis sobre la razones que demuestran su culpabilidad, es el acuerdo con la correspondiente emisión de una sentencia condenatoria, sin embargo, si no se llega a un consenso se generará una controversia por la decisión individual de cada uno de los jueces, en cuyo caso la decisión final se adoptará, tal como lo señala nuestro código adjetivo, por mayoría; si la mayoría se decanta por la condena, se establecerá como fallo la condena del acusado por mayoría, mientras que el juez que disiente de esta posición mayoritaria se desvinculará de la condena mediante su voto en desacuerdo o en discordia, con la expresión de sus fundamentos de hecho y de derecho de su posición. En el caso de un juzgado colegiado penal, al ser integrado por tres jueces, con dos votos que opten por la condena se fallaría condenando al acusado por mayoría, por sobre el voto de juez emitió su voto en discordia. En el presente caso materia de análisis, el colegiado falló por mayoría, con el voto de dos magistrados, declarando al acusado autor del delito de violación sexual y condenándolo a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, en tanto, que uno de los magistrados emitió su voto en discordia, con la fundamentación correspondiente, con decisión por la absolución del imputado.

2.3 Participación de terceros cuando esto se advierte en juicio oral.

2.3.1 Marco normativo.

En cuanto a la participación de terceros, cuando es advertido en el juzgamiento, se debe tener en consideración lo anotado en el Art. 400 de Código adjetivo, que señala en su inciso 1, cuando de las pruebas actuadas resulte que un testigo declaró falsamente o se infiere responsabilidad de connotación penal de cualquier persona que no esté comprendida en el proceso o se descubre otro delito similar, diferente o conexo al que se está juzgando, y este perseguible por ser de ejercicio de la acción penal pública, se dispondrá en la sentencia que estos hechos sean derivados a la fiscalía para las acciones legales respectivas (Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

2.3.2 Marco doctrinario.

No son pocos los procesos, de los cuales se puede concluir la existencia de un ilícito penal en el momento de la realización del juzgamiento, siendo tres los supuestos que describe el citado artículo 400 del Código adjetivo: el testigo realiza una declaración falsa en el juzgamiento, se infiere responsabilidad de carácter penal de alguna otra persona no comprendida en el proceso y si en el decurso del juzgamiento se llega a descubrir un delito parecido, diferente o conexo con el que se está juzgando. Asimismo, los ciudadanos que declaran en un juicio están obligados a decir la verdad de todo lo que recuerden, no pudiendo ocultar nada ni añadir a los hechos verdaderos otros datos falsos, siendo que la esencia de la falsedad de una declaración radica en la discrepancia entre lo que este testigo conoce y sabe y lo que decide callar, negar o afirmar. Con citación del procesalista Devis Echandía, se describe los requisitos de eficacia de un testimonio, que entre otros son, la ausencia de un interés personal o familiar del declarante testigo, que lo referido por el testigo no entre en contradicción o controversia con otras pruebas que tengan mayor valor legal. Un testimonio se considera falso por la existencia de fácticos que contradicen lo aseverado por dicho testigo, lo que genera el dolo en las afirmaciones por el testigo cuya intención es provocar error en la decisión del

juzgador, por lo que dicho testimonio falso no puede pasar inadvertido, teniendo el juzgador la obligación de comunicar al Ministerio Público para la correspondiente investigación (Cubas et al., 2021, pp. 449-455).

Resulta trascendente para el proceso la carga probatoria, y esta se basa en la participación, entre de otros, de los testigos y peritos, quienes, si en un procedimiento judicial, realizan una falsa declaración en cuanto a los hechos serán pasibles de una pena privativa de la libertad. La declaración que brinda el testigo se convertirá en testimonial tras ser sometida al contradictorio, esto es, prueba, la cual posteriormente será valorado por el juez; lo mismo sucede con el informe pericial que ese concretará en pericia luego del contradictorio, la cual también será objeto de valoración del juzgador; consecuentemente, estas pruebas resultan cruciales para determinar la condena o la absolución del procesado. El testigo tiene la obligación de manifestar la verdad a las preguntas que se le hace a través del interrogatorio, contrainterrogatorio, reexamen, ya que fue llamado por los juzgadores para que coadyuve en el esclarecer los hechos, por lo que comportarse contrariamente a esta obligación de contar la verdad sería burlarse de los tribunales de justicia, lo que resulta altamente reprochable, siendo, por tanto, pasible de una denuncia por falso testimonio, pues la resolución de los jueces puede verse distorsionada por la información falsa del testigo declarante (Rosas Yataco, 2022, pp. 3093-3094).

2.3.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Como jurisprudencia del tema, es de citar lo resuelto por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad de Lima, el cual tiene como fácticos el robo agravado que cometió el sentenciado juntamente con otra persona, destacando en el fundamento sexto, que la sindicación del agraviado es clara y directa, no advirtiéndose un posible error, la misma se encuentra corroborada con la intervención de los serenos que aprendieron al procesado y con la declaración del dueño del hostel, agregándose que el imputado no contaba con dinero en los momentos de la detención, lo que contradice o niega que este fuera a comprar medicamentos; consecuentemente, la versión de la testigo que pretende acreditar o avalar lo vertido

por el procesado, es falsa a toda luces, por lo que corresponde ser procesada por el delito de falso testimonio (Recurso de Nulidad N° 3046-2015, Lima, 2017).

En el presente expediente judicial materia de análisis, el colegiado de juzgamiento advirtió en el juicio oral la posible responsabilidad penal del testigo Fredy Condori, bajo el sustento de que en la imputación fiscal se le imputa haber realizado las veces de campana, la menor agraviada en su entrevista refirió que dicho testigo estaba presente en los momentos de los hechos, desde horas de la mañana este testigo habría instado al acusado a tener con la agraviada una aproximación sexual, y le habló al acusado de un video sexual en el que estaría participando la agraviada y le hizo ingerir licor; así también, advirtió la posible responsabilidad penal de Santos Walter Carrillo Cama, ya que pese a tener la condición de padrastro del acusado, participó en la recepción de la denuncia así como en la diligencia de entrevista personal en su propio domicilio, les solicitó en dos oportunidades a los padres de la menor para que retiren la denuncia o cambien su versión, y revisó el calzoncillo del acusado; por lo que dispuso se remitan las copias de los actuados a la fiscalía para la investigaciones del caso; en efecto, se puede apreciar de los hechos imputados por la fiscalía y la versión de la menor agraviada, que la fiscalía en su acusación imputa al testigo Fredy Condori que hizo el papel de campana en los momentos de los hechos denunciados; y la menor indica que dicho testigo estaba haciendo tomar al imputado, apagó los celulares de la menor, estuvo mirando el momento de la violación y que estaba como campana, además de haber proporcionado un video de la menor al imputado; versión que contradice a la declaración del testigo Fredy Condori que refiere que salió por cinco minutos del lugar de los hechos para esperar a otro amigo, quedándose la menor con el imputado, desconociendo que paso en esos minutos; consecuentemente, de probarse estas imputaciones en contra del referido testigo, se configuraría la participación de dicho testigo como cómplice en el delito de violación sexual, por tanto, corresponde que se realice una debida investigación por parte de la fiscalía para establecer las responsabilidades a que hubiere lugar. De la misma forma, se advierte de los actuados de investigación, de la declaración del efectivo policial testigo Santos Walter Carrillo Cama y las declaraciones del progenitor y hermano de la menor agraviada, que dicho testigo policial como padrastro recepcionó la

denuncia por parte del progenitor de la menor, y que se habría constituido en dos oportunidades al domicilio de los padres de la menor, con el objetivo de solicitarles de que retiren la denuncia inclusive ofreciendo dinero, ya que se encargaría de arreglar la denuncia y que habría revisado el calzoncillo del procesado; por lo que estas imputaciones de ser corroboradas configurarían posibles delitos como la omisión de denuncia, dada la condición de testigo policial, encubrimiento personal y real, falsedad ideológica, y los que hubiere lugar, por lo que corresponde que se realice una investigación exhaustiva por parte del Ministerio Público.

2.4 Desvinculación procesal.

2.4.1 Marco normativo.

El Art. 374, Inc.1 del NCPP, establece el Poder del Tribunal para desvincularse del tipo penal atribuido por el fiscal en su acusación, al establecer que, si durante el juicio antes de que culmine la actividad probatoria, el juez advierte la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos que fue considerada por el Ministerio Público, deberá hacer de conocimiento de esa posibilidad al fiscal y al imputado. Las partes se pronunciarán respecto de la tesis planteada por el juez y propondrán la prueba que consideren. En caso que las partes señalan que no están preparadas para pronunciarse sobre ella, se podrá suspender el juicio hasta el plazo de 05 días para que tengan la oportunidad de exponer lo conveniente (Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

2.4.2 Marco doctrinario.

Se regula el supuesto en que el fiscal oraliza los alegatos de inicio, realizando una tipificación del hecho, por su parte la defensa hace lo propio oralizando su argumentos, luego se da inicio a la actuación probatoria; siendo que el juez, sobre la base del principio iura novit curia, en el decurso de la actuación probatoria, hace conocer al fiscal y al procesado otra calificación jurídica de los hechos distinta a la formulada por el fiscal, lo cual correrá traslado a dichas partes procesales para que se pronuncien al respecto, seguidamente se dará la posibilidad a las partes de

proponer la prueba que posibilite la verificación de los elementos objetivos y subjetivos del nuevo tipo penal; dicha prueba adicional será nueva y consiste en otro supuesto de la nueva prueba no contemplada en el Art. 373. Si alguna de las partes no se encuentra preparada para la realización del debate de la nueva calificación jurídica, se podrá suspender la audiencia por cinco días. Se establecieron precisiones sobre la desvinculación procesal señaladas en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 (2007), esto es, a) identidad en el hecho, es decir no puede ser modificado, b) la homogeneidad del tipo penal, que implica que la nueva calificación debe proteger el mismo bien jurídico, c) la comunicación de esta nueva calificación jurídica, a fin de que el acusado posibilite su defensa. Debe comprender esta desvinculación procesal en el marco del principio iura novit curia, es decir, el juez como conocedor del derecho puede comunicar la posibilidad de otra calificación jurídica más idónea de los hechos (Cubas et al., 2021, pp. 298-299).

En la tramitación del juicio oral, antes de que culmine la actividad probatoria, el juez de oficio, si advierte la posibilidad de una calificación jurídica del hecho no tomada en cuenta por Ministerio Público, puede tomar la decisión del planteamiento de la tesis de desvinculación procesal y propiciar entre las partes un debate para su correspondiente pronunciamiento. No pueden ser modificados los hechos esenciales. No se producirá una indefensión al acusado, puesto que será posible la modificación del tipo penal cuando el acusado ha tenido la posibilidad de defenderse respecto de todos los elementos de hecho del delito atribuido en la sentencia. Resulta inocuo la nueva calificación jurídica si se da la existencia de la homogeneidad del bien jurídico y se verifica el respeto en cuanto a la identidad de los hechos (San Martín Castro, 2020, pp. 613, 618-619).

2.4.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Es preciso hacer mención el pronunciamiento de la Corte Suprema a través de la casación Junín, respecto de la desvinculación procesal que realizó en un caso del delito de feminicidio por el delito de homicidio calificado, el cual en su fundamento sexto de derecho señala, que tanto la sentencia de primera instancia como la de

vista, efectuaron un razonamiento jurídico de la desvinculación debidamente motivadas, puesto que no transgredieron sus presupuestos: homogeneidad del bien jurídico, la inmutabilidad de los hechos y de las pruebas, la preservación del derecho de defensa, la coherencia entre los facticos y normativos para la realización de la adecuación al tipo y la favorabilidad (Casación N° 616-2021, Junín, 2022).

En el presente expediente, se advierte una correcta desvinculación procesal que realizó el Colegiado, al amparo del Art. 374.1 de NCPP, respecto de la calificación jurídica que realizó la fiscalía en su acusación, esto es, se desvinculó del delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el Art. 173 Inc. 2 del CP por el delito de violación de la libertad sexual previsto en el Art. 170 primer párrafo del CP concordado con el segundo párrafo Inc. 6, ambos articulados vigentes en ese entonces por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013); siendo el razonamiento de que, al no haberse probado que el acusado tenía conocimiento de que la menor tenía menos de 14 años, en aplicación del principio *iura not curia*, el juez conoce el derecho, debe aplicarse el derecho que corresponda en salvaguarda del principio de legalidad, calificándolo como violación sexual, toda vez que se acreditó que el acusado ejerció violencia para el acceso carnal. En efecto, no se probó que el acusado conocía la edad de la menor, quedando subsistente la violencia ejercida, produciéndose la figura jurídica de error de tipo solo en cuanto al desconocimiento de la edad de la menor; asimismo, es de resaltar que la desvinculación se dio en estricto cumplimiento de los requisitos que señala la ley y sus presupuestos, a saber, el colegiado hizo de conocimiento de sus tesis de desvinculación al fiscal y al imputado en el juicio oral antes de la culminación de la actividad probatoria, les otorgó el plazo respectivo para que se pronuncien al respecto, manifestando posteriormente la fiscalía su ratificación de su acusación inicial y no ofreciendo pruebas, mientras que la defensa mostró su conformidad con la desvinculación con ofrecimiento de prueba; en cuanto a los presupuestos se advierte homogeneidad en el bien jurídico, no hubo modificación de los hechos, se salvaguardó el derecho de defensa de las partes y la favorabilidad de la

desvinculación; consecuentemente, se realizó una desvinculación procesal apegada al marco legal.

2.5 El recurso de casación, errores en su formulación, con trascendencia en el derecho de defensa del acusado.

2.5.1 Marco normativo.

En cuanto a la procedibilidad del recurso de casación, conforme a nuestro código procesal penal, Art. 427 de NCPP, en su inciso 1, señala que este procede en contra de pronunciamientos expedidos de una Sala Penal Superior, es decir, contra las sentencias definitivas, autos de sobreseimiento, autos que pongan fin al procedimiento, los autos que pongan fin al procedimiento, los autos que extingan la acción penal, autos que denieguen la extinción de la acción penal, autos que extingan la pena, autos que denieguen la extinción de la pena, auto que deniegue la conmutación de la pena, auto que deniegue la reserva de la pena, auto que deniegue la suspensión de la pena; en el inciso 2 indica que dichas resoluciones tienen su limitación relacionadas a los años de privación de la libertad establecidas en el delito que se imputa o en el monto de la reparación civil, esto es, en cuanto a los autos que pongan fin al procedimiento, el delito imputado más grave debe que tener en su extremo mínimo una pena privativa de la libertad superior a 6 años establecida por ley; y de igual forma, en la sentencia, el delito más grave contenido en la acusación necesariamente debe tener en su extremo mínimo o límite inferior una pena privativa de la libertad mayor a 6 años señalada por ley; al tratarse de sentencias que dispongan una medida de seguridad, ésta debe ser de internación; en el inciso 3 indica que en cuanto a la impugnación relacionada a la responsabilidad civil, el monto fijado en la sentencia de primera o segunda instancia debe ser superior a 50 unidades de referencia procesal o cuando el objeto de la restitución no posibilite ser valorado económicamente; en el inciso 4, señala que, en forma excepcional, procederá el recurso de casación en situaciones distintas a las antes señaladas, en casos en la que la Sala Penal de la Corte Suprema, en forma discrecional, lo considere de necesidad para desarrollo de la doctrina jurisprudencial (Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

2.5.2 Marco doctrinario.

Las características notables del recurso de casación son: a) es de carácter extraordinario, por cuanto los motivos o causas por lo que se interpone se encuentran señalados por la normatividad procesal, constituyéndose en un recurso limitado, no siendo una nueva instancia, porque es considerado un mecanismo extraordinario tendiente a enmarcar o ajustar a la legalidad las decisiones judiciales que se adoptaron en la Sala Superior, es decir, se centra en la legalidad o cuestiones de derecho, este recurso se somete a formalidades procedimentales especiales, y conllevando a un conocimiento muy limitado de la cuestión fáctica o los hechos; b) es un recurso devolutivo, dado que la Sala Penal de la Corte Suprema, como órgano superior de las Salas Penales Superiores, tiene competencia excluyente y exclusiva respecto de estos recursos; c) tiene la característica de ser un recurso no suspensivo, puesto que no imposibilita la ejecución en forma provisional de la resolución recurrida; d) la función más trascendente es la tutela o protección de las normas del ordenamiento jurídico, esto es, función nomofiláctica y la realización de la unificación de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho (San Martín Castro, 2020, pp. 1009-1010).

El planteamiento de este recurso se puede dar a través de una casación ordinaria, que es la prevista en el Inc 1 del Art. 427 de NCPP y la casación excepcional señalada en el inciso 4 del mismo artículo, esto es, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y para ello el impugnante debe cumplir en señalar las materias o materia para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial y la necesaria fundamentación del interés que tengan estas materias para que proceda el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; asimismo, se cumplirá esta exigencia cuando en un punto del escrito del recurso se exprese los temas propuestos y se desarrolle y fundamente el interés casacional, lo que no releva a que se cumpla con los demás requisitos que señala la norma, como es la indicación de las causales del recurso con su debida sustentación. El petitorio del escrito debe ser un pedido sucinto y concreto, y para ello el abogado deberá indicar el efecto pretendido en la sentencia, como pronunciamiento del Tribunal de Casación, que puede ser sin reenvío o con reenvío, en el primer caso cuando la Sala Suprema actuando como

instancia revoca lo que decidió la Sala Superior confirmando la sentencia del juez de primera instancia o confirmando la sentencia de segunda instancia; y en segundo caso declarando la nulidad de lo actuado desde la etapa intermedia, retrotrayendo el caso a esta etapa, o declarar la nulidad del juzgamiento de primera instancia para que se realice un nuevo juicio, o declarando la nulidad de la sentencia de segunda instancia ordenándose una audiencia de nueva apelación, en ambos casos con la debida fundamentación (Huayllani Choquepuma, 2020, pp. 41-48).

Otro aspecto importante, para fines de un correcto escrito, es tener en cuenta las causales o motivos casacionales con su debida fundamentación. Al respecto, los motivos casacionales son supuestos que la Corte Suprema considera porque contravienen el derecho o procedimiento; siendo la fundamentación la justificación del motivo o causal que se realiza en la valoración de un caso específico; la misma que debe ser concreta con una debida argumentación para así concitar la atención y captación del Juez en los momentos que realice la calificación y la respectiva revisión del escrito, de modo tal que resulte necesario su evaluación en casación; resultando útil la precisión de la fundamentación en los momentos de la sustentación del recurso de casación en la audiencia correspondiente, precisando la actividad que vulneró el derecho de la parte procesal. Los motivos casacionales están prescritos en el Art. 429 del NCPP, a los que denomina: casación constitucional, cuando la sentencia o auto fue expedido inobservando algunas de la garantías constitucionales que tienen carácter procesal o material, o también con una errónea o indebida aplicación de estas garantías; casación procesal, cuando la sentencia o auto ha incurrido o derivado de la observación de las normas legales que tengan carácter procesal y que estén sancionadas con nulidad; casación penal material, estos es, la sentencia o auto realizó una aplicación indebida, una interpretación errónea o ausencia de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas para que resultan necesarias para su aplicación; casación por defecto de motivación; que se configura cuando la sentencia o auto fueron expedidos con manifiesta o falta de logicidad de la correspondiente motivación, es decir, el vicio resulte de su propio tenor; y casación jurisprudencial, la cual se verifica cuando la sentencia o auto expedido se aparta de la doctrina jurisprudencial de la Corte

Suprema o por el Tribunal Constitucional (Huayllani Choquepuma, 2020, pp. 71-72).

Otro punto importante a tener en consideración, a fin de no cometer errores en la elaboración del recurso, es en cuanto a la calificación de mismo. En cuanto a ello el escrito de casación se somete a dos calificaciones: la primera calificación por Sala Penal de Apelaciones emitente del auto o sentencia de segunda instancia, la cual es estrictamente formal, pudiendo declarar su inadmisibilidad en los supuestos que se prevén en el Art. 405 de NCPP o por la invocación de motivos casacionales distintos a los previstos en el NCPP, consecuentemente, solo verificará la procedibilidad, la legitimidad, el plazo y la forma, que será 10 días a partir del día siguiente de la notificación que se recurrirá vía casación, la fundamentación de recurso y la proposición de la materia que tenga interés casaciones con su fundamentación; y la segunda calificación por la Corte Suprema, en la que se declarará inadmisibile: por no cumplimiento de los requisitos formales, esto es, incumplimiento de los requisitos de Art. 405 del NCPP; invocación de motivos distintos casacionales que los establecidos en el Art. 429 del NCPP; cuestionamiento a resoluciones inimpugnables en casación; en el supuesto que se consienta o no se haya impugnado la decisión de la primera instancia, o se haya formulado agravios nuevos que no hayan propuestos al interponer el recurso de apelación; del igual forma declara inadmisibile el recurso cuando el escrito carezca en forma manifiesta del respectivo fundamento tanto en la casación excepcional como en la casación ordinaria; en el caso de desestimación de recursos similares, es decir, cuando hubo desestimación de recursos iguales sustancialmente y el recurrente no ofrezca argumentos para que se modifique la doctrina jurisprudencial o criterio establecido (Huayllani Choquepuma, 2020, pp. 143-150).

2.5.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

Respecto a la no posibilidad, en sede de casación, sobre la revaloración probatoria, resulta pertinente lo señalado por la Corte Suprema en la Casación de Huánuco, el cual en su fundamento quinto señala, que las causales que se invocaron por el recurso no revisten contenido casacional, puesto que la pretensión del recurrente

está dirigida a una revaloración probatoria que solamente se encuentra reservada a los Tribunales de primera y segunda instancia, correspondiendo desestimar dicho recurso (Casación N° 1877-2018, Huánuco, 2019).

Como se apreciar, lo primero que se tiene que tener en cuenta, es la naturaleza jurídica del recurso de casación, esto es, que en el recurso extraordinario de casación no se puede efectuar un reexamen de los hechos ni de las pruebas del proceso; puesto que el ámbito de competencia del recurso de casación está circunscrito exclusivamente a un reexamen normativo, a fin de verificar infracciones normativas de carácter material o procesal que se adviertan dentro de la sentencia recurrida, es decir, el ámbito del debate en la Corte Suprema, vía el recurso de casación, está restringido únicamente a infracciones normativas. Y esto es importante tener en consideración, ya que es un error pretender que a través del recurso de casación se va alcanzar un reexamen o valoración de los hechos o de material probatorio, como si fuese el recurso de casación una instancia más.

En el presente expediente, el recurso de casación presentado por el condenado Franklin Quispe Idme contiene errores en su formulación, como son los siguientes: en el petitorio no se señaló el efecto pretendido, esto es, sin reenvío o con reenvío con su debida fundamentación; en cuanto a la procedencia, si bien invocó la casación excepcional al amparo del artículo 427, numeral 4 del NCPP, su procedencia resulta ordinaria, puesto que la pena conminada para el delito de violación sexual en su límite inferior es superior a los seis años; en cuanto a la invocación de las causales, señaló las previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del NCPP, señalando que se inobservó algunas de las garantías constitucionales y porque se ha realizado una interpretación errónea de los criterios valorativos de medios probatorios, respectivamente, aduciendo que no se ha aplicado correctamente el numeral 3 y 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, artículo 1 y 138 de la Carta Magna, referidos al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, motivación de la resoluciones, defensa de la persona humana, administración de la justicia; no obstante, de la fundamentación del recurso se advierte que se avoca a realizar cuestionamientos a la valoración probatoria realizada por el Juzgado Colegiado en el Juicio Oral, la cual fue

confirmada por el Sala Penal de Apelación, es decir, solicita se realice un reexamen del material probatorio, lo cual se encuentra impedido y prohibido de efectuar el Tribunal de casación, puesto que en síntesis argumenta que las instancias inferiores solo tomaron en consideración la declaración de la menor agraviada, de los testigos, progenitor y hermano, no se consideró que el examen de ADN practicada en las prendas de la menor dio como resultado no haber encontrado células masculinas y tampoco se tomó en cuenta la declaración del testigo Fredy Condori; no obstante, se advierte de la revisión de las sentencias de primera y segunda instancia una debida fundamentación, además que fueron sometidas a contradicción; consecuentemente, la Corte Suprema al verificar ello decidió declarar inadmisibile el recurso de casación presentado por la defensa de citado condenado.

2.6 Valoración del examen de ADN en los delitos contra la libertad sexual.

2.6.1 Marco normativo.

El Art. 72 del NCCP, en su Inc. 1, establece la procedencia de la pericia, al señalar que procederá cuando se requieran, para una mejor comprensión de hecho, conocimientos especializados de naturaleza científica, técnica y artística; en tanto que el Art. 181, Inc. 1, del mismo cuerpo normativo, señala que el interrogatorio del perito realizado en la audiencia estará dirigido a la obtención de una mejor explicación respecto a la comprobación que haya realizado en relación al objeto de la pericia, en cuanto a sus fundamentos y las conclusiones (Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

2.6.2 Marco doctrinario.

La evidencia científica del ADN, pese a la mayor certeza que posea, debe ser apreciado con sumo cuidado y debe efectuarse una valoración en armonía y conjuntamente con los demás medios probatorios de diferente naturaleza, no siendo estos necesariamente científicos. En el juicio oral las partes requieren que el perito o especialista les dé a conocer los resultados a fin de se posibilite el

descubrimiento o acercamiento a la verdad. La exposición del perito hacia el juzgador debe realizarlo a través de un lenguaje que sea común, a la vez que sea entendible y digerible, a fin de que al juez le permita fundamentar y dar un sostén adecuado a su razonamiento respecto de las pruebas, con ello se reforzara la efectividad y la correspondiente eficacia probatoria. Es de conocimiento el alto grado de certeza de la prueba de ADN, sin embargo, ello no debe permitir que el juez no considere o aprecie los otros indicios que fueron encontrados y recogidos en la escena del hecho delictuoso y que estos son también procesados. No debe pasar inadvertido que la prueba de ADN es una prueba periférica, aun con el alto grado de certeza que se le otorga, que tiene por finalidad probar un determinado hecho que no viene a ser el principal, esto es, acerca o coadyuva a rodear periféricamente al núcleo principal que es el objetivo final (Vargas Meléndez, 2021, pp. 398, 401).

Tiene prevalencia la evaluación del juez sobre el peritaje, ya que este solamente la orienta pero no la determina; los fiscales y los jueces para obtener certeza se apoyaran en los peritajes, sin embargo, si se presentan pruebas con mayor entidad probatoria, se preferirá estas últimas, desestimando la posición de peritaje. El juez no se encuentra vinculado a las conclusiones del dictamen pericial, pues puede aceptarlas o apartarse de ellas; la pericia debe seguir un procedimiento normal de medio para la obtención de la verdad, pues no puede remplazar a los jueces. El juez al valorar las conclusiones debe hacerlo de conformidad a la integridad del proceso, pues es quien resuelve el caso y de ninguna manera el perito. En materia probatoria se debe privilegiar el principio general de libertad de valoración o el criterio de conciencia. No se tomará en cuenta las conclusiones de un dictamen pericial cuando haya la motivación objetiva que la sustente, en este caso el juez debe emitir una conclusión fundamentada y razonada; la pericia de ADN no es ajena a las precisiones antes indicadas, aunque es de indicar que esta pericia otorga un alto grado de probabilidad de que los vestigios encontrados en la escena de crimen o en la persona agraviada corresponden al imputado (Tapia Vivas, 2020, pp. 249-251).

2.6.3 Marco jurisprudencial y análisis en el expediente.

En relación a ello, resulta pertinente tener en cuenta, el pronunciamiento de la Corte Suprema, a través de su Sentencia Plenaria Casatoria, respecto a la aplicación de la prueba de ADN en delitos de connotación sexual, la cual estableció como doctrina legal vinculante, entre otros, en su fundamento 46, en concreto lo siguiente: el examen de ADN resulta ser un medio de prueba alta o elevadísima fiabilidad probabilística, cuando se den las condiciones para realizar el control de las etapas del respectivo análisis, esto es, el recojo, la observación, el análisis, la contratación de los resultados, siendo fundamental la mantención de la cadena de custodia; en el ámbito de los delitos de connotación sexual, este examen de ADN es de utilidad para que se forme la prueba directa o la denominada prueba por indicio o indiciaria, teniendo en cuenta que la conclusión de la no exclusión de la persona sospechosa debe ser corroborada con otros elementos o datos de carácter periférico; la partes procesales y los jueces deben realizar la valoración de los informes periciales de examen de ADN con sentido crítico, para lo cual deberá realizar su análisis y evaluación individual, así como su correlación con demás medios de prueba (Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433, Lima, 2018).

La citada jurisprudencia nos refiere que el examen de ADN es de alta probabilidad de su resultado, pero esto se da necesariamente cuando se han dado las condiciones necesarias para un correcto control, en específico, entre otros, en cuanto al recojo, si este fue efectuado correctamente y por un profesional pertinente; en el análisis, si se llegó a efectuar un análisis completo, integro que llegue a demostrar cabalmente el resultado, además de su contrastación; asimismo, el resultado del examen debe ser confrontado o apoyado con datos periféricos que le doten de verosimilitud; y el juzgador debe analizar y valorar el informe pericial en forma crítica y analítica y corroborando el resultado con otros medios de prueba, es decir, el juez no debe solo ceñirse al resultado de la pericia en forma individual y conclusiva, ya que ello denotaría insuficiencia de análisis, menos considerarla irrefutable, sino debe realizar una evaluación complementaria, integral y conjunta con los medios de prueba del proceso, para así arribar a un razonamiento próximo a la verdad material de los hechos.

En el presente expediente, uno de los argumentos de la defensa técnica del procesado durante el juicio oral y en el recurso de apelación ante la sala revisora, por el cual solicitaba la absolución del mismo, fue en síntesis de que la prueba de ADN practicada en el laboratorio Biosyn al realizar la homologación de los restos seminales encontrados en la prenda de la menor no coincidieron con las muestras proporcionadas por el procesado, es decir, que el resultado fue que las manchas que se encontró en el calzón y short de la agraviada menor no le pertenecen al procesado y que no se encontró células masculinas. Al respecto, se debe tener en cuenta que el perito biólogo en su pericia biológica practicada a la prenda calzón, color turquesa de la menor agraviada, encontró en la cara interna de la entrepierna de dicha prenda regular cantidad de mancha pardo amarillenta, determinándose que eran restos seminales, trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos; ahora bien, el examen de ADN practicado por el laboratorio Biosyn, sobre homologación con muestra del procesado, se realizó en dos prendas de la menor, la primera en un punto de la cara interna de la entrepierna del short color morado, en la cual solo se encontró ADN de mujer, y por versión de la bióloga de dicho laboratorio un buen examen debe realizarse en 3 o 5 puntos de ADN, la segunda en tres puntos de la prenda calzón color turquesa: uno en el centro, otro en lado derecho y otro en lado izquierdo de la entrepierna de dicha pierna, de lo que se obtuvo ADN de mujer, por lo que se concluyó que no es homologable la muestra de ADN de las prendas con la muestra de que se sacó del procesado; sobre este resultado la bióloga del citado laboratorio refirió la posibilidad de que la muestra se haya agotado y que en la pericia biológica del primer biólogo se encontró trazas de líquido prostático, siendo que trazas es nada completo, y que no se especificó si tenían cabezas y colas, ya que si hubiese habido una cabeza completa se hubiese podido obtener ADN.

Sobre la base de estos resultados, el colegiado de primera instancia realizó un análisis crítico, a saber, el laboratorio particular Biosyn de ADN realizó la primera pericia en el short color morado y en un solo punto, prenda en la cual el primer biólogo no encontró los restos seminales, ya que era en el calzón color turquesa y no en el short; de lo que advirtió una equivocación al realizar este examen, al haberlo practicado en una prenda en la que no se halló restos seminales, además

de ser insuficiente un solo punto de análisis; y respecto de la segundo examen de ADN realizado en la trusa turquesa, se realizó el análisis en tres puntos, esto es, uno en el centro de la entrepierna y otros dos en lado izquierdo y derecho de dicha trusa, desprendiéndose de ello que los análisis de los puntos derecho e izquierdo fueron innecesarios, puesto que el perito biólogo halló los espermatozoides incompletos en la cara interna de la entrepierna de esta trusa; de lo anterior concluyó el colegiado: que únicamente se hizo el análisis en un solo punto de la prenda en donde se halló el líquido seminal y los espermatozoides, siendo ello insuficiente, ya que debió realizar los cinco puntos en esta zona de la entrepierna de la trusa turquesa, lo que generó la posibilidad de no haber encontrado ADN masculino, además de haber otras posibilidades razonables que refirió la bióloga del laboratorio particular, como que la muestra se agotó cuando el primer biólogo encontró los restos seminales o que al ser incompletos los restos espermatozoides y en trazas, no generó la seguridad de que tendrían cabezas de donde obtener el correspondiente ADN; además subraya que el examen de ADN practicado concluyó o aportó en rigor de que no se hallaron ADN masculino sino únicamente ADN femenino, por lo que obviamente no se realizó la homologación con las muestras extraídas del procesado.

De lo anterior, podemos indicar que no se pudo realizar el examen de ADN de homologación de los restos seminales hallados en la trusa de la menor con las muestras proporcionadas por el imputado, por no haber encontrado ADN masculino en dicha prenda, por lo que no se pudo determinar que el imputado sea excluido o no sea excluido de dicha homologación, y aun en el supuesto de que la prueba hubiera determinado su no exclusión, el colegiado habría tenido la obligación de analizar críticamente este resultado contrastándolo con los demás medios de prueba o con otros datos periféricos; no obstante, el colegiado respecto del examen de ADN practicado, realizó una evaluación y análisis de estos resultados de no homologación, por cierto, crítico, completo en integral, del cual se puede concluir que queda por desacreditada la tesis argumentativa de la defensa técnica del procesado, esto es, de que las manchas encontradas en el short y trusa de la menor agraviada no le pertenecen al procesado, puesto que para considerar dichos argumentos, necesariamente debió encontrarse ADN masculino en la trusa

turquesa para efectuar la homologación con la muestra del procesado, producto de lo cual se determine que es homologable, es decir, que no se excluya, o que sea excluido, empero no pudo realizarse tal homologación, quedando solamente la existencia de las trazas de líquido prostático y los espermatozoides incompletos, lo cuales constituyen datos objetivos de carácter periférico que abonan o refuerzan la declaración inculpativa de la menor en su aspecto externo de su verosimilitud.





CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETAMENTE

1. El presente expediente trata sobre la comisión del delito contra la libertad sexual en agravio de la menor de edad de iniciales J.A.N.P, de edad de 13 años con 07 meses, hecho ocurrido en el 13 de agosto del 2016 entre las 15.00 a 16.00 horas aprox, en los sembríos de quinua del Pueblo Joven San Antonio del distrito de Santa Rita de Siguaná Arequipa, cometido por la persona de Franklin Quispe Idme, de 18 años edad cumplidos 3 días antes de los hechos, en circunstancias que el imputado, la menor y el testigo Freddy Condori Ramos estuvieron libando licor en dicho lugar, siendo que un momento el imputado con violencia física a través de forcejeos, empujones para hacerla caer al suelo y bajarle su short abusó sexualmente introduciendo su miembro viril en la vagina de la menor; para esto, según tesis de la fiscalía, el testigo se apropió de los celulares de la menor apagándolos para no recibir llamadas y éste se paró al ingreso de la chacra de los sembríos para mirar que ninguna persona se acerque, haciendo el papel de campana; posteriormente la menor se dirige a su domicilio y cuenta los hechos a sus padres y hermano; como hecho precedente a la comisión de delito se tiene que la menor, el imputado y testigo en horas de la mañana de ese día estuvieron reunidos en otro lugar libando también licor.
2. Durante la investigación preparatoria, el Ministerio Público realizó actos de investigación, como la realización de los reconocimientos médicos legales por integridad sexual y lesiones de la menor, en la que concluye lesiones traumáticas recientes externas de origen contuso, desfloración antigua, no signos contra natura, herida en rodilla derecha; inspección técnico policial en el lugar de los hechos; acta de entrevista en cámara Gessel de la menor; pericia biológica forense en las partes íntimas de la menor, no encontrando espermatozoides; pericia física en las prendas de la menor, en la que determinó que el short de la menor presenta rotura por uso y contacto con superficie dura y adherencias de manchas blanquecinas; pericia biológica forense en las prendas de la menor, en la que se halló en la prenda calzón restos seminales de trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos; pericia psicológica practicada a la menor; declaración del hermano de la menor; declaración del imputado en la que guardó silencio. Formalizada la investigación preparatoria, el Ministerio Público imputó el delito de violación sexual de menor tipificado en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal, vigente en esos momentos por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el

código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013), formuló un requerimiento de prisión preventiva, prorrogó la investigación preparatoria, y dio por culminada la investigación preparatoria. Un aspecto a cuestionar sobre la investigación del Ministerio Público, es que al haber tenido conocimiento sobre el contexto en que se suscitaron los hechos, no realizó ningún acto de investigación respecto al testigo Freddy Condori Ramos, el cual según los hechos imputados estuvo presente en los momentos del hecho delictivo coadyuvando a la realización del mismo, por cuanto realizó el papel de campana, participación que la fiscalía pudo considerarla como complicidad secundaria, tal como se analizó en el capítulo anterior, es mas no se recepcionó en sede policial o fiscal su declaración, evidenciándose una posible omisión de funciones, pues es el persecutor del delito y tuvo la dirección jurídica de la investigación.

3. Formalizada la investigación preparatoria, la fiscalía solicitó el requerimiento de prisión preventiva en contra del imputado Franklin Quispe Idme, sustentado en los elementos de convicción: entrevista de la menor en cámara Gessel, certificado médico legal de integridad sexual, pericia biológica física forense practicada en las prendas de la menor, pericia biológica forense practicada en la trusa de la menor en la que se halló trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos, partida de nacimiento de la menor, entre otros; como prognosis de la pena, la pena que será superior a los cuatros años de pena privativa de la libertad y el peligro procesal basado en que no cuenta con arraigos domiciliario, familiar y laboral, y la gravedad de la pena. El juez de la investigación preparatoria resolvió declarando infundado el requerimiento de prisión preventiva, dictando medidas de comparecencia restrictiva en contra del imputado, basándose en que el relato de la menor sobre la violación sexual en su agravio pierde espontaneidad y no fluye de manera natural e inmediata, ya que recién lo señala a partir de preguntas de los familiares, y con respecto a los restos seminales encontrados en la trusa de la menor no hay nada en la investigación que haga suponer que le correspondan al imputado, no existiendo elementos de convicción suficientes, además que cuenta con arraigo familiar, domiciliario y laboral. Respecto a este razonamiento, debo señalar que lo comparto en parte, puesto que a mi criterio el Juez no valora el relato de la menor en forma integral, pues no toma en cuenta debidamente los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (2005), esto es, ausencia de

incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, ya que la narración de los hechos de la menor se ofrece en un contexto de no existencia de motivos de incredibilidad subjetiva basados en el odio enemistad, resentimiento u otros, pues no lo conocía, existiendo los datos de corroboración periférica como los restos seminales encontrados en la trusa, la declaración del hermano como testigo indirecto; sin embargo, no solo basta un solo elemento de convicción como la declaración de la menor para fundamentar una prisión preventiva, pues como lo señala el Juez no existía nada que haga ver que los restos seminales pertenecían al imputado, sumado a ello que hasta esos momentos no se contaba con declaraciones de otros testigos, y además, en cuanto al peligro procesal de fuga u obstaculización, el imputado no representaba peligro alguno pues contaba con los arraigos correspondientes. En cuanto a la revocatoria de comparecencia posterior solicitada por el fiscal para que se dicte prisión preventiva, la decisión del juez de declararla infundada se encuentra justificada, puesto que el imputado cumplió en cancelar la caución que se le ordenó antes del pedido de la revocatoria y se presentó ante el juzgado a justificar sus actividades en tres oportunidades, pudiendo presentarse a la fiscalía para continuar con la investigación, por tanto, no se justificaba la revocatoria de comparecencia del imputado. Es de hacer mención, que el imputado y su defensa técnica presentaron al Juzgado de investigación preparatoria, de conformidad al Art. 468, inciso 2, del CP, una solicitud de sometimiento al proceso de terminación anticipada y a la fiscalía la petición de fecha y hora para las reuniones preliminares; al realizarse la audiencia de terminación anticipada no asistieron el imputado ni su abogado defensor, y el fiscal informó que no hubo reunión con la defensa técnica para la fijación de pena y reparación civil habiéndose formulado la acusación respectiva; ante ello el juez resolvió la no instalación de la audiencia y el archivamiento definitivo del expediente por la demostración de falta de interés en el procedimiento; al respecto, podemos indicar el correcto proceder del juez de garantías, por cuanto la norma procesal en el Art. 468 inciso 4 dispone que la audiencia se instalará con la obligatoria asistencia del Fiscal, el imputado y el abogado defensor, en el presente caso al no estar presentes el procesado ni su defensor no era posible la instalación de la misma, más aún que no hubo reuniones previas ni acuerdo de éstos con la fiscalía respecto de la pena, reparación civil, consecuencias accesorias y otros, por lo que era evidente

la ausencia de interés del imputado y su defensa de continuar con la tramitación del proceso de terminación anticipada.

4. El Ministerio Público, en la etapa intermedia, formula su requerimiento de acusación en contra del Imputado Franklin Quispe Idme, imputándole el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el Art. 173° inciso 2 del Código Penal, vigente en los momentos de los hechos, en agravio de la menor J.A.N.P. (13), solicitando la imposición de 30 años de pena privativa de la libertad y una reparación de 10000 soles, postulando como elementos de convicción: acta de denuncia, Certificado Médico Legal N° 020781-IS practicada a la menor, copia de DNI y de partida de nacimiento de la menor, acta de entrevista única de la menor, acta de inspección Técnico policial, croquis y DVD del lugar inspeccionado, 24 muestras fotográficas del lugar de los hechos, Dictamen Pericial Físico N° 780-2016, Protocolo de Pericia Psicológica de la menor, Dictamen Pericial de Biología Forense N° 1377-2016, declaración de Yan Carlos Napan. Durante la audiencia preliminar la defensa del acusado petitionó el sobreseimiento del proceso amparándose en el Art 344°, numeral 2, inc. a) del CPP en cuanto a que el hecho de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, por no existir suficientes elementos de convicción para solicitar fundadamente el enjuiciamiento, cuestionando los elementos de convicción presentados por la fiscalía, entre otros, que la entrevista de la menor presenta imprecisiones y ha perdido espontaneidad y eficacia, el certificado médico legal de integridad sexual no prueba que la menor fue violentada, en la pericia de hisopado no se encontró espermatozoides; en el dictamen de pericial físico solo se encontraron signos de tierra, las trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos hallados en el dictamen de biología forense no pueden ser atribuidas al imputado por falta de un examen de ADN; el Ministerio Publico señaló que lo argumentado por la defensa es una valoración de pruebas que no corresponde a la etapa intermedia, y en esa línea la Juez resolvió que de los medios de prueba ofrecidos por la fiscalía se aprecia que el hecho sí se realizó y que la valoración de las pruebas se efectúa en la audiencia de juicio oral, declarando infundado el pedido de sobreseimiento solicitado, saneada la acusación, admitiendo los medios probatorios ofrecido por la fiscalía y dictando el auto de enjuiciamiento contra el acusado. Sobre esta decisión, debo indicar, que en efecto, si bien en la etapa intermedia se realiza el control de la investigación, analizando el

mérito, sustento y saneamiento de la acusación, no es posible realizar una valoración probatoria, puesto que la misma está reservada para la etapa de juicio oral; al respecto es de hacer mención lo señalado en el fundamento 9 del Acuerdo Plenario 6-2009, del cual se desprende que el control de acusación está sujeto a control jurisdiccional, el mismo que debe avocarse a aspectos de procedencia y admisibilidad, no pudiendo realizar análisis probatorio alguno ni efectuar pronunciamiento sobre el fondo (Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, Lima, 2009). Así también, en cuanto a lo alegado por la defensa sobre la ausencia de suficientes elementos de convicción para solicitar el enjuiciamiento, se debe tener presente la Casación 760-2016 La Libertad, como doctrina jurisprudencial vinculante, la cual precisa en su fundamento vigésimo, respecto a la suficiencia de elementos de convicción, que en un caso debe resultar, a todas luces, la evidente falta de elementos de convicción o que no tengan apoyo en elementos probatorios que puedan producir información vinculada con el objeto del proceso, no pudiendo posibilitarse el sobreseimiento cuando exista elementos de convicción que generen duda respecto a la comisión del delito y responsabilidad del imputado (Casación 760-2016, La Libertad, 2017). En el presente caso, si existen suficientes elementos de convicción, que no permitieron se declare fundado el pedido de sobreseimiento.

5. Continuando con el proceso, el juicio oral se inició el 21 de agosto de 2018, realizándose en 15 sesiones continuas, en la que se desarrolló: convenciones probatorias, declaraciones de testigos, examen a peritos, visualización de entrevista de cámara Gessel tomada a la menor, desvinculación jurídica del colegiado respecto de la tipificación formulada por el Ministerio Público, ofrecimiento de prueba extraordinaria de examen de ADN en restos seminales de la prenda de la menor a fin de ser homologados con la muestra de imputado; asimismo, se estableció la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22 del Código Penal, que prohíbe la reducción de la pena por la edad para el agente que haya cometido, entre otros, el delito de violación de la libertad sexual; y finalmente se emitió sentencia condenatoria, por mayoría, por el delito contra la libertad sexual, Art. 170, segundo párrafo inciso 6, CP (vigente en el momento de los hechos) imponiéndosele 5 años de pena privativa de libertad y una reparación de 5000 soles, existiendo un voto en discordia. La sentencia condenatoria considera que el acceso carnal, autoría del hecho y violencia

ejercida, se encuentran acreditadas con la declaración de la menor en cámara Gessel; la pericia biológica forense que halló trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos en el interior de la parte entrepierna del calzón de la menor; la declaración de la perito psicóloga que concluyó que la menor presenta estado emocional ansioso, tensión malestar, incomodidad, preocupación y temor, relacionado con el abuso sexual; las declaraciones de los testigos indirectos del hermano y padre, a quienes la menor les contó que había sido ultrajada sexualmente; la declaración del testigo Fredy Condori Ramos, quien refirió que por unos minutos dejó solos al acusado y a la menor, no percatándose lo que habría sucedido en esos minutos, pero que al retornar encontró al acusado y a la menor; el certificado médico legal que describe una herida en la rodilla derecha de la menor, corroborado con la declaración del testigo indirecto hermano de la menor, quien refirió que observó una herida pero en la rodilla izquierda de la menor, siendo este error intrascendente, pues pudo ser un error de apreciación; la declaración del perito que realizó la pericia física en el short de la menor, en el cual concluye que presenta rotura por contacto físico en superficie dura. Al respecto, debo indicar que, en síntesis, en el presente caso, la atribución de la responsabilidad del delito de violación sexual al acusado, que rompe su presunción de inocencia, se centra sobre la base de la declaración únicamente de la menor agraviada, la cual, para ser considerada como prueba suficiente de incriminación en estos delitos de comisión clandestina, necesariamente debe tenerse en consideración y evaluación los criterios o guías establecidos en el conocido Acuerdo Plenario 2-2005 por la Corte Suprema (Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, 2005), pues dichos criterios son superados con la declaración de la menor, ya que respecto al criterio de la ausencia de incredulidad subjetiva, no se aprecia que la menor haya imputado el delito sexual al condenado por razones de odio, enemistad, resentimiento, venganza o cualquier otro motivo o razones espurias, como miedo, vergüenza o tratar de ocultar algún hecho que la hayan impulsado a atribuir falsamente este delito, puesto que la menor no lo conocía al condenado; en cuanto a la verosimilitud, en su vertiente de coherencia interna se aprecia que la declaración de la menor fue vertida con naturalidad propia de su edad próxima a cumplir 14 años, con logicidad y detalles en el relato sin contradicciones esenciales o relevantes, tal como lo señala la perito psicóloga, no evidenciándose una declaración preparada o aprendida, y en relación a la vertiente de coherencia externa o periférica, que es la más determinante, se tiene evidentemente los restos seminales

hallados por el perito en la trusa de la menor, el estado emocional ansioso producto de la violación o pericia psicológica, la herida en la rodilla derecha, rotura del short por contacto físico en superficie dura y sumado a ellos los testigos de referencia, hermano y padre, que observaron su estado emocional afectado de la menor al narrar los hechos, la declaración del testigo Fredy Condori que manifestó que dejó solo por unos minutos al condenado con la menor agraviada; y en lo referente a la persistencia en la incriminación, no se advierte de la declaración que la menor haya variado de versión esencialmente, dado que siempre refirió a su hermano, progenitor y psicóloga que el autor del hecho fue el condenado, consecuentemente, su versión deviene en fiable. Por tanto, el presente caso es uno más en el que se pone de manifiesto la predominancia y exclusividad de la declaración única del testigo en los delitos sexuales como la violación sexual, con la entidad suficiente como para desvirtuar o desvanecer la presunción de inocencia de las personas sometidas a un proceso penal, siempre que se superen o se cumplan con rigurosidad el análisis de los criterios, guías o pautas establecidas en el Acuerdo Plenario antes indicado, lo que se justifica, pues como se ha indicado estos delitos se cometen, como en el presente caso, en la clandestinidad.

6. Resulta necesario analizar, no debiendo pasar desapercibido, la argumentación de la defensa técnica del condenado, quien vehementemente argüía que la prueba excepcional solicitada por el Ministerio Público en el juicio oral sobre el examen de ADN, esto es, la homologación de los restos seminales, trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos, hallados por el perito biólogo en la trusa la menor, con la muestra proporcionada por el condenado, dio como resultado que dichos restos seminales encontrados no correspondan con las muestras del condenado o que no le pertenecen al mismo; al respecto, es de analizar, que dicha prueba de ADN, practicada por un laboratorio particular, en rigor arrojó como resultado que no se hallaron ADN masculino sino solo ADN femenino, por lo que no son obviamente homologables; siendo pertinente destacar que para poder asumir lo argumentado por la defensa, el resultado tendría que haber encontrado ADN masculino para poder realizar la homologación con la muestras proporcionada por el condenado, y así establecer que es homologable o talvez sea excluido, lo que en el presente caso no se pudo realizar; por lo que la tesis de la defensa queda desvanecida; asimismo, es de agregar que el hecho de no haberse posibilitado la homologación no significa que no hubo las trazas

de líquido prostático y espermatozoides incompletos; además de ello como ya estableció en la sentencia, el colegiado fue crítico al analizar dichos resultados, al señalar que el examen de ADN se realizó en forma insuficiente en un solo punto en la parte interna de la entrepierna de la trusa de la menor, además que al ser trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos, no asegura que se obtenga ADN masculino por no tener cabezas tales espermatozoides, conforme la explicación de la perito que realizó dicha prueba de ADN. Consecuentemente, este examen de ADN no aportó resultados de alta fiabilidad, al no poder realizar la homologación, quedando únicamente como un dato de carácter periférico para reforzar la coherencia externa de la verosimilitud de la declaración de la menor agraviada. Sin embargo, es de señalar, a manera de análisis y precisión, que llama la atención que esta prueba extraordinaria de homologación de ADN, solicitada por la fiscal y admitida por el colegiado como una prueba excepcional, al amparo del Art. 385, inc. 2 del NCPP, finalmente no se haya obtenido el resultado deseado de la exclusión o no exclusión de homologación del imputado, con lo que se podría asumir su ausencia de responsabilidad o absolución en el caso por falta de probanza, como lo habría razonado la defensa técnica del imputado, puesto que una prueba excepcional se dispone cuando resulte indispensable o manifiestamente útil para el esclarecimiento de la verdad, tal como lo anota la casación 1129-2019 San Martín, al señalar, en su fundamento de derecho primero, de que lo resaltante de esta prueba es su indispensabilidad manifiesta o utilidad para tener clara la verdad, entendiéndose de que estos medios de prueba son imprescindibles (Casación 1129-2019, San Martín, 2021); sin embargo, es de precisar que esta prueba se habría solicitado para incrementar el acervo probatorio, porque la no realización de la homologación no hace desaparecer el delito o la vinculación al mismo del imputado, por cuanto quedan subsistentes los citados restos espermatozoides, quedando estos como evidentes datos objetivos de carácter periféricos que robustecen la declaración de la menor en el aspecto externo de la verosimilitud, recuérdese que se está ante un delito clandestino en el que generalmente el principal medio probatorio es la declaración de la víctima.

7. Un punto de la sentencia condenatoria a tener en cuenta es la desvinculación procesal del colegido de juzgamiento del delito atribuido por el Ministerio Público en la acusación, esto es, del delito de violación de menor, Art. 173º inciso 2, por el delito de

violación sexual, Art. 170º, segundo párrafo inciso 6 del código penal, artículos vigentes en ese entonces, con un marco penal abstracto de no menor de 12 ni mayor de 18 años; tal desvinculación la realizó sobre la base de que no existía ningún elemento de prueba que demuestre que el acusado sabía la edad de la menor de 13 años, 7 meses y 13 días en el momento de los hechos, produciéndose la figura procesal del error de tipo respecto de la edad de la menor, pues creyó que ésta tenía más de 14 años, pero subsistiendo la violencia que generó la tipificación por el delito de violación sexual, y para ello se tomó en cuenta que la menor estuvo próxima a cumplir los 14 años, denotaba cierta autonomía de adolescente en razón a que estuvo libando licor en horas de la mañana y tarde con el condenado y el testigo, el condenado y la menor no interrelacionaron puesto que no se conocían desde antes, la menor inició su vida sexual anterior al hecho. Sobre este punto es destacar el correcto análisis del colegido, quien en aplicación del conocido principio iura niti curia, es decir, que el juez conoce el derecho, aplicó la tipificación que corresponde, calificando o subsumiendo los hechos en el delito de violación sexual, salvaguardando de esta forma el principio de tipicidad; asimismo, la desvinculación se dio observando los requisitos que señala la ley y sus presupuestos, puesto que se hizo de conocimiento al fiscal y al imputado en el juicio oral antes de la culminación de la actividad probatoria, se les otorgó el plazo para que se pronuncien al respecto con la posibilidad del ofrecimiento de pruebas; respecto a los presupuestos hubo homogeneidad en el bien jurídico, no se modificó los hechos, se salvaguardó el derecho de defensa de las partes y fue favorable; pero resulta criticable que el fiscal investigador no haya realizado actos o elementos de convicción tendientes a demostrar que el condenado tenía conocimiento de la edad de la menor, con lo que podría haberse refutado este desconocimiento y condenarlo por el delito de violación de menor de edad.

8. Otro aspecto de la sentencia relevante es sobre la inaplicación del colegiado, vía control difuso, del Art. 22 del CP, responsabilidad restringida, que prohíbe la reducción de la pena al agente que cometa, entre otros, el delito de violación sexual y tenga una edad de más de 18 y menos de 21 años o más de 65 años al momento de cometer el delito; al respecto, en el caso se inaplicó esta prohibición por vulneración al derecho a la igualdad consagrado en nuestra Norma Fundamental, siendo debidamente sustentado por el colegiado, pues se siguió las reglas para un debido control difuso

establecidas en la Consulta Exp. N° 1618-2016 Lima Norte (2016), por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, destacando entre ellas el juicio de relevancia, interpretación exhaustiva y el juicio de ponderación, y en esta última a su vez el juicio de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto. Siendo en concreto el fundamento de que el grado de lesividad por el condenado al momento de cometer el hecho no fue de suma gravedad, pues la fuerza utilizada fue empujones, forcejeo y hacerla caer al suelo no incidiendo de manera importante en la integridad física de la agravada, pues se recuperó con el tiempo; además señala que considerando que la intervención al derecho de igualdad es media, y los bienes constitucionales que se espera optimizar por dicha intervención, como son desmotivar a los jóvenes cometer delitos de violación sexual, generar en la ciudadanía confianza en el sistema penal al hacer notar que se impone la pena total para este delito, son meramente probabilidades y no se tiene certeza de ello, concluye que no hay equilibrio entre este grado de intervención con el grado de satisfacción leve de los fines de la pena, por tanto, no se justifica un trato diferenciado al condenado. Como consecuencia de la inaplicación del Art. 22 del CP. se consideró la responsabilidad restringida del procesado como una circunstancia atenuante privilegiada, lo que incidió para la determinación de la pena, puesto que se estableció un nuevo marco punitivo y a partir de este tramo se fijó, considerando las demás circunstancias y criterios como la concurrencia de atenuantes y circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta final de 05 años de pena privativa de la libertad efectiva.

9. La sentencia condenatoria fue por mayoría, existiendo un voto en discordia de uno de los magistrados, quien esencialmente cuestiona la declaración de la menor, al señalar que la menor agraviada desde un primer momento no contó los hechos en su agravio, sino a partir de las preguntas de su progenitora; en el reconocimiento médico legal refirió que un desconocido le abusó sexualmente, lo que debilita la persistencia en la incriminación; respecto a la verosimilitud, en relación a la coherencia, existen saltos ilógicos en la narración no siendo coherente; en cuanto a las corroboraciones periféricas, cuestiona que el médico legista verificó una herida en la rodilla derecha lo que se contradice que lo vertido por el testigo hermano quien vio la herida en el rodilla izquierda de la menor, y que el resultado fue de desfloración antigua, lo que no ayuda a demostrar el hecho imputado; la prueba de ADN practicada en la prenda de la menor

y muestra del imputado, dio como resultado que no se encontró células del imputado, la rotura de la trusa no se condice con el relato de la agraviada; la pericia psicológica, señala que la menor presenta síntomas ansiosos, pero no se ha explicado que otras pruebas diagnósticas permitieron verificar dichas conclusiones; al testigo Fredy Condori Ramos la fiscalía no le imputa ninguna participación de los hechos, pese a señalarse que actuó como campana y negó el abuso sexual. En relación a este voto en discordia, es menester indicar, que estos fundamentos fueron tomados y copiados en su totalidad por la defensa técnica del acusado en su recurso de apelación contra sentencia de condenatoria de primera instancia; por lo que al respecto, se debe indicar que estos fundamentos del voto discordante, y a la vez del imputado apelante, resultan no convincentes, tal como lo sostiene la sentencia de vista que confirmó la sentencia recurrida, puesto que la demora en el relato de los hechos imputados por parte de la agraviada, conforme lo señala la jurisprudencia, resultan comunes, siendo lo importante el que se haya denunciado los hechos; asimismo, es de tener en cuenta que la versión que se ofreció ante el médico legista es solo referencial y no constituye una declaración con las formalidades del caso; en cuanto a la coherencia de la narración se tiene que la declaración en cámara Gessel señala que el imputado abuso de la menor, manteniendo una logicidad aceptable, dada con naturalidad no evidenciando una narración aprendida, lo que fue reforzado por la perito psicóloga, siendo lo más importante la afirmación de que introdujo su miembro viril en la vagina de la menor; en cuanto a la herida en la rodilla derecha, resulta un cuestionamiento no trascendental, siendo lo destacable la existencia de la herida; respecto a la prueba de ADN, como ya se indicó anteriormente, el hecho que no se haberse encontrado ADN masculino en la prenda de la menor no significa la no existencia de las trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos; en cuanto a la pericia psicológica, existe un dictamen pericial que señala que los síntomas de la menor están relacionadas con el evento delictivo sufrido por la menor; y con respecto al testigo Freddy Condori Ramos, éste señaló que dejó al imputado y la agraviada unos minutos, desconociendo lo que sucedió en ese lapso de tiempo, y en la sentencia condenatoria se ha advertido una posible responsabilidad penal, al haber participado como campana, disponiendo la remisión de copias de los actuados al Ministerio Público. Debo indicar, agregando a lo anterior, que en la declaración de una menor, quien ha sufrido un evento criminoso de violación sexual, evidentemente traumático, no se le puede exigir, posterior al evento,

que narre los hechos de manera exacta y muy detallada de cómo sucedieron los hechos, a manera de un relato aprendido, sino lo importante es que no haya contradicciones esenciales o sustanciales, tal como sucedió en el presente, pues la menor narró los hechos en su lenguaje propio de una menor y señalando de que fue abusada sexualmente por parte del condenado, no existiendo contradicciones de la menor, por el contrario, tal como se indicó se superó los criterios establecidos en el citado Acuerdo Plenario de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y de persistencia en su versión única.

10. Así también, se tiene el recurso de casación interpuesto por la defensa del condenado en contra de la sentencia de apelación, el cual, si bien fue admitido por la Segunda Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y elevado a Sala Penal de la Corte Suprema, fue declarado inadmisibles por la Corte Suprema de Justicia de la República; asimismo, es de destacar que dicho recurso de casación contiene errores en su formulación, a saber, no se indicó el efecto pretendido de reenvío o sin reenvío; invocó como supuesto de procedencia la casación excepcional establecida en Art. 427, numeral 4 del NCPP, empero resulta ordinaria, puesto que la pena para el delito de violación sexual en su límite inferior es superior a los seis años; señaló como causales casacionales los incisos 1 y 3 del artículo 429 del NCPP, sobre inobservancia de algunas de las garantías constitucionales y por haberse realizado una interpretación errónea de los criterios valorativos de medios probatorios, sin embargo, del recurso se advierte que su fundamentación y argumentación están dirigidos a cuestionar la valoración probatoria efectuada por los magistrados en el juicio oral y que fue confirmada por la Sala de Apelación, ya que en concreto lo que argumenta es que las instancias inferiores solo tomaron en consideración la declaración de la menor agraviada, de los testigos, progenitor y hermano, no tomaron en consideración que el examen de ADN practicado en las prendas de la menor arrojó como resultado no haber encontrado células masculinas y tampoco se consideró la declaración del testigo Fredy Condori, es decir, lo que pretendió la defensa fue un reexamen del material probatorio, petición que resulta inaceptable, dado que el Tribunal Supremo se encuentra impedido de realizar un reexamen probatorio en atención a su competencia, la cual es centrarse a la cuestión de derecho, es decir, un reexamen pero normativo, y así lo señaló la Corte Suprema al declarar inadmisibles

dicho recurso de casación, no obstante, dicha Corte señaló que las sentencias de primera y segunda instancia contienen una debida motivación, y respecto a la examen de ADN, dicha prueba no desvirtúa el hecho delictivo en sí, sino únicamente que los restos espermatológicos encontrados son insuficientes para la realización del respectivo examen, postura que comparto, pues como ya se explicó, no fue posible realizar la homologación de dichos restos seminales con las muestras ofrecidas por el condenado, no posibilitando que se homologable o que sea excluido de la homologación.



CONCLUSIONES

PRIMERA: Durante la investigación preparatoria realizada por el presunto delito violación sexual de menor de edad, previsto en el Art. 173º inc. 2 del CP, vigente en la comisión de los hechos por la ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013), en agravio de la menor de iniciales J.A.N.P. (13), se realizaron actos de investigación por parte del Ministerio Público, siendo los principales elementos de convicción obtenidos: declaración de la menor en cámara Gessel, declaración del testigo hermano de la menor, pericia biológica forense practicada en el prenda calzón de la menor en la que se halló trazas de líquido prostático y restos de espermatozoides incompletos, pericia física en el short de la menor, reconocimiento médico legal de integridad sexual y lesiones, pericia psicológica efectuada a la menor; investigación que habría sido insuficiente puesto que no se realizó acto de investigación respecto del testigo Freddy Condori Ramos, quien según imputación fiscal hizo el papel de “campana”, por lo que debió comprenderlo como cómplice secundario en la comisión del delito; asimismo, no se efectuó acto de investigación tendiente a demostrar que el imputado Franklin Quispe Idme tenía conocimiento sobre la edad de 13 años de la menor.

SEGUNDA: El requerimiento de prisión preventiva solicitado por la fiscalía en contra del imputado, no contenía los fundados y graves elementos de convicción, pues, esencialmente, en esos momentos solo se contaba con la declaración de la menor, la cual si bien desde mi punto de vista si era coherente y superaba los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (2005), para el juez de la investigación preparatoria dicha declaración perdía espontaneidad, ya que no refería la menor inmediatamente el abuso sexual sufrido, y además porque no había ningún acto de investigación que haga suponer que los restos seminales encontrados en la trusa de la menor correspondan al imputado y porque éste contaba con arraigos domiciliario, familiar y laboral, declarando infundado dicho requerimiento; y respecto a la revocatoria de la comparecencia solicitada por el fiscal para que disponga la prisión preventiva, la denegatoria dispuesta por el juez se encuentra justificada, en razón que el imputado pagó la caución impuesta antes de la revocatoria y se presentó ante el juzgado a justificar sus actividades en tres oportunidades.

Así también, en cuanto a la petición del imputado y su defensa del sometimiento al proceso de terminación anticipada, fue correcta la disposición del Juez de Garantías de archivar dicho proceso, puesto que el procesado y su defensor no asistieron a la respectiva audiencia, toda vez que la norma procesal dispone su obligatoria asistencia, además se evidenció con ello su falta de interés en el procedimiento, más aún que el fiscal informó que no hubo reuniones preparatorias con la defensa para la fijación de la pena y reparación civil.

TERCERA: En la etapa intermedia, específicamente en la audiencia de control de acusación, no se puede realizar análisis probatorio o pronunciamiento sobre el fondo de la causa, tal como lo dejó entrever la defensa técnica del acusado al exponer los fundamentos de su pedido de sobreseimiento, pues argumentaba una valoración de las pruebas, al indicar que la declaración de la menor presentaba imprecisiones y perdía espontaneidad, que el certificado médico legal de integridad sexual no probaba que la menor fue ultrajada y que las trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos hallados en la pericia biológica forense no pueden ser atribuidas al imputado por falta de una examen de ADN; por lo que en ese sentido, la juez del juzgado de investigación preparatoria declaró infundado el sobreseimiento solicitado, saneada la acusación postulada por el Ministerio Público y dictando auto de enjuiciamiento contra el acusado. Asimismo, no es procedente invocar la ausencia de suficientes de elementos de convicción para petitionar el sobreseimiento, como lo hizo la defensa, pues esta se petitiona, conforme a la jurisprudencia vinculante, cuando del caso resulte, a todas luces, la evidente falta de elementos de convicción, tampoco procede el sobreseimiento cuando exista elementos de convicción que generen duda respecto a la comisión del delito y responsabilidad del imputado.

CUARTA: Tras la realización del juicio oral, la condena hacia el imputado fue por el delito de violación sexual tipificado en el Art. 170º, segundo párrafo inciso 6 del CP, vigente en esos momentos por la ley antes citada, ello en razón de la desvinculación procesal que realizó el colegiado de juzgamiento del delito de violación sexual de menor de edad, Art. 173º, inc. 2 atribuido por el Ministerio Público, toda vez que no existía ningún elemento de prueba que demuestre que el imputado conocía la edad de la menor de 13 años, 7 meses y 13 días próxima a cumplir 14 años, además la menor denotaba cierta autonomía de

adolescente y no conocía al imputado; produciéndose la aplicación del principio iura nivt cuaria, dado que el juez al conocer el derecho aplicó la tipificación que corresponde; no obstante, se debe indicar que se produjo un error de tipo respecto de la edad de la menor, pues creyó que la menor tendría más de 14 años, pero subsistió la violencia ejercida hacia la misma, lo que generó la subsistencia del delito de violación sexual; la desvinculación se realizó en siguiendo el procedimiento de ley y su presupuestos. Resultando criticable que la fiscalía no haya realizado ningún acto de investigación a fin de demostrar que el condenado conocía la edad de la menor. Así también, el colegiado, vía control difuso, inaplicó el Art. 22 del CP. que prohíbe la reducción de la pena al agente que cometa, entre otros, el delito de violación sexual y tenga una edad de más de 18 y menos de 21 años, ello por considerar una vulneración al derecho a la igualdad consagrado en nuestra Carta Política, siendo debidamente sustentado por el colegiado, pues consideró los lineamientos establecidos por la Corte Suprema, como los es la realización del juicio de relevancia, una interpretación exhaustiva y el juicio de ponderación; al inaplicar el Art. 22 CP, se consideró a la responsabilidad restringida como una circunstancia atenuante privilegiada, generándose un nuevo marco punitivo y a partir de este tramo, con las demás circunstancias y criterios, la fijación de la pena final concreta.

QUINTA: La sentencia condenatoria por mayoría por el delito de violación sexual se sostiene básicamente en la declaración de la menor agraviada para enervar la presunción de inocencia del imputado y establecer responsabilidad, pues supera, conforme al contexto de los hechos, los criterios establecidos en el antes anotado Acuerdo Plenario, a saber, en cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, no se aprecia que la menor haya imputado el delito basado en razones de odio, enemistad, resentimiento o cualquier otro motivo, puesto que no conocía la agresor; referente a la verosimilitud, existe una coherencia interna en la declaración de la menor, al haber sido dada con logicidad, naturalidad, propia de una menor de 13 años y 7 meses, no advirtiendo contradicciones relevantes o sustanciales que alteren la imputación; en torno a la coherencia externa, se tiene los suficientes datos periféricos, como son: las trazas de líquido protático y espermatozoides hallados por el perito biólogo en la trusa de la menor, el protocolo de perica psicológica y declaración de la perito psicóloga que señala que la menor presenta un estado emocional ansioso, tensión malestar, incomodidad, preocupación y temor en relación con el abuso sexual, las declaraciones de los testigos referenciales hermano y padre, la declaración del testigo

Fredy Condori Ramos, quien señaló que dejó solos a la menor y el condenado, la herida en la rodilla derecha de la menor, rotura del short de la menor por contacto físico en superficie dura; y en relación a la persistencia en la incriminación no se aprecia variación en la imputación de la menor.

SEXTA: El examen de ADN, solicitado por la fiscalía como prueba extraordinaria en el juicio oral y admitido por el colegiado como prueba excepcional, para la homologación de las trazas de líquido prostático y espermatozoides incompletos hallados en la trusa de la menor con las muestras proporcionadas por el condenado, dio como resultado que no se encontraron ADN masculino sino únicamente ADN femenino, lo que no permitió la homologación, por consiguiente, se descarta la tesis de la defensa de que dichos restos encontrados no pertenecen o no correspondan con las muestras del condenado, siendo necesario puntualizar que para aceptar dicha tesis defensiva necesariamente tendría que haberse hallado ADN masculino para posibilitar la homologación con la muestra del condenado y así determinar que son homologables o que es excluido, lo que no se pudo materializar, no significando ello que no hubo los restos seminales, y por tanto no hace desaparecer el delito o la vinculación al mismo del condenado, quedando dichos restos como datos periféricos para reforzar la verosimilitud y coherencia externa de la declaración de la menor.

SÉPTIMA: Los fundamentos del voto discordante de la sentencia condenatoria, y que fueron tomados y copiados por el condenado en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no contienen argumentos sólidos, puesto que la demora en el relato de los hechos imputados por la menor es una práctica habitual conforme lo señala la jurisprudencia, siendo lo esencial que haya denunciado el hecho; el relato de la menor en cámara Gessel mantiene lógica aceptable, no evidencia un relato aprendido, ello reforzado con la declaración de la perito psicóloga, ya que a una menor que sufrió una agresión sexual no se le puede exigir una narración muy exacta y detallada, sino que lo importante es que no denote contradicciones sustanciales; la equivocación del señalamiento del testigo hermano referencial de que observó la herida en la rodilla izquierda de la menor cuando fue en la rodilla derecha resulta intrascendente, siendo lo importante la existencia de la herida; respecto a la no realización de la homologación de ADN, como se indicó, ello no significa que no hubo trazas de líquido prostático y

espermatozoides incompletos en la trusa de la menor; en cuanto al testigo Fredy Condori Ramos, en juicio oral se advirtió una posible responsabilidad penal, disponiendo la remisión de los actuados a la fiscalía, además éste señaló que dejó al condenado y a la agraviada unos minutos solos desconociendo que paso en esos momentos.

OCTAVA: El recurso de casación presentando por la defensa del condenado fue declarado inadmisibles por la Corte Suprema; además, dicho recurso presenta errores en su formulación, como son: no indicó el efecto pretendido de revío o sin reenvío; invocó como supuesto de procedencia la casación excepcional, sin embargo, esta resulta ordinaria, toda vez que la pena para el delito de violación sexual en su límite inferior es superior a los 6 años; la fundamentación y argumentación del recurso están dirigidos a cuestionar la valoración probatoria realizada por los magistrados en el juicio oral y que fue confirmada por la Sala de Apelación, pretendiendo un reexamen del material probatorio, lo que resulta prohibido, en razón que el Tribunal Supremo se encuentra impedido de realizar un reexamen probatorio en atención a su competencia, la cual es centrarse a la cuestión de derecho; no obstante, la Corte Suprema precisó que las sentencias de primera y segunda instancia cuentan con una debida motivación, agregando respecto del examen de ADN, que dicha prueba no desvirtúa el hecho delictivo en sí, sino únicamente que los restos espermatozoides encontrados son insuficientes para la realización del respectivo examen, posición que se comparte, pues la no materialización de la homologación de ADN, no significa que dichos restos seminales no existieron.

REFERENCIA

- Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanente y transitorias de la Corte Suprema de Justicia, 30 de setiembre del 2005).
- Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanente y transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de noviembre de 2007)
- Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 (V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanente y transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de noviembre del 2009).
- Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116 (X Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanentes y Transitorias. Corte Suprema de Justicia, 12 de junio de 2017).
- Caro John José Antonio (2016). Responsabilidad pena restringida por la edad. El Segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. Actualidad Penal 30. Instituto Pacífico.
- Casación N° 445-2014, Ica (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 04 de marzo de 2021).
- Casación N° 335-2015, Del Santa (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 01 de junio del 2016).
- Casación N° 742-2016, Ica (Corte Suprema de Justicia de la República. Primera Sala Penal Transitoria, 10 de julio de 2018).
- Casación 760-2016, La Libertad (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 20 de marzo de 2017).
- Casación 1877-2018, Huánuco (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 07 de junio de 2019).
- Casación N° 291-2019, Ayacucho (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 16 de noviembre de 2020).
- Casación 1129-2019, San Martín (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 12 de mayo de 2021).

Casación N° 2039-2019, Ancash (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 24 de mayo de 2021).

Casación N° 798-2019 Arequipa. Corte Suprema de Justicia de la República (2020). 24 de noviembre de 2020.

Casación N° 616-2021, Junín (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 14 de julio de 2022).

Casación N° 1118-2021, San Martín (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 27 de octubre de 2022).

Constitución Política del Perú. (1993). Código Penal. Lima, Perú. Jurista Editores E.I.R.L. 2022.

Consulta Exp. N° 1618-2016 Lima Norte (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de agosto de 2016).

Cubas, V., Robles, W., Vásquez, M., Burga, P., Peñalva, B., Quispe, J., Peña, A., Huaylla J., Damián R., Santillan, R., Tirado, C., Angulo, M., Padilla, J., Burgos, J., Tapia, J., Alarcón, F., Tello, I., Apaza, C., Aurazo, L., Flores, H., ... (2021). Código Procesal Penal Comentado. Segunda edición. Actualizada revisada. Tomo III Artículos 321 al 445. Libro Tercero. El proceso Común. Libro Cuarto. La Impugnación. Gaceta Jurídica. Lima. Editorial El Búho E.I.R.L.

Decreto Legislativo N° 635, Código Penal (1991). 04 de abril de 1991. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L. 2022.

Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal (2004). 22 de julio de 2004. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L. 2022.

Disposición N° 01-2016. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2016). Ministerio Público. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa. Quinto Despacho Fiscal. Distrito Judicial Arequipa. 04 de noviembre de dos mil dieciséis. Carpeta Fiscal 501-2016-5354. Diligencias Preliminares en sede Fiscal.

Disposición N° 02-2016. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2016). Ministerio Público. Primera Fiscalía Provincial Penal

Corporativa de Arequipa. Quinto Despacho Fiscal. 20 de diciembre de 2016. Carpeta Fiscal 501-2016-5354. Formalización de Investigación Preparatoria.

Disposición N° 03-2017. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2017). Ministerio Público. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa. Quinto Despacho de Investigación. Distrito Fiscal de Arequipa. 29 de mayo de 2017. Expediente N° 00623-2017-00-0401-JR-PE-03. Carpeta Fiscal 501-2016-5354. Prórroga de Investigación Preparatoria.

Disposición N° 04-2017. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa-Quinto Despacho Fiscal (2017). Ministerio Público. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa. Quinto Despacho de Investigación. Distrito Fiscal de Arequipa. 21 de junio de 2017. Expediente N° 00623-2017-00-0401-JR-PE-03. Carpeta Fiscal 501-2016-5354. Conclusión de Investigación Preparatoria.

Expediente judicial N°00623-2017-66-0401-JR-PE-03 (2017). Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial. Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Figueroa Gutarra Edwin (2018). Derecho Constitucional Estudio Sistemático y comparado de los derechos fundamentales de la persona y de la estructura del Estado. Tomo II. Primera edición. Lima-Perú. Editores Adrus.

García Cavero Percy (2019). Derecho Penal Parte General. 3ra. Edición. Lima. Editorial Ideas Solución Editorial.

Grández Castro Pedro P. (2022). El Control Constitucional Difuso y el Control Convencional: Algunos Problemas de Articulación. Primera edición electrónica. Lima. Centro de Investigaciones judiciales. Recuperado: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/163727804832b4aabd7eff6327b4c338/web-EL+CONTROL+CONSTITUCIONAL+DIFUSO_Pedro+Grandez_19-08-22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=163727804832b4aabd7eff6327b4c338

Guevara Vásquez Iván Pedro (2021). La Determinación Judicial de la Pena Concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y de tipo subjetivo. Parte General. 1ra Edición. Lima. Editorial Gamarra Editores S.A.C.

- Huayllani Choquepuma Walther (2020). Guía para la formulación de un recurso de casación penal en el Perú y su procedimiento. Primera edición. Lima. Editorial Jurídica JURIVEC.
- Ley N° 30076. Ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana (2013). El Peruano. Normas Legales, 19 de agosto de 2013.
- Peña Cabrera Freyre Alonso R (2019). Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo 1. Primera Edición. Lima. Editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L.
- Peña Cabrera Freyre Alonso R (2019). Análisis de la responsabilidad restringida por la edad del agente: naturaleza, fundamento y orientación política criminal. Actualidad Penal 56. Instituto Pacífico.
- Peña Cabrera Freyre Alonso Raúl & Salas Beteta Christian (2021). La Teoría del Delito y la teoría del caso en el proceso penal. Primera edición. Instituto Pacífico S.A.C.
- Rosas Yataco Jorge (2022). Código Penal comentado, concordado y jurisprudencial. Parte especial tomo III. Primera edición Lima. Gamarra editores.
- Recurso de Nulidad N° 630-2012-Apurimac (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria, 08 de enero de 2013).
- Recurso de Nulidad N° 3465-2013-Cusco (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria, 17 de julio de 2014).
- Recurso Casación N° 997-2017/AREQUIPA (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente, 10 de mayo de 2018).
- Recurso de Nulidad N° 3046-2015, Lima (Corte Suprema de Justicia de la República. Primera Sala Penal Transitoria, 30 de mayo de 2017).
- Recurso de Nulidad 462-2019-Lima Sur, (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria, 09 de diciembre de 2020).
- Requerimiento Fiscal. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa Quinto Despacho Fiscal (2016). Ministerio Público. Primera Fiscalía Provincial Penal

Corporativa de Arequipa. Quinto Despacho Fiscal. 20 de diciembre de 2016. Caso 501-2016-5354. Requerimiento: Prisión Preventiva.

Requerimiento Fiscal. Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa Quinto Despacho Fiscal (2017). 27 de junio de 2017. Revocatoria de comparecencia con restricciones y se ordene Prisión Preventiva.

Resolución N° 05-2017. Corte Superior de Justicia de Arequipa Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria (2017). 26 de abril de 2017. Acta de registro de audiencia de prisión preventiva. Expediente N° 00623-2017-00-0401-JR-PE-04.

Resolución N° 01. Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial (2018). Corte Superior de Justicia de Arequipa. 28 de junio de 2018. Expediente N° 00623-2017-00-0401-JR-PE-03.

Salinas Siccha Ramiro (2018). Derecho Penal. Parte Especial. 7ª edición. Volumen 2. Lima. Editorial IUSTITIA.

San Martín Castro César (2020). Derecho Procesal Penal Lecciones. 2º Edición. Perú. Setiembre 2020. Editores Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Altos estudios en ciencias jurídicas, políticas y sociales.

Sentencia Casación. Exp. N° 1179-2017/SULLANA (2018). Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. 10 de mayo de 2018.

Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433, Lima (Corte Suprema de Justicia de la República. I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, 18 de diciembre de 2018).

Sentencia N°186-2018-2JPCPA. Segundo Juzgado penal Colegiado Supraprovincial (2018). Corte Superior de Justicia de Arequipa. Resolución Nro.05-2018. 14 de diciembre de 2018.

Sentencia de Vista N° 039-2019. Segunda Sala de Apelaciones (2019). Corte Superior de Justicia de Arequipa. Resolución Nro. 10-2019. 10 de abril de 2019.

Tapia Vivas Gianina Rosa (2020). Valoración judicial de la prueba en el delito de violación sexual en agravio del menor de edad. Primera edición. Lima. Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L.

Vargas Meléndez Rikell (2021). Los delitos sexuales y cuestiones probatorias. Indicios, evidencias y testimonio de la víctima. Instituto Pacífico. 1ra. Edición. Pacífico Editores S.A.C.

Villegas Paiva Elky Alexander (2021). Delitos Sexuales. Criterios de imputación y técnica probatoria para el litigio estratégico. Gaceta Jurídica. 1ra edición. Lima. Editorial El Búho E.I.R.L.

