

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



**(ANALISIS) DELITO DE VIOLACIÓN DE LA
LIBERTAD SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS DE
EDAD MODIFICADO POR LA LEY 28704, EN EL
EXPEDIENTE 5118-2009**

Trabajo académico presentado por la
abogada

Cano Velazco, Stephanie Rocío

Para optar el Título de Segunda
Especialidad En Derecho Procesal Penal

Asesor:

Dr. Cano Suarez, Berly Gustavo

Dr. Armaza Galdós, Julio

Arequipa-Perú

2021

DICTAMENES APROBATORIOS

Señor Dr.
Gabriel Torreblanca
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de dar cuenta que como dictaminador, he supervisado el informe de segunda especialidad puesto a mi consideración por la abogada titulada STEPHANIE ROCIO CANO VELAZCO, el que analiza el expediente Nro. 5118-2009, seguido en contra de John Trinidad Coaguila Umasi, por delito de violación sexual de menor de edad, el que presenta una serie de complejidades:

1. Muestra la tramitación de un primer proceso bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales, así como un segundo con sujeción al Código Procesal Penal, ambos por el mismo delito y partes, siendo que se dirime competencia a favor de la Segunda Sala Penal de Apelaciones que dispone la acumulación del proceso 3770-2007 al expediente 5118-2009, debiendo adecuar el trámite al del Código Procesal Penal.
2. El debate del desarrollo del proceso y problema principal se centra en determinar: (i) si el día veinticuatro de agosto de dos mil siete, el imputado mediante violencia sostuvo relaciones sexuales vía vaginal con la menor agraviada introduciendo su pene, (ii) si el día seis de setiembre de dos mil siete el imputado mediante violencia y amenaza sostuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, introduciendo su pene en la vagina de esta hasta por cuatro oportunidades y (iii) determinar si en estas relaciones sexuales el puntuado se encontraba en error de tipo respecto a la edad de la menor agraviada.
3. Respecto al error de tipo concerniente a la edad de la menor agraviada, quien al momento de los hechos contaba con 13 años y 11 meses de edad, desencadenó en sentencias absolutorias y luego condenatorias, siendo postura de la presentante que efectivamente existía una representación equivocada de la edad de la menor, lo que no se supo demostrar jurídicamente al tramitar el expediente bajo la normatividad del Nuevo Código Procesal Penal, resulta difícil condenar a una persona cuando no existe una prueba irrefutable, pero es mucho más sencillo cuando la defensa de la parte procesada, no realiza adecuadamente esta defensa, como ocurrió en el caso materia de análisis.
4. Respecto a si se sostuvieron las relaciones sexuales, conforme detalla la presentante el problema reside en que la parte procesada no negaba que esta habría ocurrido, pero cuestionaba que esta se hubiera producido bajo violencia, al menos respecto a la segunda oportunidad, detallando que la primera relación sexual no ocurrió sino que fue un invento de la madre de la menor a efecto de generar una sentencia condenatoria en contra del procesado, lo que al final ocurre, como producto de un análisis equivocado de los medios de prueba, y una defensa ineficaz que no fue capaz de presentar la documentación idónea para lograr por tercera vez una absolución.
5. Postula como solución que en los procesos de violación sexual, donde se trate de menores de edad que cuenten con trece años y meses, el examen a realizar debe ser mucho más exhaustivo a través de pruebas periciales que efectivamente demuestren la edad de la menor, así como la actuación de medios de prueba para determinar si efectivamente el procesado conocía la edad de la menor, así como afianzar el tema de la duda, para evitar sentencias condenatorias como la ocurrida. Por todo lo antes descrito, estimo que el informe presentado cumple con las exigencias normativas de la Universidad Católica de Santa María y merece ser sustentando ante el jurado que se designe.

Atentamente

Berly Gustavo Cino Suarez
Docente principal

24234712

Dictamen con relación al trabajo presentado
en Segunda Especialidad.

**SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
SANTA MARÍA**

JULIO ARMAZA GALDOS,
designado para emitir informe final
en el trabajo de Derecho Penal
presentado por la señorita Abogada
Stephanie R. Cano Velazco, a usted
respetuosamente digo:

El «Análisis del delito de violación de
la libertad sexual de menor de 14 años en el Expediente núm. 5118-
2009» elaborado por la señorita Abogada Stephanie R. Cano
Velazco, tiene tres partes: 1) Resumen, 2) Posición personal y 3)
Conclusiones.

Básicamente se intenta determinar si las relaciones sexuales
sostenidas con una menor de 13 años deben ser materia de sanción
en aquellos casos en los que el agente haya incurrido en error de
tipo y si, debido a ese error, en el peor de los casos, no hubiese sido
conveniente aducir la duda a favor del acusado —A pesar de todo,
J. T. C. U., fue condenado a una pena privativa de libertad de treinta
años—.

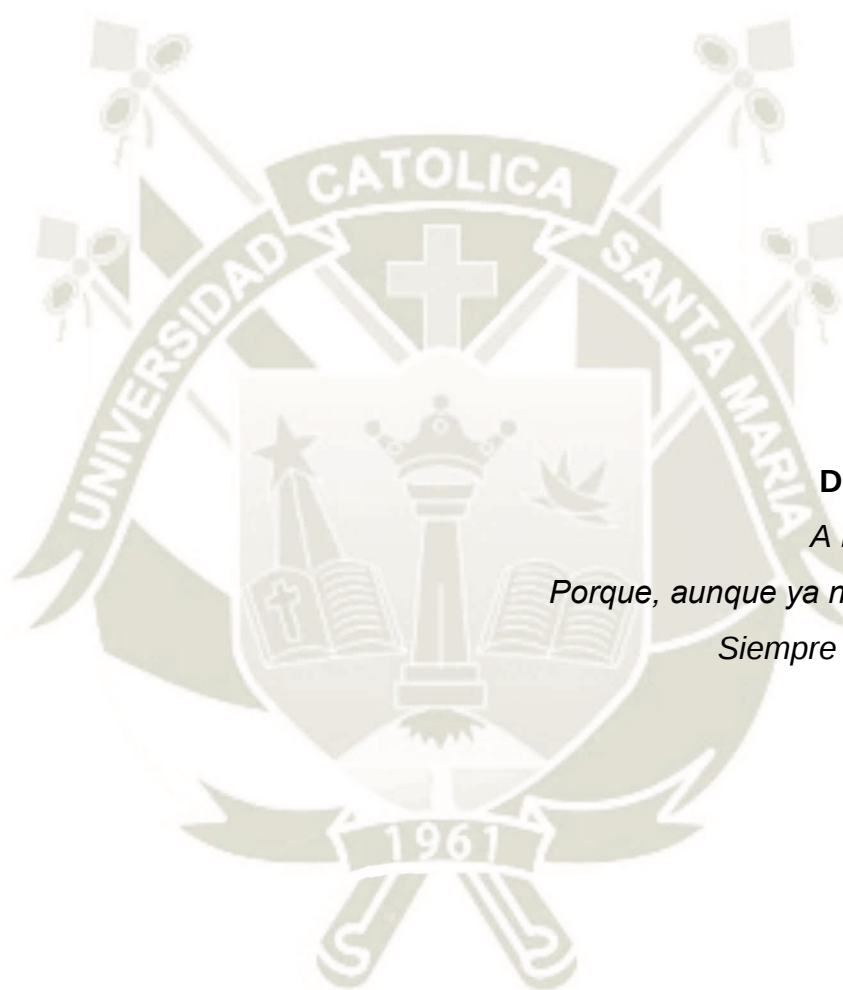
Los argumentos sostenidos en el trabajo revisten interés y
merecen ser expuestos y analizados en el acto académico
correspondiente, con la intervención de los señores Jurados que su
Despacho estime a bien designar y siempre que, la señorita
Stephanie R. Cano Velazco, pueda ser interrogada sobre el error de
tipo, la violación sexual de menores, el consentimiento, el *in dubio
pro reo* y las demás instituciones penales relacionadas con el delito
contenido en el Expediente núm. 5118-2009.

Es cuanto indicamos, SMP.

Arequipa, 2020, diciembre, 7



Julio Armaza Galdos
Dictaminador



DEDICATORIA:

A Mamá Carmen

Porque, aunque ya no estés aquí...

Siempre estás conmigo

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analizará el Expediente Nro. 5118-2009, seguido en contra de John Trinidad Coaguila Umasi por la comisión del delito de violación de la libertad sexual en agravio de menor específicamente en agravio de la menor de catorce años de edad M.R.M.R., los hechos del proceso se suscitan en dos oportunidades, esto es; el veinticuatro de agosto de dos mil siete y el seis de setiembre de dos mil siete, en ambos casos, se imputa al sentenciado haber sostenido relaciones sexuales vía vaginal con la menor agraviada introduciendo su pene, siendo objeto del debate si las mismas se ocasionaron o no con violencia, si en verdad se suscitaron y si el sentenciado tenía conocimiento de la edad de la menor; por la fecha de comisión del segundo hecho se apertura instrucción con el Código de Procedimientos Penales, generando el Expediente 3770-2007, donde se obtiene una sentencia absolutoria considerando como fundamento “el error de tipo vencible en la edad de la menor, lo que tiene como consecuencia que el delito sea sancionado como culposo siempre que el tipo penal así lo admita, siendo que, para el caso, al ser un delito eminentemente doloso, dicha conducta se convierte en atípica; por ende penalmente irrelevante”.

Sumado a ello se tiene la entrada en vigencia en nuestra ciudad del Nuevo Código Procesal Penal, ante el cual se interpone denuncia por la comisión del mismo delito, pero por el primer hecho (24 de agosto de 2007), el que genera el Expediente Nro. 5118-2009.

Al suscitarse un recurso competencial entre la Sala Penal Liquidadora Transitoria y la Segunda Sala Penal de Apelaciones del Nuevo Código Procesal Penal, la Corte Suprema con Ejecutoria Suprema del diecinueve de abril de dos mil doce resuelve dirimir competencia en favor de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, por lo que el proceso anterior 3770-2007, debió acumularse al proceso 5118-2009 y adecuarse al Nuevo Código Procesal Penal, al considerar que ambos hechos corresponden a un delito continuado realizado por el mismo imputado, en agravio de la misma persona y con una sola resolución criminal.

En el proceso tramitado con el Nuevo Código Procesal Penal se inicia investigación preliminar en dos oportunidades, en las cuales se dispone no formalizar y continuar con la investigación preparatoria, sin perjuicio de ello, la defensa de la parte agraviada plantea queja en ambas oportunidades las que son elevadas a la Quinta Fiscalía Superior de Apelaciones, obteniendo al fin una Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, la que da lugar a un requerimiento acusatorio que desencadena a su vez una Sentencia Condenatoria en Primera Instancia, que es apelada por la defensa del sentenciado consiguiendo una Revocatoria de Sentencia y por ende su absolución, ante lo cual el Ministerio Público presenta casación, donde se declara nula la Sentencia de Vista ordenando que nuevo colegiado superior emita pronunciamiento, obteniendo una Segunda Sentencia de Vista, que resuelve confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia, sentencia que también es materia de casación esta vez por la defensa del sentenciado, recurso que es declarado inadmisibile, por la Corte Suprema.

Palabras Claves: Violación Sexual, Menor de Catorce años de Edad, Error de Tipo, violencia o amenaza.

ABSTRACT

This research work will analyze the Exp. 5118-2009, about crime of violation of sexual liberty against John Trinidad Coaguila Umasi in the case of a minor, specifically to the minor of fourteen years M.R.M.R., the facts of the process happen twice, that is; on the twenty-fourth of August of two thousand seven and the six of September of two thousand seven, in both cases, the sentenced person is accused of having had sexual intercourse vaginally with the aggrieved minor introducing his penis, being the subject of debate if they were caused or not violently, if they were really raised and if the sentenced person was aware of the child's age; by the date of commission of the second act, an instruction was opened with the Code of Criminal Procedures, generating File 3770-2007, where an acquittal is obtained considering error of the type that is subject to the age of the minor, which has the consequence that the offense is punished as guilty provided that the criminal type admits it, being that for the case, being an eminently malicious crime, such conduct becomes atypical; therefore criminally irrelevant.

Added to this is the entry into force in our city of the New Criminal Procedure Code, before which complaint is filed for the commission of the same crime but for the first fact, which generates File No. 5118-2009.

Upon the issuance of a competency appeal between the Transitory Liquidation Criminal Chamber and the Second Criminal Court of Appeals of the New Criminal Procedure Code, the Supreme Court with Supreme Enforcement of the nineteenth of April of two thousand and twelve resolves to settle jurisdiction in favor of the Second Criminal Court of Appeals , so that the previous process 3770-2007, must be accumulated to the process 5118-2009 and adapt to the New Criminal Procedure Code, considering that both facts correspond to a continued crime carried out by the same accused, to the detriment of the same person and with A single criminal resolution.

In the process processed with the New Criminal Procedure Code, preliminary

investigation is initiated on two occasions, in which it is arranged not to formalize and continue with the preparatory investigation, without prejudice to this, the defense of the aggrieved party raises a complaint on both occasions which they are elevated to the Fifth Superior Prosecutor's Office of Appeals, finally obtaining a Provision for Formalization and Continuation of the Preparatory Investigation, which gives rise to a Condemnatory Judgment in the First Instance, which is appealed for the defense of the sentenced, obtaining a Revocation of Judgment and therefore its acquittal, before which the Public Ministry files an appeal, where the Vista Judgment is declared void ordering that a new senior colleague issues a pronouncement, obtaining a Second Judgment of Vista, which resolves to confirm the conviction of the first instance, a sentence that also it is a matter of cassation this time for the defense of I sentenced, which is declared inadmissible, by the Supreme Court.

Keywords: Sexual Rape, Minor of Fourteen years of age, Type Error, violence or threat.



INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación tiene por finalidad analizar, la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, específicamente menor de catorce años de edad, previsto en el artículo 173 primer párrafo inciso segundo del Código Penal modificado por la ley 28704 de fecha cinco de abril de dos mil seis, que establece que:

“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco”. (CÓDIGO PENAL PERUANO D.L. 635, 1991)

Se va a determinar, la concurrencia o no del error de tipo por desconocimiento de la edad de la menor agraviada y si existe o no consentimiento de quien es menor de catorce años, con ello determinar a su vez si efectivamente se protege la indemnidad sexual o por el contrario se protege la libertad sexual del agraviado.

El trabajo está organizado de la siguiente manera:

En el primer capítulo se tiene el planteamiento del problema, hipótesis del Ministerio Público, posición de la defensa y del juzgado, fundamentos de la apelación y problema a debatir.

El segundo capítulo contiene la normativa aplicable desde la Constitución, Código Penal, Código Procesal Penal y Acuerdos Plenarios.

El tercer capítulo contiene el desarrollo del juicio oral, tanto en el código de procedimientos penales como en el nuevo código procesal penal, en tanto existe una acumulación de un proceso anterior el que es adecuado al nuevo proceso, finalmente las conclusiones, y referencias bibliográficas

INDICE

RESUMEN	v
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I.....	12
1.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.1.POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	12
1.2.POSICIÓN DEL INVESTIGADO.....	13
1.3.POSICIÓN DEL JUZGADO.....	14
1.4.PROBLEMA A DEBATIR.-.....	15
CAPÍTULO II.....	16
2.MARCO LEGAL, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.....	16
2.1.- NORMATIVIDAD A SER APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	16
CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU	16
CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	17
CÓDIGO PENAL	19
2.2. MARCO DOCTRINARIO	21
1.- Tipo penal.-	21
2. Acción	22
3. Tipicidad Objetiva.-	22
4. Tipicidad Subjetiva	26
5. Antijuridicidad.-.....	27
6. Culpabilidad.-.	27
7. Consumación o Tentativa.-	28
2.3.- MARCO JURISPRUDENCIAL	29
ACUERDO PLENARIO NRO. 07-2007/CJ-116.-.....	29
ACUERDO PLENARIO NRO 04-2015/CJ-116.-.....	38
ACUERDO PLENARIO NRO. 01-2011/CJ-116.-.....	48
CAPÍTULO III.....	57
3.DESARROLLO DEL PROCESO	57
3.1. EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	57

3.2. PROCESO EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL	61
POSICIÓN PERSONAL DEL CASO	83
CONCLUSIONES	87
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	88



CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: Conforme a la acusación se imputa a John Trinidad Coaguila Umasi a título de autor que:

1.1.1. El día veinticuatro de agosto de dos mil siete, en horas de la tarde la agraviada salió de su centro educativo vistiendo uniforme y a fin de regresar a su domicilio, abordó la coaster de servicio público de la empresa “Los Ángeles”, conducida por John Trinidad Coaguila Umasi, quien tenía pleno conocimiento de la edad de la menor, la menor al llegar al terminal de la empresa, luego de que el cobrador bajase a marcar la tarjeta, el acusado traslado a la menor hasta un descampado que queda frente a la urbanización milagros en el sector de Cerro Colorado, donde el estacionó el vehículo, entonces el imputado paso a la parte trasera del vehículo, donde pese a conocer que se trataba de una menor de edad, sostuvo relaciones sexuales vía vaginal, introduciendo su pene, para lo cual incluso hizo uso de violencia, concluidas las relaciones sexuales, John Trinidad Coaguila Umasi retorno con el vehículo al paradero de la empresa, luego recogió al cobrador y retorno a su ruta habitual, dejando a la agraviada en el paradero número 16, la menor luego se dirigió a su domicilio.

1.1.2. El día seis de septiembre de dos mil siete, la menor agraviada M.R.M.R. dispuso de cuatro soles para pagar una rifa en su centro educativo, hecho que molesto a su madre, quien la reprendió y propino algunos golpes en el rostro utilizando unos zapatos, entonces la menor salió de su domicilio con dirección a una tienda de abarrotes del sector, siendo las siete de la noche el acusado la intercepta y luego en contra de su voluntad termina trasladándola en un taxi a las instalaciones del hotel “WELCOME” ubicado en el paradero 10 de Ciudad Municipal, distrito de Cerro Colorado, lugar donde el acusado contrató una habitación pagando S/. 15.00, designándole la habitación 15, habitación en la que utilizando la fuerza, amenazándola con un arma blanca, hizo ingresar a la menor agraviada, una vez dentro, el acusado hizo sufrir el acto sexual a la agraviada, penetrándola con su pene, suceso que se verifica siempre bajo un contexto de amenaza y violencia, toda vez que el acusado procede a empujar a la menor, luego

la sujeta de las manos y le tapa la boca con una almohada, para que no grite, procediendo el acusado a colocarse un preservativo, acto seguido sostuvo relaciones con la menor agraviada, a quien le introdujo su miembro viril, que después de concluir con el acto sexual, desecha el preservativo, limpiándose con papel higiénico, esa noche el acusado sostuvo relaciones sexuales con la menor en varias oportunidades durante la noche.

1.1.3. Alrededor de las 4:30 de la madrugada, el acusado llevo a la menor de vuelta a Ciudad de Dios, al lote de un tío del acusado, indicándole a la menor que se quedaría hasta el amanecer y que iba a retornar para traerle desayuno, además le hizo escribir unas cartas con un contenido que favorecían al acusado, señalándole que si contaba lo sucedido mataría a sus padres, procediendo luego a sujetar la puerta de la vivienda con un alambre, retirándose luego a realizar sus actividades en forma normal, al ser interceptado por familiares de la agraviada finalmente indico a estos el lugar exacto en que se encontraba la agraviada, siendo luego intervenido por personal policial.

1.2. POSICIÓN DEL INVESTIGADO: La defensa del acusado SOLICITA SU ABSOLUCIÓN:

1.2.1. Precisa que el primer hecho nunca se produjo, niega su existencia, incluso niega la existencia de denuncia en la comisaria, agrega que la violación que se acusa en el ómnibus con una tijera o con un cúter, nunca se produjo. Eso fue fraguado con el propósito de enervar la absolución que motivo el segundo hecho, asimismo preciso que tenía una relación sentimental que fue probado y acreditado en el juicio anterior.

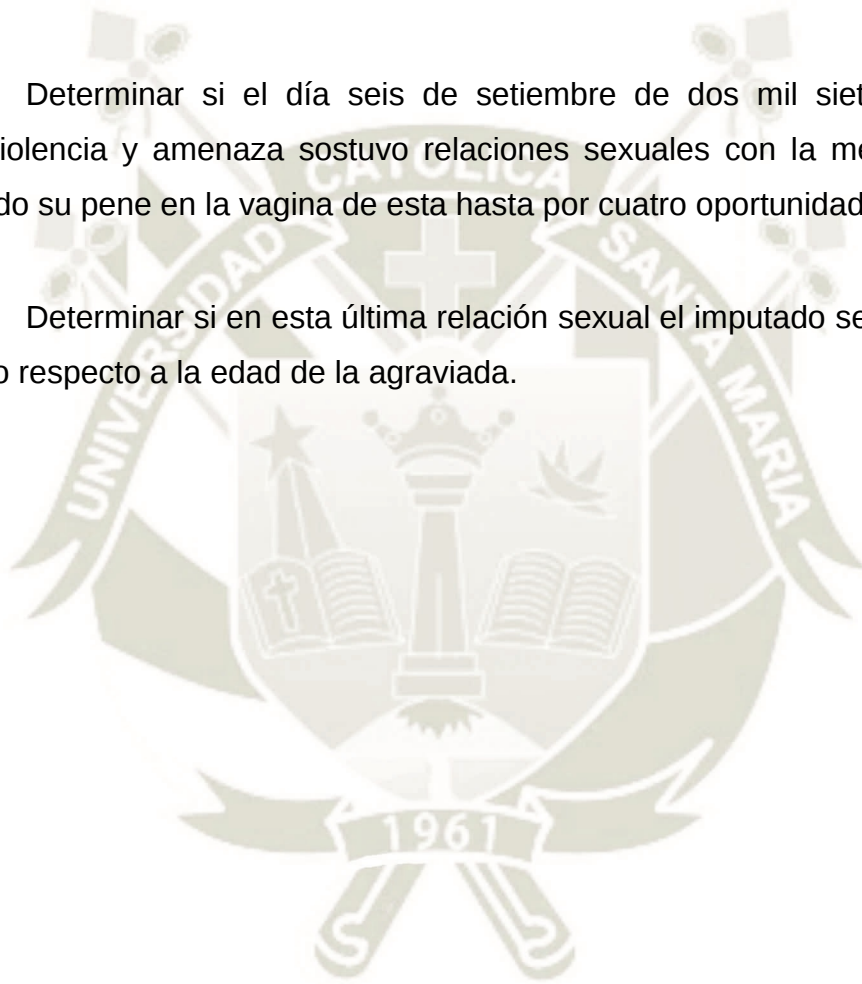
1.2.2. Precisa que el segundo hecho sí ocurrió, pero como actos consentidos entre ambos, actos convenidos de pleno acuerdo, porque tenían una relación sentimental hecho probado y acreditado en el juicio anterior, agrega que el primer hecho fue denunciado después de que se consiguiera la primera absolución. Señala que se actuó en error de tipo sobre la edad de la menor agraviada.

1.3. POSICIÓN DEL JUZGADO

Debe hacerse notar que este proceso cuenta con dos sentencia de primera instancia, dos sentencias de segunda instancia y una sentencia casatoria, como primera posición del Juzgado (emitida con el Código de Procedimientos Penales) se obtuvo la absolución de procesado, por existir variación de versiones de la parte agraviada, y por existir error de tipo respecto a la edad de la menor agraviada, en una segunda oportunidad y ante el Juzgado Penal Colegiado con el Nuevo Código Procesal Penal, se tuvo por criterio que se tenía probado que las relaciones sexuales entre procesado y agraviada ocurrieron, situación en la que el consentimiento no es de importancia teniendo en consideración que se trata de una menor de catorce años, y lo que se pretende proteger es su indemnidad sexual y no su libertad sexual, asimismo respecto al error de tipo no se presenta medios probatorios que corroboren su teoría; la primera sentencia de vista señala que existen serian incongruencias en las declaraciones de la agraviada, lo que hace presumir que su acusación no es sólida y verosímil, debiendo valorar la primera declaración que es la más cercana al día de los hechos, asimismo respecto al conocimiento de la edad de la menor, no se acreditó durante el juicio oral el conocimiento de la edad de la menor, por lo que no se probó el elemento del conocimiento objetivo e indubitable de la edad de la menor agraviada, por su parte la Sentencia Casatoria señala que se habría inaplicado los acuerdos plenarios 02-2005 y 04-2015 y el artículo 14 de Código Penal por ende devienen en nulas, y por último la Segunda Sentencia de Vista concuerda con la posición de la Sentencia de Primera Instancia, por lo que confirma la apelada que declara a John Trinidad Coaguila Umasi autor del delito de Violación Sexual de Menor de Edad imponiendo treinta años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva.

1.4. PROBLEMA A DEBATIR. - Los problemas que se debatieron durante el desarrollo del proceso fueron:

- Determinar si el día veinticuatro de agosto de dos mil siete, el imputado mediante violencia sostuvo relaciones sexuales vía vaginal con la menor agraviada introduciendo su pene.
- Determinar si el día seis de setiembre de dos mil siete, el imputado mediante violencia y amenaza sostuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, introduciendo su pene en la vagina de esta hasta por cuatro oportunidades.
- Determinar si en esta última relación sexual el imputado se encontraba en error de tipo respecto a la edad de la agraviada.



CAPÍTULO II

2. MARCO LEGAL, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

2.1.- NORMATIVIDAD A SER APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

Artículo 2° Inc. 24 Derecho de la persona. - A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley. e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del Juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas en el término de la distancia. (CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU, 1993)

Artículo 138°. Función Jurisdiccional. - La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior. (CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU, 1993)

Artículo 139°. Principios de la función jurisdiccional. - 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. 3. La observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. 6. La pluralidad de instancia. 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial. 12. El principio de no ser condenado en ausencia. 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado. (CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU, 1993)

CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo 31°. - Existe conexión de procesos en los siguientes casos: 1. Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos. 2. Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible. 3. Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. 4. Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad. 5. Cuando se trate de imputaciones recíprocas.

Artículo 32°. - En los supuestos de conexión previstos en el artículo 31°, la competencia se determinará: 1. En el numeral 1), le corresponde al Juez que conoce del delito con pena más grave. A igual gravedad, corresponde al Juez que primero recibió la comunicación prevista en el artículo 3°. 2. En el numeral 2), la competencia se determinará subsidiariamente por la fecha de comisión del delito, por el turno en el momento de la comunicación prevista en el numeral 3) o por quien tuviera el proceso más avanzado. En caso de procesos incoados en distintos

distritos judiciales, la competencia se establece por razón del territorio. 3. En los numerales 3) y 5), corresponde al que conoce el delito con pena más grave. A igual gravedad compete al juez penal que primero hubiera recibido la comunicación prevista en el artículo 3°. 4. En el numeral 4) corresponderá al que conoce del delito con pena más grave. (NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004)

Artículo 34°. - Declinatoria de competencia 1. Durante la Investigación Preparatoria el imputado, el actor civil o el tercero civil podrán pedir declinatoria de competencia. 2. La petición procede cuando el Juez se avoca al conocimiento de un delito que no le corresponde por razón de la materia, de jerarquía o de territorio. El Juez la resolverá, de conformidad con el trámite previsto –en lo pertinente- en el artículo 8° in fine, mediante resolución fundamentada. (NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004)

Artículo 36°. - Remisión del proceso Consentida la resolución que la declara fundada, el proceso será remitido a quien corresponda, con conocimiento de las partes. (NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004)

Artículo 46°. - Acumulación de procesos independientes: Cuando en los casos de conexión hubiera procesos independientes, la acumulación tendrá lugar observando las reglas de la competencia. (NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004)

Artículo 47°. - Acumulación obligatoria y facultativa 1. La acumulación es obligatoria en el supuesto del numeral 2) del artículo 31°. 2. En los demás casos será facultativa, siempre que los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y no ocasionen grave retardo

en la administración de justicia. (NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004, p. 428).

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DISPOSICIONES FINALES

Primera. - Vigencia del Código Procesal Penal

1. El Código Procesal Penal entrará en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Judiciales según un Calendario Oficial, aprobado por Decreto Supremo, dictado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo que establecerá las normas complementarias y de implementación del Código Procesal Penal.

2. El día 1 de julio de 2006 se pondrá en vigencia este Código en el Distrito Judicial designado por la Comisión Especial de Implementación creada por el Decreto Legislativo N° 958. El Distrito Judicial de Lima será el Distrito Judicial que culminará la aplicación progresiva de este Código158.

3. El mencionado Decreto Legislativo establecerá, asimismo, las disposiciones transitorias y las referidas al tratamiento de los procesos seguidos con arreglo a la legislación anterior. (NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2004, p. 742)

CÓDIGO PENAL

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. (*) (*) **Inciso 3) declarado inconstitucional por el Resolutivo 1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC, publicada el 24 enero 2013.**

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua." ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza." (1)(2)(3)(4)(5).

(1) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en el presente Artículo. (2) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por el delito previsto en el presente Artículo. (3) De conformidad con el Numeral 5 del Artículo 1 de la Ley N° 30794, publicada el 18 junio 2018, se establece como requisito para ingresar o reingresar a prestar servicios en el sector público, que el

trabajador no haya sido condenado con sentencia firme, por el delito de violación de la libertad sexual, tipificado en el presente artículo. La citada ley entra en vigencia a los noventa (90) días de su publicación, con la finalidad de que las entidades de la administración pública adecúen su procedimiento de selección de personal para incorporar el requisito señalado en el artículo 1 de la citada ley. (4) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 30819, publicada el 13 julio 2018, en el delito previsto en el presente artículo el juez penal aplica la suspensión y extinción de la Patria Potestad conforme con los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda al momento procesal. Está prohibido, bajo responsabilidad, disponer que dicha materia sea resuelta por justicia especializada de familia o su equivalente. (5) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 agosto 2018, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua." (CÓDIGO PENAL, 1991, pp. 186-187)

2.2. MARCO DOCTRINARIO

DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD MODIFICADO POR LA LEY 28704 (de aplicación al caso).

1.- Tipo penal. - El delito de acceso sexual sobre un o una menor de 18 años, se encuentra regulado en el artículo 173 del Código Penal, el cual se ha visto modificado en diversas ocasiones. Por ley 28704 del 05 de abril de 2006, el tipo penal tuvo el siguiente contenido:

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. ()*

Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en el su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.

2. Acción. - Para cometer este delito se requiere:

“1.- el acceso carnal del miembro viril en las cavidades vaginal, anal o bucal de la víctima.

2.- la introducción de partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal; o

3.- la introducción de objetos en la cavidad vaginal o anal o

4.- compenetración por parte de la mujer”. (SALINAS SICCHA, 2008)

3. Tipicidad Objetiva. -

El delito más grave dentro de los delitos contra la libertad sexual de la norma Procesal Penal está constituido por el acceso carnal sexual sobre un menor de edad. Este hecho punible se configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la

cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de dieciocho años de edad cronológica.

Dicho de otra forma “la conducta típica se concreta en la práctica del acceso o acto sexual o análogo con un menor, el cual comprende tanto el acto vaginal, anal o bucal, realizado por el autor o por el menor a favor del autor o de un tercero”.

Asimismo, comprende también la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor.

De la redacción del tipo penal se deduce, que para la ejecución de este delito sobre un menor no resulta necesario que el agente actúe con violencia, o intimidación, inconsciencia o engaño. En tal sentido, en palabras de SALINAS SICCHA “así la víctima preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual y análogo, el delito se verifica, pues, de acuerdo a nuestra normatividad la voluntad de los menores, cuya edad se encuentra entre el nacimiento y los dieciocho años”, “no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo”. (2008, p. 713)

3.1.- Bien jurídico protegido: Al tratarse de un delito en agravio de menor, estaríamos hablando de su indemnidad o intangibilidad sexual -de los menores de dieciocho años de edad-, entendida como “la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea”. (SALINAS SICCHA, 2005) p. 183.

Los menores de edad no cuentan con libertad o debemos considerar que tienen una libertad limitada que se ve incrementada en tanto van creciendo y desarrollándose.

La intangibilidad sexual es “bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciar el ataque carnal violento en contra de la libertad sexual; de aquel que tutelaba la conjunción carnal abusiva en agravio de menores, previstas en el artículo 512 del Código Penal Italiano”. (OXMAN VILCHEZ, 2008)

En ese contexto debemos entender que, por sus características especiales, se consideraba a los menores de edad como “sexualmente intocables”.

Lo intangible, lo intocable y sin o con libertad sexual “todas las personas son intocables. En el caso de los menores, existe la presunción de que estos no tienen capacidad para disponer; en consecuencia, no es reconocido como consentimiento valido aquella autorización dada por ellos para tener sexo”. (ARBULU MARTINEZ, 2019)

Francisco Muñoz Conde, sostiene que en, “el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro”. (2001 p. 201)

La indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos, como seres humanos, tenemos un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él, para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia. (CASTILLO ALVA, 2002, p. 274).

La indemnidad sexual no nace en interés de tutelar a todas las personas, sino que a un grupo específico de la sociedad que en razón de su edad o de la situación particular en que se encuentran, se hacen especialmente vulnerables a un ataque sexual, lo que tornaría aconsejable mantenerlas alejadas total o parcialmente de la sexualidad, a fin de evitar en los menores un perjuicio o daño en el desarrollo individual o en la adecuada formación sexual y también prevenir las repercusiones negativas que el ejercicio de la sexualidad puede tener para el proceso de socialización de las personas que sufren de anomalías o perturbaciones mentales; como puede verse la esencia de este bien jurídico es algo más elevado que un supuesto específico y difícilmente comprobable daño físico, psíquico o emocional que el contacto sexual pueda ocasionar. Se trataría de un derecho muy curioso, porque no se ejerce, sino que se posee, per se. (OXMAN VILCHEZ, 2008)

3.2.- Sujeto Activo: El tipo penal de violación sexual de menor de edad utiliza la expresión “el que” por lo que se trata de un delito de dominio, en ese sentido el sujeto activo puede ser cualquier persona varón o mujer.

El tipo penal no exige del sujeto activo alguna cualidad o calidad especial, salvo al tratarse de una agravante. Conforme señala Salinas Siccha: “éste puede tener la condición de novio, enamorado o conviviente de la víctima. Se excluye el estado civil de **casado aparente** debido a que, de conformidad con nuestro código civil, es imposible contraer matrimonio con un o una menor de catorce años”. “Si ello ocurriera, tal matrimonio es nulo”. (2008 p. 799).

3.3.- Sujeto Pasivo: La víctima o sujeto pasivo de los supuestos delictivos previstos en el artículo 173 del código penal pueden ser tanto el varón como la mujer, siendo la única condición **tener una edad cronológica menor de dieciocho años**, *para el caso particular que sea menor de edad entre diez años de edad y menos de catorce años de edad*.

Puede tener alguna relación sentimental con el agente o también dedicarse a la prostitución, tales circunstancias son irrelevantes para calificar el delito.

“El tipo penal solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 18 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psicofísica que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor, revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos. De ahí que el delito igual se configura así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o si ha tenido con anterioridad al hecho concreto experiencias de acceso carnal sexual”. (SALINAS SICCHA, 2008)

4. Tipicidad Subjetiva

Este tipo penal se trata de un delito que se comete por dolo y que no puede cometerse por culpa. Por su propia naturaleza, puede configurarse a través de las tres clases de dolo: directo, indirecto y eventual.

Su comisión por dolo directo o indirecto se producirá cuando el agente tiene conocimiento de la minoría de edad de su víctima y, no obstante ello, libre y voluntariamente practica el acto sexual, ya sea por la cavidad vaginal, anal o bucal o en todo caso, le introduce objetos (prótesis sexuales, etc.) o partes del cuerpo (dedos, manos, etc.), en su cavidad vaginal o anal, con la evidente finalidad de satisfacer su apetito sexual. Si por el contrario no se encuentra esta finalidad en el actuar del agente, la figura delictiva no aparece. Es decir, -como en todos los delitos sexuales-, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo en la conducta sexual desarrollada por el agente.

Respecto a la figura del dolo eventual, el sujeto activo pese a que se representa la probabilidad de disponerse a realizar el acceso carnal sexual con una menor de catorce años, no duda ni se abstiene, sino que, por el contrario, prosigue con su actuar y persistiendo en la realización del acto sexual.

“Aquí, el autor más que incurrir en un error, obra con total indiferencia respecto al peligro de realizar acceso carnal con un o una menor y le da lo mismo, pese a la duda que pueda tener (circunstancia que es consustancial al dolo eventual) sobre la edad de su víctima”. (SALINAS SICCHA, 2008).

4.1.- Error de Tipo. – Se puede configurar respecto a la edad de la víctima, esta figura puede presentarse cuando el agente actúe en la creencia que la persona con la cual mantuvo el acceso carnal sexual es mayor de dieciocho años.

Esta situación se resuelve de conformidad con el Artículo 14 del Código Penal, siempre y cuando el sujeto activo no haya hecho uso de violencia o amenaza grave sobre la víctima (CÓDIGO PENAL, 1991), “pues de verificarse la concurrencia de estos factores, en el caso concreto, el operador jurídico subsumirá los hechos al acceso carnal

sexual previsto y sancionado en el artículo 170 del Código Penal” (SALINAS SICCHA, 2008, p. 731).

Si el error de tipo fuera vencible, es decir si el sujeto actuando dentro de los parámetros de la diligencia debida hubiese podido darse cuenta del defecto de apreciación en que incurría, es decir es un error superable, aquí solo se elimina el dolo subsistiendo la culpa, y el hecho será sancionado como un delito culposo siempre y cuando se encuentre tipificado como tal, por su parte, el error de tipo invencible, se presenta cuando a pesar de la diligencia debida el sujeto no puede darse cuenta de su error, es decir, es un error de carácter insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa.

“Bajo este contexto, tanto si el error es invencible como vencible no podrá sancionarse al sujeto activo por el artículo 173 del Código Penal, si es invencible se elimina el dolo y la culpa y si es vencible, se elimina solo el dolo, quedando subsistente la culpa, no obstante, al no admitirse en nuestro sistema jurídico el delito de acceso sexual por imprudencia o negligencia, dicha conducta será atípica y por lo tanto irrelevante penalmente”.

(SALINAS SICCHA, Derecho Penal Parte Especial, 2008)

5. Antijuridicidad. - no se presenta ninguna causa que justifique o autorice la realización del hecho imputado, por tanto, la conducta es antijurídica.

“La misma naturaleza del delito de acceso sexual sobre menor hace imposible que en la realidad práctica se presente casos donde funcione de manera positiva alguna causa justificante” (SALINAS SICCHA, Derecho Penal Parte Especial, 2008).

6. Culpabilidad. - Para determinar la culpabilidad en este delito se tendrá que verificar si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de dieciocho años, y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. “También se verificara si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como acceso

carnal sexual sobre un menor, conocía la antijuricidad de esta, es decir, se verificará si sabía que dicho acto estaba prohibido por ser contrario al derecho”.

“Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito de tipo sexual” (SALINAS SICCHA, Derecho Penal Parte Especial, 2008).

6.1.- Error culturalmente condicionado

En el Perú, teniendo en cuenta que existe en la realidad, poblaciones que todavía no han llegado a internalizar los parámetros culturales (de carácter o tipo occidental) que domina la mayoría de los peruanos, y por tanto existen compatriotas que consideran que mantener relaciones sexuales con una menor de 12 hasta los 17 años es normal y natural, en la *praxis* judicial se presentan casos de error culturalmente condicionado previsto y sancionado en el artículo 15 del Código Penal de 1991, esta clase de error se configura cuando el agente desconoce la ilicitud de su conducta, ignora que su comportamiento resulta injustificable, por lo que la conducta muy bien puede ser típica y antijurídica pero no puede ser atribuida personalmente a su autor, pues este desconoce la antijurídica de su hecho, situación que hace inexistente la culpabilidad, por lo que el delito no aparece. (SALINAS SICCHA 2008, pp. 733-734)

Para el caso particular y conforme a la sentencia condenatoria no existe causa que excluya la culpabilidad del imputado, cuenta con nivel de educación secundaria completa, por tanto, tuvo la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto y poder determinarse según esta comprensión, siendo responsable penalmente.

7. Consumación o Tentativa. - el delito es de consumación instantánea y acepta tentativa.

Al ser un delito de resultado, admite la posibilidad de su comisión en grado de tentativa; como señala (SALINAS SICCHA, 2008)“es decir, el agente inicia la comisión del acto sexual o análogo que ha decidido voluntariamente realizar; sin embargo, por causas extrañas o ajenas a su intención o de manera voluntaria decide no consumir el hecho punible.”

En otras palabras, el agente por causas ajenas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo.

Respecto a la consumación, el delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consuma con la penetración total o parcial de la víctima menor, ya sea vía vaginal o anal (contra natura) o bucal. O en su caso, cuando comienza la introducción de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo. Esto es, habría penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de las cavidades ya indicadas del sujeto pasivo o cuando en alguna de esas cavidades del sujeto activo venga a introducirse el pene del varón menor agredido sexualmente. (SALINAS SICCHA, 2008)

En el caso del uso de objetos o partes del cuerpo, éste se realiza cuando, por ejemplo, una prótesis sexual o algún objeto parecido al pene son introducidos por vía vaginal o anal del menor, o en su caso, cuando, por ejemplo, el agente introduce algún dedo o la mano en el conducto vaginal o rectal de su víctima menor.

En consecuencia, la conducta desplegada en este caso es típica, antijurídica y culpable.

2.3.- MARCO JURISPRUDENCIAL

ACUERDO PLENARIO NRO. 07-2007/CJ-116; ALCANCE INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 173°.3 CP, MODIFICADO POR LA LEY NÚMERO 28704 PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete. -

9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal – incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas

jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.

10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e impicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

11. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub judice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes: a) Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva. b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente. c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad. d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado mediante el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad

esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

III. DECISIÓN. 13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad: ACORDARON: 14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos. (PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, 2007)

ACUERDO PLENARIO NRO. 04-2008/CJ-116, Concordancia Jurisprudencial Art. 116° TUO LOPJ ASUNTO: Aplicación del artículo 173°.3 del Código Penal Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho. -

6. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y

dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte, el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

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

7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual. El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño). De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución. Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Rubio Correa, Marcial, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...” (*Estudio de la Constitución Política*

de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

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

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

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

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, “Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”. Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal. El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que, por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso. Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

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

12. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia

la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto. Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad – entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes. Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. Decisión

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

ACORDARON: 14. Establecer como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce. (IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES, TRANSITORIAS Y ESPECIALES, 2008)

ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116. CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL ART. 116° TUO LOPJ ASUNTO: REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes: a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad. b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador. c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas,

de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

III. DECISIÓN. 12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; ACORDÓ: 13. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados –testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9° y 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes. (PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2005)

ACUERDO PLENARIO NRO 04-2015/CJ-116: FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ. ASUNTO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL. Lima, dos de octubre de dos mil quince. -

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

16°. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento

sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

17°. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede “descalificar” el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales. En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones. El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia (BANACLOCHE PALAO, Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, 2010, pág. 268). Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible (STSE 997/1997, de 8 de julio) No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que, si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial (STSE 1/1997, de 28 de octubre). Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad. 18°. Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina (MIRANDA ESTRAMPES, "Pruebas científicas y estándares

de calidad" en La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004, 2011, págs. 142-143) –sobre la base de la experiencia judicial norteamericana– ha propuesto los criterios siguientes: A) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio. B) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada. C) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos. D) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

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

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

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

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

22°. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial: A) La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte. B) El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral. Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó. C) Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones.

Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo. D) Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

23°. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [TARUFFO, Michele: *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100]. Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fático o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [CLIMENT DURAN, Carlos: *La prueba penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da.edición, 2005, p. 847].

§ 4. El examen médico legal en delitos sexuales

24°. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el

cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [PACHECO DE LA CRUZ, José Luis/ PACORA PORTELLA, Percy/DE LA CRUZ CHAMILCO, Nancy/ DÍAZ CUBAS, Noelia: *Violencia y abuso sexual contra la mujer: Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente*. Disponible en línea: <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/números/2012/oct-dic/189-197.html>]

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

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

27°. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennización del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y

según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

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

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

29°. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente [DE GREGORIO BUSTAMANTE, Álvaro: *Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas*. Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208.]: A) El evaluado tiene capacidad para testimoniar. B) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia. C) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos. D) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual. E) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30°. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles: A) Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud). B) Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

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

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

§ 6. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales

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

33°. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto, su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés postraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la

persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión [ASENSI PÉREZ, Laura Fátima: “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* N° 21, enero-junio de 2008, p. 19].

34°. De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado; es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, “Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos”, en *Psicothema*. Vol. 14 (2002), p. 140]. Por esta razón, la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial [POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Criminalística*, Dirección de Criminalística, Lima, 2006, p. 356].

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

36°. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto: A) La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar. B) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo. C) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio

del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense. D) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover, test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó. E) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes¹ no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difícil de falsear porque son pruebas enmascaradas [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, Paz: "Auto informes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas", en Análisis y modificación de conducta, Vol. 29. N° 126 (2003), pp. 139 y 140. Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios [DEMUS: Justicia de género. Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado, Demus, Lima, 2010, p. 6].

37°. Como se ha fundamentado, para la realización de las tres pericias analizadas es necesario comprobar su solvencia o confiabilidad científica, según su naturaleza, para asignarle valor debiendo atenderse los criterios expuestos. III. DECISIÓN 38°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ACORDARON: 39°. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15° al 36° del presente Acuerdo Plenario. (IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, 2015)

ACUERDO PLENARIO NRO. 01-2011/CJ-116 FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116°
TUO LOPJ ASUNTO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD SEXUAL Lima, seis de diciembre de dos mil once. -

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material sine qua non para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

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

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

23°. Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia *-en cuanto a los hechos incriminados-* por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva *—que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-*, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia *—la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente-* [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>. Consultado el 6 de noviembre de 2011]. A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos,

la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

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

26°. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

27°. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: “...de la experiencia

sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado”. Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes: A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. B. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre. C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

§ 7. La prueba en el Derecho Penal Sexual

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

29°. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre

los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatória objeto de prueba.

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

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

32°. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la praxis a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios

empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

33° Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que, de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

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

35° La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima

y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto. A estos efectos, deberá superarse, además, el test de proporcionalidad que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

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

§ 8. Evitación de la Estigmatización secundaria

37°. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las

diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38°. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración. En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

III. DECISIÓN 39°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno

Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ACORDARON: 40°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21° al 38°. (VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, 2011)



CAPÍTULO III

3. DESARROLLO DEL PROCESO

3.1. EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Cabe resaltar que el presente proceso tiene sus inicios en el Código de Procedimientos Penales con el Expediente Nro. 3770-2007, tramitado ante el Séptimo Juzgado Penal, a cargo del doctor Orlando Abril Paredes suscitando de la siguiente manera:

DENUNCIA:

Con fecha 07 de setiembre de 2007 se formaliza denuncia penal en contra de John Trinidad Coaguila Umasi, por la presunta comisión del delito de violación de la libertad sexual ilícito previsto en el artículo 173 primer párrafo inciso dos del Código Penal, en agravio de la menor R.M.R. sustentando su imputación de la siguiente forma: *“Que el día seis de setiembre de dos mil siete el denunciado ha mantenido relaciones sexuales con la menor agravada en tres oportunidades en forma voluntaria en la habitación del hostel Welcome ubicado en el paradero 10 de Ciudad Municipal.*

AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

En la misma fecha con Resolución Número 01-2007 se resuelve abrir instrucción en la vía ordinaria en contra del John Trinidad Coaguila Umasi, por el delito de violencia de la libertad sexual de menor de edad, se dicta comparecencia con restricciones, bajo reglas de conductas, las que incluían el pago de una caución económica de dos mil nuevos soles, ordenando que en la fecha el inculpado rinda su instructiva, que la menor

rinda su referencial el veinticinco de setiembre de dos mil siete, que se lleven a cabo las diligencias de ratificación de los certificados médicos de la menor agraviada, y que los representantes de la menor agraviada rindan su preventiva.

Asimismo, se ordenó que se curse oficio a SUNARP a fin informe si el inculpado registra bienes muebles e inmuebles a su nombre, y a SUNAT a fin informe si el inculpado tiene alguna actividad económica, del mismo modo se solicitó los antecedentes penales y judiciales de inculpado y las demás diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

ELEVACIÓN A SALA SUPERIOR

Culminado el término de la instrucción, y emitidos los informes finales se elevaron los actuados a la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa – conformada por los vocales Juan Chávez Zapater, Sandra Lazo de la Vega y Carlos Luna Regal- para el juicio oral respectivo, formulando acusación la Cuarta Fiscalía Superior Penal con fecha ocho de julio de dos mil ocho, en contra del inculpado por la presunta comisión del delito de violación de la libertad sexual previsto en el artículo 173 primer párrafo inciso 2 del código penal, modificado por la ley 28704. En agravio de la menor de iniciales M.R.M.R.

SENTENCIA

Con fecha diecinueve de setiembre de dos mil ocho se emite sentencia, en la que se resuelve absolver al John Trinidad Coaguila Umasi de los cargos formulados en su contra, disponiendo el archivo definitivo de la causa y la anulación de los antecedentes generados por este proceso, los fundamentos principales para esta sentencia son:

(i) Existe una variación de versión de la agraviada, siendo que, en un primer momento señala que mantuvo relaciones de forma voluntaria con su enamorado, siendo que con posterioridad, en presencia de sus padres y con la asistencia de un abogado defensor, cambia totalmente su versión señalando que habría sido abusada, encontrando la sala serias incongruencias en el relato, sumado a ello se tiene peritajes e informes psicológicos que corroboran la primera versión de los hechos, lo que les hace afirmar que el segundo relato sería contrario a la verdad, sin perjuicio de ello y conforme al Acuerdo Plenario Nro. 07-2007 de aplicación para el momento de la sentencia se tenía establecido que no se debate el consentimiento de una menor de trece años, pues aunque lo diera éste no es válido para el tipo penal en cuestión.

(ii) Existía un desconocimiento del encausado respecto a la edad de la menor agraviada, quien según señala le habría dicho que tenía dieciséis años, próxima a cumplir diecisiete; sin prueba suficiente que impida afirmar lo contrario, resultaba altamente posible que el encausado, haya tenido una representación equivocada sobre la edad de la menor, por ende se está ante un error de tipo vencible toda vez que no tuvo conciencia sobre la verdadera edad de la agraviada, tomando en consideración además que se acababan de conocer y de empezar una relación amorosa, siendo que, la consecuencia del error de tipo vencible correspondían a *“la infracción será castigada como culposa, cuando se hallare prevista como tal en la ley”*; teniendo en consideración que todos los delitos de violación sexual son dolosos, no puede atribuírsele al encausado la comisión del ilícito.

RECURSO DE NULIDAD

Emitida la sentencia, tanto el Ministerio Público como la Parte Civil, presentan recurso de nulidad, elevándose los actuados a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, quienes a través de la Ejecutoria Suprema R.N. 4600-2008 de fecha dieciséis de marzo de dos mil nueve, “resuelven declarar nula la sentencia absolutoria, mandaron se realice nuevo juicio oral por otro colegiado” teniendo como fundamento:

(i) Que el colegiado superior habría incurrido en contradicciones en cuanto a la motivación de la absolución, pues el consentimiento del sujeto pasivo deviene en irrelevante, lo que no excluye la tipicidad e ilicitud de la conducta del encausado.

(ii) Que se habría aplicado erróneamente el Acuerdo Plenario Nro. 004-2008/cj-116, pues este es aplicable para el delito comprendido en el artículo 173 inciso tercero **no segundo**.

(iii) Que no existe motivación interna del razonamiento de la sentencia, que habría incoherencia narrativa, así como que no se habría efectuado una debida apreciación del factum materia de acusación fiscal ni valorado adecuadamente la prueba diligenciada con el fin de esclarecer la realidad de los cargos.

EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ABRIL DE 2012

Con la referida Ejecutoria Suprema, se resuelve un recurso competencial presentando entre la Sala Penal Liquidadora Transitoria y la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, al existir dos procesos penales en contra del encausado por el mismo delito pero en distintas fechas, tramitados uno con el Código de Procedimientos Penales y el otro con el Nuevo Código Procesal Penal, los que del propio relato se puede determinar que se trataría de un delito continuado, por el mismo imputado, en agravio de la misma persona y con una sola resolución criminal, por lo que a la vigencia del nuevo modelo procesal penal, resulta pertinente acumular ambos procesos al nuevo modelo, dirimiendo competencia a favor de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa disponiendo la acumulación del expediente 3770-2007 al 5118-2009 y su adecuación al Nuevo Código Procesal Penal.

3.2. PROCESO EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

Se analizará el proceso desde la acumulación al Nuevo Código Procesal Penal:

INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. -

Con fecha doce de diciembre de dos mil ocho con disposición Nro. 03-2008 realizada por el primer despacho de investigación de la Primera Fiscalía Provincial Penal de Arequipa se resuelve aperturar investigación a nivel de despacho fiscal para la realización de diligencias preliminares por el plazo de ochenta días en los seguidos en contra de John Trinidad Coaguila Umasi por la presunta comisión del delito de violación sexual de menor de catorce años, señalando que debían actuarse las siguientes diligencias preliminares:

- a. Se solicite un informe del recurso de nulidad interpuesto en la instrucción Neo 2007-3770, tramitada ante el Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.
- b. Se reciba la ampliación de la declaración referencia de la menor agraviada M.R.M.R. a efecto de que precise la fecha en la cual comenzó a mantener relaciones sexuales con el denunciado.
- c. Se cite al denunciado y con las formalidades de ley reciba su declaración en referencia a los hechos suscitados el día 29 de agosto de 2007.
- d. Se reciba la declaración del testigo Raúl Compi Hanco, sobre los hechos materia de denuncia
- e. Se reciba la declaración del testigo Charles Paucar Apaza sobre los hechos denunciados.

Con fecha veinte de febrero de dos mil nueve, con disposición Nro. 04-2009 se resuelve ampliar las diligencias de investigación preliminar en sede fiscal.

ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Con fecha ocho de abril de dos mil nueve con disposición Nro. 05, el Ministerio Público dispone declarar que No Procede Formalizar y Continuar con la Investigación Preparatoria, toda vez que se afecta la credibilidad de la menor agraviada pues durante la investigación habría realizado cambios en su versión, solicitando incluso en una de las veces que iba a brindar su declaración, que ésta fuera realizada sin la presencia de su padres ni abogado defensor lo que denota desconfianza en sus propios padres, asimismo se encuentra afectada la referida variable con la declaración del cobrador Raúl Ccompi Hanco, quien contra toda lógica y deber ciudadano no hizo saber a ninguna autoridad o tercera persona lo comunicado por la agraviada respecto a la presunta violación, además que brinda su declaración a más de un año de ocurridos los hechos.

Asimismo, no se cuenta con indicios reveladores de la comisión del delito como para formalizarlo, y por último estando a la sentencia emitida en el proceso seguido con el código de procedimientos penales donde se absuelve al imputado por error de tipo, por el segundo hecho, y en el supuesto que la Corte Suprema confirmara la sentencia ésta investigación, correría la misma suerte, debiendo absolverse al imputado.

Con fecha dieciséis de abril de dos mil nueve la parte agraviada presenta requerimiento de queja solicitando la elevación de actuados a la Fiscalía Superior a fin reevalúe la disposición de no formalizar la investigación preparatoria.

Con fecha Dieciocho de Junio de Dos Mil Nueve, la Quinta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones con Disposición Nro. 395.2009-5FSPA-MP-AR, “resuelve declarar

fundado el requerimiento de elevación de actuados, declarando NULA la Disposición Fiscal Nro. 05-2009, devolviendo los actuados a la Fiscalía Provincial Penal”, siendo el fundamento principal qué; estando a que la Disposición Nro. 05 tenía sustento en el error de tipo que dio lugar a la sentencia absolutoria del imputado en el proceso anterior, y sin embargo la Fiscalía Superior habría tomado conocimiento que la Sala Penal de la Corte Suprema habría declarado NULA la primera sentencia, corresponde al Fiscal Provincial verificar este dato y hecho esto emitir nueva disposición con arreglo a ley.

Suscitado lo anterior, con Disposición Nro. 07-2009 de fecha dos de diciembre de dos mil nueve se resuelve Formalizar la Investigación Preparatoria en contra de John Trinidad Coaguila Umasi por la presunta comisión del delito de Violación Sexual de Menor de Catorce años de edad, *previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal* en agravio de la menor M.R.M.R.

ETAPA INTERMEDIA

Se formula requerimiento acusatorio con fecha cinco de agosto de dos mil trece, en contra de John Trinidad Coaguila Umasi por la presunta comisión del delito de violación de la libertad sexual en la modalidad de violación de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.R.M.R. por los siguientes hechos:

1. **Primer Hecho:** Que el día 24 de agosto de 2007 la agraviada salió de su centro educativo vistiendo uniforme y a fin de regresar a su domicilio, abordó la couster de servicio público de la empresa los ángeles, unidad conducida por el acusado, John Trinidad Umasi Coaguila, quien tenía pleno conocimiento de la edad de la menor, que ésta se habría mantenido en el interior del vehículo de transporte público hasta llegar al terminal de la empresa y una vez allí, luego de que el cobrador bajase a marcar la tarjeta el acusado traslado a la menor hasta un descampado que queda frente a la urbanización milagros en el sector de cerro colorado, donde el imputado estacionó el vehículo.

Que una vez la couster se encontraba estacionada en el descampado, el imputado paso a la parte trasera del vehículo, donde pese a conocer que se trataba de una menor de edad, sostuvo relaciones sexuales vía vaginal con la menor, introduciendo su pene para lo cual incluso hizo uso de la violencia. Que concluidas las relaciones sexuales el acusado, siempre a bordo de la unidad motorizada retorno al paradero de la empresa y luego de recoger al cobrador retomo su ruta habitual, dejando a la agraviada en el paradero número 16, menor que luego se dirigió a su domicilio.

2. **Segundo Hecho:** Que el día 06 de setiembre de 2007, se suscitó un incidente entre la menor agraviada y su señora madre, toda vez que la agraviada había dispuesto de la suma de cuatro soles para pagar una rifa en su centro educativo, hecho que molesto a su madre, quien la reprendió incluso propinándole algunos golpes en el rostro utilizando unos zapatos; es en estas circunstancias que la menor salió de su domicilio con dirección a una tienda de abarrotes del sector, y que siendo las siete de la noche el acusado la intercepta, para luego en contra de su voluntad terminar trasladándola en un taxi a las instalaciones del hotel WELCOME, ubicado en el paradero 10 de ciudad municipal, distrito de Cerro Colorado lugar donde el acusado contrató una habitación por la cual pago la suma de quince soles, asignando la recepcionista la habitación signada con el número quince, habitación en la que utilizando la fuerza, amenazándola con un arma blanca hizo ingresar a la menor agraviada.

Que una vez dentro de la habitación, el acusado hizo sufrir el acto sexual a la menor agraviada, penetrándola con su pene, suceso que se verifica siempre bajo un contexto de amenaza y violencia, toda vez que el acusado procede a empujar a la menor, luego la sujeta de las manos y le tapa la boca con una almohada, para que no grite, procediendo el acusado a colocarse un preservativo, acto seguido sostuvo relaciones con la menor agraviada, a quien le introdujo su miembro viril, que después de concluir con el acto sexual desecha el preservativo, limpiándose con papel higiénico, que esa

noche el acusado sostuvo relaciones sexuales con la menor en varias oportunidades durante la noche.

Que siendo alrededor de las cuatro y media de la madrugada, el acusado llevo a la menor agraviada de vuelta a ciudad de dios, al lote de un tío del acusado, lugar en el que indica a la menor que se quedaría hasta amanecer, y que iba a retornar para traerle desayuno, que además le hizo escribir unas cartas con contenido que favorecían al acusado, señalándole además que si contaba lo sucedido mataría sus padres, procediendo luego a sujetar la puerta de la vivienda con una alambre, retirándose luego a realizar sus actividades en forma normal, siendo interceptado por familiares de la agraviada, por lo que finalmente el acusado termino por indicar a estos el lugar exacto en que se encontraba la agraviada, siendo luego intervenido por personal policial.

Con fecha diecinueve de setiembre de dos mil catorce, con acta de audiencia ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Cerro Colorado a cargo del Señor Juez José Luis Vilca Conde, con Resolución Nro. 11-2014, y sin observaciones por parte de la defensa del acusado se resuelve declarar saneada la acusación fiscal, así como la existencia de una relación jurídico procesal valida en consecuencia dicta auto de enjuiciamiento en contra de John Trinidad Coaguila Umasi, por la presunta comisión del delito de violación de la indemnidad sexual previsto y penado por el articulo 173 primer párrafo inciso 2 del código penal, en agravio de la menor M.R.M.R., precisando el Ministerio Publico que solicita la imposición de treinta años de pena privativa de la libertad.

Se admite como medios de prueba:

1. Del Ministerio Público:
 - a. La declaración de Raúl Ccompi Hanco.
 - b. La declaración de la menor M.R.M.R.
 - c. La declaración de Martha Ruiz Sacarías

- d. La declaración y examen del perito Ricardo Berrios Mejía y Miguel Ángel Irigoyen Arbieto.
- e. La declaración de Mary Carol Gutiérrez Choque, Máximo Zapata Canazas y Lisha Galagarza Pérez.
- f. La partida de nacimiento de la menor agraviada
- g. 06 tomas fotográficas del hotel *Welcome*
- h. Pericias psicológicas 021222-2008-PSC y 006029-2010-PSC
- 2. Del Acusado
 - a. La declaración de Raúl Ccompí Hanco y Martha Ruiz Sacarías por comunidad de pruebas.
 - b. La declaración de Genaro Pedraza Manchego.
 - c. La declaración de Amalia Vega Mamani.
 - d. La declaración de Lucia Otilia Umasi Lauli.
 - e. La declaración de Charles Paucar Apaza.
 - f. La declaración de Yeny Llave Magaña.
 - g. La declaración y examen del perito Juan Carlos Gonzales Chalco.
 - h. La declaración y examen del perito Eleana Loayza Monzón.
 - i. La declaración y examen del perito Lisha Yolanda Galagarza Pérez.
 - j. Acta de constatación de fecha veintitrés de abril de dos mil ocho.
 - k. Acta de entrevista de fecha veinticuatro de marzo de dos mil diez.
 - l. Carta suscrita de puño y letra por la agraviada de fecha diecisiete de setiembre de dos mil siete.
- 3. Precisa que no existe convenciones probatorias
- 4. Precisa que hay constituido en actor civil.

5. Precisa que la situación jurídica del acusado es de comparecencia restrictiva
6. Se dispone la remisión de los autos al Juzgado Penal Colegiado

ETAPA DE JUZGAMIENTO

AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial resuelve con Resolución Nro. 11-2014 de fecha catorce de octubre de dos mil catorce dictar auto de citación a juicio, formación del expediente judicial y cuaderno para el debate, programando fecha de juicio para el día cuatro de mayo de dos mil quince, en la cual, ante la incomparecencia del acusado, se resuelve declararlo contumaz, debiendo girarse las órdenes de captura.

INICIO DEL JUICIO ORAL Y SENTENCIA

Con fecha primero de setiembre de dos mil dieciséis el acusado es capturado, iniciando el juicio oral respectivo en su contra, el cual se realiza en veintitrés sesiones:

En la primera de ellas el Ministerio Público realiza su alegato de apertura y se suspende el juicio oral para el dos de setiembre de dos mil dieciséis, en esta fecha el Ministerio Público culmina sus alegatos de apertura y se realizan los alegatos de apertura de la defensa del procesado, quien solicita la absolución de su defendido, pues por el primer hecho ya ha sido absuelto y respecto al segundo hecho el procesado y la agraviada eran enamorados, pronunciándose además respecto a la reparación civil, en esta sesión se consulta al procesado luego de instruirlo de los derechos que le asisten, si se declara autor del delito que se le acusa, quien señala que no acepta el primer hecho, y que respecto al segundo hecho acepta los cargos pero que estos fueron consentidos; también se resuelve disponer el levantamiento de la condición de contumaz del

procesado y su inmediata libertad para que concurra a juicio oral, además se declara la sucesión procesal en cuanto al actor civil al haber adquirido la agraviada la mayoría de edad, suspendiendo el juicio oral hasta el día trece de septiembre, con fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis se continua el juicio oral, donde se informa defecto en la notificación de la parte agraviada, sin perjuicio de ello se continua con la actuación probatoria esto es, con la prueba documental del Ministerio Público, esto es la partida de nacimiento de la agraviada la que es observada por la defensa del procesado, se suspende el juicio oral para el día veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis, donde la defensa postula nueva prueba la que es rechazada, suspendiendo el juicio oral para el día veintinueve de setiembre de dos mil dieciséis, donde se actúan seis tomas fotográficas que son observadas por la defensa del procesado pues se encuentran en copia y que las originales deben estar en el expediente anterior o en la carpeta fiscal, suspendiendo el juicio oral para el día siete de octubre de dos mil dieciséis, en la fecha se reprograma sin actuación probatoria para el día once de octubre de dos mil dieciséis, donde con la presencia del Ministerio Público y abogado defensor se declara el abandono del actor civil por sus reiteradas inconcurrencias dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía respectiva, se continua con la actuación probatoria esto es con la declaración del perito Miguel Andrés Irigoyen Arbieta respecto al Certificado Médico Legal Nro. 018599-IS de fecha siete de setiembre de dos mil siete, que concluyo que la menor presenta himen con desfloración antigua y no signos de actos contranatura, asimismo respecto al Certificado Médico Legal 18600-L, señalo que a esa misma fecha la agraviada no presentaba lesiones traumáticas.

Continuando con el juicio oral con fecha diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, se realiza la declaración del perito Ricardo Miguel Mejía Berrios respecto a los mismos certificados médicos legales detallados anteriormente, quien se ratifica en su pericia.

Se suspenden el juicio oral para el día veintiuno de octubre del mismo año, a la cual no concurren los testigos ni peritos citados por lo que se reprograma la audiencia para el día veintiséis de octubre, en esta fecha se realiza la declaración del perito

Máximo Juan Zapata Canaza respecto a la pericia 021222-2008-PSC que concluyo que la menor presentaba al ocho de agosto de dos mil ocho sentimiento de culpa, temor a represalias, de sujeto contra su persona, así como ansiedad relacionada a la salud de su madre albergando colera hacia el denunciado, ratificándose en la referida pericia; el Ministerio Publico se desiste de la declaración de Mary Carol Gutiérrez Choque sin oposición de la defensa, asimismo solicita se prescinda de la declaración de Raúl Ccompí Anco, Martha Ledoniva Ruiz Zacarías y Marilia Rosy Mendoza Ruiz (agraviada), y se de lectura a sus declaraciones anteriores, a lo cual la defensa del procesado se opone, suspendiendo el juicio oral para el día siete de noviembre del mismo año, la que se suspende para el día once de noviembre al haber sufrido un accidente la representante del Ministerio Publico, para esa fecha se autoriza la oralización de la declaración del testigo Raúl Ccompí Hanco, con oposición de la defensa quien se reserva el derecho de hacerlo valer en la segunda instancia, culminada la oralización de la declaración se resuelve suspender la audiencia para el día dieciséis de noviembre, en la fecha referida se oraliza la ampliación de declaración de la agraviada así como su declaración referencial de fecha siete de setiembre de dos mil siete, asimismo se actúa la declaración testimonial de Lucia Umasi Yauli (madre del procesado y testigo de descargo), así como la declaración del perito Juan Carlos Gonzales Chalco, respecto a la pericia Nro. 24161-2008-PSC donde concluye que no podía realizar un examen psicológico que permita determinar si la menor ya mantenía relaciones sexuales al 24 o 29 de agosto de 2007, y de la pericia 23547-2008 de fecha 02 y 04 de septiembre de 2008, que concluyó que la edad mental de la agraviada corresponde a los 14 años, con una madurez mental y emocional correspondiente a una persona en etapa de adolescencia inicial, en las que se ratifica.

Asimismo, se actúa la declaración de la perito Eliana Loayza Monzón, respecto a la pericia Nro. 19275-2007-PSC de fecha 15 y 20 de setiembre de 2007 practicada a la menor agraviada, donde se concluye que proyecta cariño hacia el denunciado, personalidad en formación con rasgos de inseguridad con necesidad de afecto y de comunicación, carácter introvertido pasiva; en la que se ratifica.

Se suspende el juicio oral para el día veintiuno de noviembre, donde se oraliza la declaración de Martha Ledovina Ruiz Sacarías de fecha dieciséis de octubre de dos mil siete, sin observaciones de la defensa, suspendiéndose la audiencia nuevamente para el día treinta de noviembre, fecha en la cual el Poder Judicial se encontraba de huelga, por lo que la audiencia se reprograma para el día cuatro de enero de dos mil diecisiete; fecha en la cual se oralizan las tarjetas y la carta remitidas al imputado por la agraviada presentadas en el expediente 3770-2007, suspendiéndose la audiencia para el día diez de enero de dos mil diecisiete, donde la defensa se desiste de las declaraciones de sus testigos Genaro Pedraza Manchego y Amalia Vega Mamani, suspendiéndose la audiencia para el trece de enero del mismo año, en esta fecha se actúa la declaración de la perito Lisha Galagarza Pérez respecto a la Pericia Psicológica Nro. 6929-2010 de fecha 24 de marzo de 2010, que concluyo que encontraba inconsistencia en el relato actual de la menor agraviada, se la observa evasiva, cuidadosa, desconfiada, prefiere evadir las respuestas e irse por las ramas, y tiene mucho cuidado al dar las respuestas, cuida mucho la información que da, pericia en la que se ratifica.

Asimismo, se recibe la declaración del Perito Juan Carlos Gonzales Chalco respecto al Protocolo Psicológico 019275-2007-PSC, quien manifiesta que firmo la pericia por cuestiones administrativas, pero quien ha hecho la pericia fue Eliana Loayza Monzón, por lo que se oraliza la pericia de la referida perito, donde se concluye que proyecta cariño hacia el denunciado, personalidad en formación con rasgos de inseguridad con necesidad de afecto y de comunicación, carácter introvertido pasiva.

Se oraliza además el acta de constatación domiciliaria de fecha veintitrés de abril de dos mil ocho, señalando fecha para continuación de juicio oral el día diecinueve de enero fecha en la que, estando a la inasistencia de los testigos se dispone la oralización de las declaraciones de Charles Paucar Apaza y Yeny Llave Magaña, y se solicita un debate contradictorio entre los peritos Lisha Galagarza Pérez y Máximo Zapata Canazas, asimismo la defensa solicita se adjunten a este proceso las actas de juzgamiento de la

segunda instancia, sentencia y casación del expediente 3770-2007 con oposición del Ministerio Público, admitiéndose el debate contradictorio de los peritos y denegándose la admisión de las actas del proceso anterior; señalando nueva fecha de audiencia para el día veinticinco de enero, donde ante la inasistencia de los peritos se reprograma para el día treinta de enero de dos mil diecisiete fecha en la que tampoco concurren los peritos señalados por lo que se prescinde del debate contradictorio; señalando nueva fecha de audiencia para el día treinta y uno de enero de dos mil diecisiete, fecha en la cual se dan los alegatos finales del Ministerio Público y defensa del procesado, suspendiendo la audiencia para lectura de fallo en la misma fecha a las catorce horas con treinta y siete minutos.

Declarando a John Trinidad Coaguila Umasi autor del delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173 primer párrafo numeral segundo conforme a la norma vigente ley 28704 en agravio de M.R.M.R.

Imponiendo como tal treinta años de pena privativa de la libertad con carácter de efectiva disponiendo la ejecución provisional inmediata de la sentencia, debiendo cursarse las órdenes de captura respectiva.

Disponiendo que no corresponde el pago de reparación civil al haberse producido el abandono del actor civil.

En esta Primera Sentencia del Nuevo Código Procesal Penal se inició el juicio instruyendo al acusado de sus derechos, quien indicó no aceptar el primer hecho imputado (el del 24 de agosto de 2007) y aceptar el segundo hecho de fecha seis de septiembre de dos mil siete, pero refiere que fue consentido.

Se califica el hecho como violación sexual de menor de edad previsto en el primer párrafo inciso 2 del artículo 173 del código penal.

Solicitando la imposición de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva y un tratamiento psicológico previo examen médico.

La defensa del procesado solicita su absolución, señala que el primer hecho nunca ocurrió, niega la existencia si quiera de la denuncia en la comisaria, señalo que fue fraguado con el propósito de enervar la absolución que motivo el segundo hecho, asimismo preciso que tenía una relación sentimental la que se acredito en el juicio anterior.

Y respecto al segundo hecho precisa que sí ocurrió, pero como actos consentidos, pues tenía una relación sentimental lo que se tiene probado en el juicio anterior, agrega que el segundo hecho fue denunciado después de que se consiguiera la absolución del segundo hecho, alegando un error de tipo sobre la edad de la menor agraviada. El colegiado señala que solo puede valorar la prueba actuada en juicio oral.

El objeto del debate se centra en determinar:

- Si el día veinticuatro de agosto de dos mil siete, el imputado mediante violencia sostuvo relaciones sexuales vía vaginal con la menor agraviada introduciendo su pene.
- Si el día seis de setiembre de dos mil siete, el imputado mediante violencia y amenaza sostuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, introduciendo su pene en la vagina de esta hasta por cuatro oportunidades.
- Si en esta última relación sexual el imputado se encontraba en error de tipo respecto a la edad de la agraviada.

Durante el juicio se actuaron:

La partida de nacimiento de menor agraviada, que acredita la edad de la agraviada al momento de los hechos.

La declaración del Médico Legista Miguel Ángel Irigoyen Arbieta sobre el Certificado Médico Legal del 06 de setiembre de 2007, que concluyo que la menor agraviada presenta himen con desfloración antigua, explicando que es antiguo, porque la lesión tiene más de diez días, y respecto al certificado médico legal 18600-L, señalo que a esa misma fecha la agraviada no presentaba lesiones traumáticas.

Asimismo, declaró el Médico Legista Ricardo Medina Rejos respecto al Certificado Médico Legal 018599 IS que concluyo que la menor presentaba desfloración antigua.

Se actuó la declaración de Máximo Zapata Canazas perito psicólogo, respecto a la pericia psicológica 021222-2008 concluyendo que la menor presentaba al 08 de agosto de 2008 sentimiento de culpa, temor a represalias, de sujeto contra su persona, así como ansiedad relacionada a la salud de su madre albergando colera hacia el denunciado.

La declaración de Lucia Otilia Umasi Yauli quien es la madre del acusado, quien señalo que agraviada y acusado tuvo una reacción amorosa, pero no sabe desde cuándo.

La declaración de Eliana Loayza Monzón respecto a la pericia psicológica Nro. 019275-2007 de fecha 15 y 20 de setiembre de 2007 practicada a la menor agraviada, donde se concluye que proyecta cariño hacia el denunciado, personalidad en formación con rasgos de inseguridad con necesidad de afecto y de comunicación, carácter introvertido pasiva.

La declaración de Lisha Galagarza Pérez, respecto a la pericia psicológica Nro. 06029-2010 de fecha 24 de marzo de 2010, que concluyo que encontraba inconsistencia en el relato actual de la menor agraviada, se la observa evasiva, cuidadosa, desconfiada, prefiere evadir las respuestas e irse por las ramas, y tiene mucho cuidado al dar las respuestas, cuida mucho la información que da.

La declaración del Perito Psicólogo Juan Carlos Gonzales Chalco, respecto al peritaje psicológico Nro. 24161-2008 donde concluye que no podía realizar un examen psicológico que permita determinar si la menor ya mantenía relaciones sexuales al 24 o 29 de agosto de 2007, y de la pericia 23547-2008 de fecha 02 y 4 de septiembre de 2008, concluyo que la edad mental de la agraviada corresponde a los 14 años, con una madurez mental y emocional correspondiente a una persona en etapa de adolescencia inicial.

La declaración de Charles Paucar Apaza, que acredita que el acusado y la agraviada se conocían, conversaban y daban vueltas en la combi que conducía el acusado.

La declaración de Yeni Llave Magaña, quien declaró que entre el acusado y la agraviada hubo una relación de enamoramiento, que ésta aparentaba diecisiete años, y la misma agraviada le dijo esta edad y que era de promoción.

La oralización del acta de constatación domiciliaria del 23 de abril de 2008, que acredita que al constituirse al domicilio de Yeni Lave Magaña, no encontraron a ninguna persona, que es domicilio de Feliciano llave Sauri, que Jeny Llave Magaña, vive en Majes que vivía en ese inmueble hace años.

Tarjetas remitidas al inculpado de fecha 17 de setiembre de 2007, de Mary Rossy para John trinidad, que dice viene un nuevo día y llega también la noche y siguen apareciendo más días con sus oscuras noches y te sigo amando mis días y noches mi tiempo y todo eres tú.

Un Sobre que contenía la carta en manuscrito de Mary Rossy de fecha 17 de septiembre de 2007 que contiene un texto con palabras cariosas y menciones de amor.

Concluyendo el colegiado:

Respecto a la edad de menor, no hay mayor discusión pues con la partida se acredita la edad que tenía al momento de los hechos.

Respecto al acceso sexual con la menor agraviada, con los peritajes se concluye que la menor agraviada ya había mantenido una relación sexual por lo menos diez días

antes y que mantuvo una última relación sexual el día anterior quedando acreditado que esta fue con violencia el segundo acceso carnal no fue discutido.

Respecto al acceso sexual por parte del imputado.

La menor agraviada manifiesta que mantuvo relaciones sexuales con el imputado en dos ocasiones, empero en la primera declaración precisó que eran enamorados mientras que en la segunda niega este aspecto, y señala que fue abusada.

Al análisis se tiene que en ambas declaraciones se describe relaciones sexuales entre agraviada e imputado, pero la segunda incorpora datos que fueron abusivas.

La menor siempre ha afirmado la existencia de dos relaciones sexuales con el imputado, con el solo detalle que en la segunda adiciono el dato del abuso sexual lo que no resta solidez a su relato.

Asimismo la teoría de la defensa respecto al error de tipo por desconocimiento de la edad de la menor se desbarata en tanto no presenta medio probatorio idóneo que demuestre que el imputado desconocía la edad de la menor, solo se tiene el dato factico de Yeny Llave Magaña quien como se demostró no vivía en la casa y no dio datos exactos y el peritaje psicológico afirma que en el 2008 tenía edad mental de catorce por lo que se infiere que en 2007 tenía la edad mental de trece años, por lo que no está probado que en la última relación sexual del 6 de septiembre de 2007 el imputado no se encontraba en error de tipo, respecto a la edad de la agraviada.

Concluyendo que el 24 de agosto de 2007 el imputado mediante violencia sostuvo relaciones sexuales con la menor agraviada introduciendo su pene.

Asimismo, que el seis de setiembre de dos mil siete el imputado sostuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, introduciendo su pene en la vagina de esta hasta por cuatro oportunidades.

Imponiendo treinta años de pena privativa de la libertad, por no tener antecedentes y en atención a su edad, encontrándose por tanto en el tercio inferior de la determinación de la pena.

APELACIÓN DE SENTENCIA POR PARTE DE LA DEFENSA

Con fecha diez de marzo de dos mil diecisiete, la defensa del sentenciado presenta apelación solicitando la nulidad de la sentencia recurrida y como pretensión subordinada que sea absuelto, sustentando su pedido en:

Que la sentencia sustenta su fallo en que solo analiza los medios probatorios admitidos y actuados dentro del proceso, la ratio essendi de la sentencia se basa en que lo protegido en el presente proceso es la indemnidad sexual por que sostiene que, siendo la menor de 14 años, no tiene facultades para disponer su libertad sexual, en tal virtud aun cuando fuese cierto que las relaciones sexuales acusadas hubiesen sido consentidas no tenía facultad para disponer de su libertad sexual.

Se habría probado que fueron dos relaciones sexuales, que la existencia de las relaciones se habría probado con la segunda declaración de la menor, asimismo señala que la declaración de madre del sentenciado es considerada con reserva y la declaración de la madre de la menor no es tomada con reserva.

Señala que, aun cuando nadie discutió las pruebas consistentes en una carta y el sobre que la contenía dirigidas al sentenciado realizadas por la agraviada, así como la tarjeta; éstas no fueron consideradas, los jueces le habrían quitado validez sin que ninguna de las partes lo hiciese, por lo que la sentencia apelada no analizó correctamente los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados dentro del proceso los que fueran admitidos como prueba de descargo

Que existiría incongruencia respecto a la violencia con la que se habría practicado el acto sexual, pues según el fallo la declaración de los médicos legistas ratificaron que las lesiones que presenta la agraviada así lo demostrarían, sin embargo no analizan con suficiente rigor la antigüedad de la desfloración con la persistencia de las supuestas lesiones, señala que ambos médicos legistas reconocen que la desfloración es antigua, pero no explican la existencia de las lesiones peri vaginales, y porque de su permanencia siendo que, la desfloración es antigua, es decir que tenía más de diez días. En este sentido NO EXPLICAN porque una lesión dejaría más que la huella de la desfloración y en su caso.

Asimismo, señala que el Ministerio Público solicitó 35 años de pena privativa de la libertad y no encuentra la razón por la que le imponen 30 años, la única explicación

racional es que los integrantes del colegiado tuvieron una duda razonable, por lo que no se desvirtuó el in dubio pro reo al no demostrarse a cabalidad la culpabilidad del sentenciado.

Señalando que existiría duda razonable con los siguientes elementos:

La primera manifestación de la menor agraviada, en donde reconoce que las relaciones sexuales fueron consentidas.

La tarjeta y el sobre oralizados en audiencia, son documentos en donde reconoce la relación sentimental que la unía al sentenciado.

La ausencia de la menor en todas las audiencias de juicio oral.

El límite legal previsto por el ordenamiento penal y la edad en la que la menor consintió las relaciones.

Señala además que el ad quem de primera instancia habría ignorado el principio general de la teoría de la prueba: *solo deben probarse hechos que no son ni públicos, ni notorios*", señalando que la menor tiene una página de Facebook, en la que publicitó que no se prestaría a ser sujeto de una venganza de su madre, razón por la cual no se presentó a juicio oral.

Con ello se habría ignorado un principio general de la teoría de la prueba, solo deben probarse los hechos que no son ni públicos ni notorios.

Por ultimo fundamento de la defensa se tiene que el sentenciado es portador de una enfermedad terminal, que no quisieron admitir como medio probatorio.

SENTENCIA DE VISTA

Concedida la apelación, se elevan los actuados a la Segunda Sala Penal de Apelaciones, quienes con fecha cuatro de setiembre de dos mil diecisiete resuelven:

Esta sentencia reexamina si la valoración probatoria que realizado el aquo resulta correcta a la luz de la lógica, la ciencia y/o las máximas de la experiencia.

Como primer punto se tiene que el a quo ha valorado la segunda declaración de la menor agraviada (la que introduce la violencia y la amenaza en ambos hechos imputados) bajo el razonamiento de la amenaza de la que fue objeto la menor agraviada, ha consistido en que el acusado atropellaría a ella y a su madre, lo que dada la condición de chofer del acusado se trataba de una amenaza verosímil. La Sala no comparte el criterio pues las razones que fundamentas la verosimilitud y la persistencia en la incriminación para arribar a la conclusión respecto de la responsabilidad penal no resultan consistente en su análisis, lo que denota una indebida valoración de los medios de prueba, pues no se puede concluir que el segundo relato o declaración de la menor sea más sólido, toda vez que existe una pericia de Loayza Monzón en la cual se denota cariño para con el denunciado, como un afecto positivo hacia la persona, más aun que dicha pericia no se contrapone con el primer relato de la menor, por lo que este resulta creíble y no así el segundo relato.

Existiendo tres pericias psicológicas que no habrían sido correctamente analizadas por el a quo, no se puede establecerse que el segundo relato sea verosímil, y sólido fundamentalmente en lo que respecta a la violencia y amenaza

Señala además que respecto a las cartas el contenido amoroso de la agraviada al sentenciado, el Ministerio Público postula que las mismas habrían sido escritas bajo amenaza de que mataría a sus padres sin embargo en segunda instancia la fiscal superior señala de modo contradictorio que la carta no ha sido reconocida por la agraviada, por lo que en un primer momento se imputa la existencia de la carta y luego se niega el valor de la misma.

Sin embargo, aun cuando es estimado este argumento, la menor agraviada tenía menos de catorce años, por lo que no lo excluye de responsabilidad.

Respecto al conocimiento pleno de la edad de la menor agraviada la Sala sostiene que si bien la prueba documental de la partida de nacimiento acredita la edad de la menor, no acredita el conocimiento del sentenciado de dicha edad, por lo que no se habría probado el segundo elemento que es el conocimiento objetivo e indubitable de la edad de la menor agraviada.

Por lo que corresponde revocar la sentencia apelada, por no haber certeza absoluta en este extremo.

Resuelve absolver al sentenciado del delito, ordenando se levanten las órdenes de captura que se hubieren dispuesto en su contra, disponiendo el archivo definitivo de la causa.

CASACIÓN

El representante del Ministerio Público, con fecha veintidós de setiembre de dos mil diecisiete presenta recurso de casación por las causales 1,3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal: 1.- haberse expedido sentencia con inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, una indebida aplicación, 3.- una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; 4.- expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

El Ministerio Público solicita la correcta interpretación del artículo 14 del Código Penal y la aplicación de los acuerdos plenarios números 2-2005 (fundamentos noveno y décimo) y 01-2011 (fundamentos veinticuatro, veintiséis y veintisiete) y 04-2015 (fundamento treinta y uno).

Teniendo como fundamento:

Que la Sala de Apelaciones habría errado al considerar que el primer relato de la menor agraviada era el verosímil y no el segundo, sin tomar en consideración que el segundo relato tiene mayor solidez pues denota que la menor se encontraba amenazada al rendir la primera declaración.

No se tomaron en consideración las corroboraciones periféricas, como son la declaración del testigo Raúl Ccompí Hancco, tampoco la declaración de los peritos que concluyeron que la menor agraviada presentaba lesiones producto de un proceso traumático producido por un acto sexual en el que se ejerció cierto grado de violencia.

Por ultimo señala que acreditar el error de tipo respecto a la edad de la menor es una prueba de descargo, que no compete al Ministerio Publico, sino a la defensa del sentenciado.

Admitido el recurso, es elevado a la Corte Suprema donde la Sala Penal Permanente resuelve con Casación Nro. 1305-2017 “declarar FUNDADO el recurso de casación (por falta de motivación) interpuesto por el Ministerio Publico, casaron la sentencia de vista y la declararon NULA, ordenando que otra sala de apelaciones integradas por otro colegiado, realice audiencia de apelación y pronuncie nueva sentencia”. (SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN 1305-2017, Inadecuada interpretación sobre el error de tipo, uno de agosto de dos mil dieciocho)

Los fundamentos más importantes de la casación fueron:

Que los magistrados de la Segunda Sala Penal de Apelaciones no efectuaron una debida apreciación e interpretación de los hechos atribuidos al encausado, asimismo, no valoraron adecuadamente la declaración del Raúl Ccompí Hanccho, ni de la mamá de la menor, ni de la ampliación referencial de la menor agraviada, y el acta de entrevista única que refuerzan la segunda versión de la menor.

Respecto a la insuficiencia de material probatorio de cargo sobre el desconocimiento de la edad real de menor se advierte que no se comprobó en la conducta del encausado si tomo las precauciones necesarias para corroborar la edad real de la víctima, a partir de las circunstancias personales y materiales pertinentes, por lo que la sola alegación de la existencia de un error de tipo no es suficiente para ampararla.

Considerando en conclusión que se habría vulnerado el principio de debida motivación en las resoluciones judiciales, y se habría inaplicado los acuerdo plenarios 02-2005, y 04-2015, incurriendo en causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 150 literal d del Código Procesal Penal, ordenando que nuevo colegiado superior emita nuevo pronunciamiento.

NUEVA SENTENCIA DE VISTA

Devueltos los autos de la Sala Suprema, se realiza nueva audiencia de apelación, emitiendo la Sentencia de Vista Nro. 135-2018 que se resuelve:

Declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado y CONFIRMAR la Sentencia Nro. 23-2017 de fecha diez de febrero de dos mil diecisiete que declaro a John Trinidad Coaguila Umasi autor del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173 primer párrafo inciso 2 del Código Penal; bajo los siguientes fundamentos:

Para el caso, se imputa a John Trinidad Coaguila Umasi la comisión del delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173 primer párrafo inciso 2 del Código Penal, que estando a ello la conducta punible se da **solo por el hecho de tener relaciones sexuales con un menor de catorce años, siendo irrelevante su consentimiento.**

Respecto a que no se habrían tomado en consideración la declaración de la perito Lisha Galagarza, se tiene que si habrían sido valoradas conforme al numeral 6.4.3.7. y 6.4.3.8. de la Sentencia de Primera Instancia; que asimismo se cuestiona la valoración de la declaración de la madre de la menor agraviada, sin embargo, no fundamenta en que consistiría la falta de credibilidad, pues no solo debe mencionarse los errores, sino también fundamentarlos para desvirtuar la posición de la primera sentencia.

Respecto a la carta y tarjetas escritas por la menor agraviada, se tiene que la sentencia de primera instancia si las habría analizado, exponiendo las razones por las que las desestima, al igual que respecto a los certificados médicos legales que concluyen desfloración antigua, donde consta que existió cierto grado de violencia y sumado a ello no se ha desvirtuado las relaciones sexuales mantenidas entre el acusado y la menor agraviada.

Respecto a la duda razonable al imponer treinta años y no treinta y cinco la Sala señala que se trata de una apreciación subjetiva, pues se evidencia que se impone esa pena porque el Ministerio Publico no presento agravantes.

Respecto a las publicaciones de Facebook, señala que no es atendible el pedido pues no se actuó medio probatorio alguno al respecto, además no es sostenible pretender que lo publicado en Facebook es un hecho público y notorio, pues lo publicitado en una red social puede ser manipulado, por ende, requiere probanza.

NUEVO PEDIDO DE CASACIÓN

La defensa de la parte sentenciada, presenta nuevo recurso de casación, por inobservancia de las garantías constitucionales, al haberse privado a su defendido del derecho a la defensa, así como por la inobservancia de reglas procesales, y por falta de motivación; interpuesta la casación se elevan los actuados a la Sala Penal Permanente quienes con Casación Nro. 1981-2018, resuelven declarar nulo el concesorio e inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado, con costos procesales. (SALA PENAL PERMANENTE CASACION 1981-2018, Nulo el concesorio e inadmisibile la casación interpuesta, cinco de julio de dos mil diecinueve)

POSICIÓN PERSONAL DEL CASO

1. Del desarrollo del proceso, como posición personal, considero que el punto principal a determinar correspondía al error de tipo respecto a la edad de la menor agraviada, considero que el abogado defensor no presento los medios de prueba de descargo necesarias para fundamentar su teoría del caso en este aspecto:

Se tenía la pericia psicológica que determinaba que la menor tenía madurez mental de 14 años, se consideró que la partida de nacimiento de la agraviada era suficiente medio de prueba para determinar la edad de la menor, lo que no es correcto, no se presentó medio idóneo que demostrara que el imputado desconocía la edad de la menor, aun cuando la defensa si los tenían, pero fueron presentados con posterioridad a la etapa correspondiente, todo ello en su conjunto **determinaba duda** respecto a la edad de la menor, por ende no había certeza indubitable ni absoluta de la edad de la menor, lo que hubiera permitido una absolución por error de tipo.

Conforme al Recurso de Nulidad **Nro. 1740-2017-JUNÍN. –**

Lo esencial para atribuir el dolo al agente delictivo son las máximas de experiencia y el rol social del imputado. No cabe afirmar el conocimiento de la edad a partir de una pregunta y de una simple respuesta de la víctima –lo que diga o deje de decir–. Se requiere, desde el rol social del agente o de sus competencias, examinar las características del hecho –las circunstancias previas, concomitantes y posteriores al mismo–, la situación de vulnerabilidad de la menor y las normas culturales del lugar –la contextura física de la agraviada no necesariamente es determinante, para concluir si el agente delictivo estaba en condiciones de saber la edad de la agraviada para tener sexo con ella”.(RECURSO NULIDAD N.º 1740-2017/JUNÍN, doce de noviembre de dos mil dieciocho)

En ese mismo sentido el recurso de Nulidad Nro. **145-2019-Lima señala:**

la Sala Superior dio por válido sin más lo señalado por el encausado cuando expresó que la citada menor aparentaba tener dieciséis años de

edad, debido a su contextura física, sin llegar a valorar el Certificado Médico Legal 077514-CLS (foja 43), practicado a la menor el día de los hechos, el cual, en el rubro “Edad aproximada”, estableció lo siguiente: “Por el grado de desarrollo corporal. Caracteres sexuales secundarios. Tanner. Vello público: III, desarrollo mamario: III. Y dentición. A la evaluada le corresponde una edad aproximada de 13 años +/- 1 año”. Esto es, no se dio una respuesta razonada sobre la razón por la que no se tomó en cuenta este medio de prueba que fue, incluso, leído en el plenario (foja 244), cuya conclusión determinaba que la edad aproximada de la menor era de trece años. (SALA PENAL PERMANENTE RECURSO DE NULIDAD N.º 145-2019 Error de tipo y nulidad de sentencia absolutoria Lima, veinte de enero de dos mil veinte)

2. Sumado a ello, se consideró que la menor agraviada habría brindado su primera declaración bajo amenaza del imputado, pero no se consideró que la siguiente versión pudo ser realizada por amenaza de su propia madre, quien por cuatro soles la agredió físicamente en el rostro con unos zapatos, ante este supuesto se debió valorar también que la menor salió de su casa huyendo dado el maltrato sufrido por la madre, y no resulta lógico que huya de ella y busque al imputado si lo considerara una persona peligrosa, sumado a ello en el desarrollo de estos eventos, ingreso a un hotel con el sentenciado, **a mi parecer** de propia voluntad, porque si no fuera así, una menor de edad consciente (en el entendido que no estaba bajo los efectos de alcohol o de alguna sustancia que pudiera nublar su discernimiento) hubiera gritado o le hubiera hecho conocer al personal del hotel que estaba siendo forzada, si pudo escapar de su madre pudo escapar de su “supuesto agresor”, aquí también debe tenerse presente que pudo haberse propuesto a la recepcionista del hotel como testigo a fin determine las circunstancias del ingreso de ambos al hotel así como de la perspectiva etaria de la menor, lo que tampoco se realizó.

3. Considero además que respecto a la menor, no existía una declaración mantenida en el tiempo, sino una serie de variación de versión, se tiene que en una primera sentencia se considera como creíble la primera declaración en favor del

sentenciado, mientras que en una segunda se considera como creíble la segunda declaración que va en su contra, una vez más considero que existe duda, lo que debió desencadenar en una absolución, se tiene además que en una de las declaraciones de la menor, esta señala: “quería rendir su manifestación sin la presencia de su madre y de su abogado, solo con la fiscal...” la pregunta es ¿porque? y la que creo seria la respuesta obvia es porque sentía la amenaza de su madre, al decir que había dicho que tenía más años de los que en verdad tenía, y por haber mantenido relaciones sexuales con su enamorado siendo menor de edad, es decir por vergüenza.

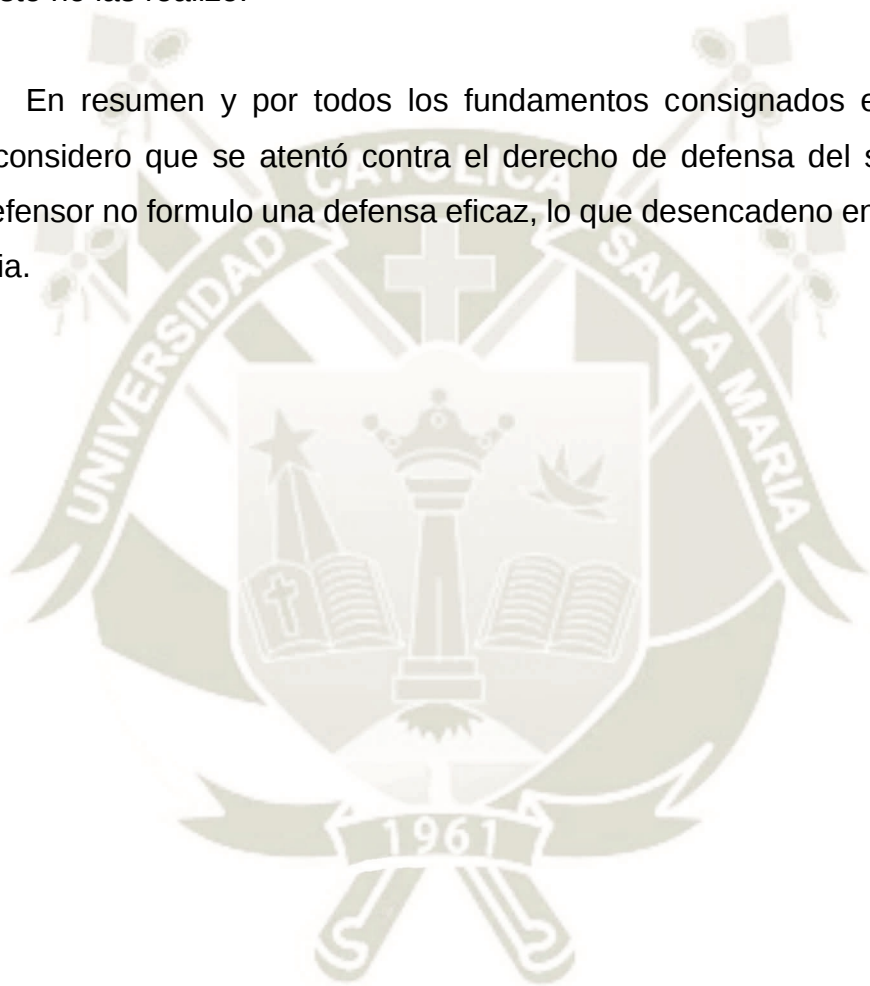
4. Asimismo, debió tomarse en consideración y como fundamento de la defensa, que ya existió una disposición previa de no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, que ésta al elevarse a la fiscalía superior, no tuvo un sustento fuerte y valido respecto a emitir disposición de formalización, sino que se limita a señalar: “la fiscalía superior habría tomado conocimiento que la sala penal de la corte suprema habría declarado NULA la primera sentencia por lo que corresponde al fiscal provincial verificar este dato y hecho esto emitir nueva disposición”, como puede verse no se determina un fundamento fuerte por parte de la fiscalía superior para generar una formalizar de la investigación preparatoria, pero una vez más la defensa no realizó cuestionamiento alguno, en el momento que se llegó a control de acusación, no se presentó pedido de sobreseimiento, tampoco se ofreció como prueba el expediente tramitado ante el código de procedimientos penales, ni siquiera las pruebas actuadas en dicho expediente, ni ninguna otra prueba en favor de su defensa, no se tomó en consideración que no se planteó pedido de prisión preventiva, por ende la sospecha no era vehemente, considero que sin la entrada en vigencia del nuevo código procesal penal, el sentenciado hubiera resultado absuelto.

5. También tenemos como fundamento que debió ser realizado por la defensa; que la menor no presenta lesiones, más allá de la desfloración antigua lo que se compararía con una relación sexual consentida; la edad mental de la menor se equipara a los 14 años, se tiene pericias psicológicas contradictorias respecto a los sentimiento de la menor agraviada para con el sentenciado, y no solo de perito de parte

sino también entre peritos del Ministerio Público, estos resultados no pueden utilizarse en perjuicio del imputado, sino como duda en su favor.

6. Como puede verse, existieron muchos medios de prueba y fundamentos que la defensa pudo haber tomado en consideración en favor del sentenciado, sin embargo, este no los realizó.

7. En resumen y por todos los fundamentos consignados en los párrafos anteriores considero que se atentó contra el derecho de defensa del sentenciado, el abogado defensor no formuló una defensa eficaz, lo que desencadenó en una sentencia condenatoria.



CONCLUSIONES

PRIMERA: El sentenciado tuvo una defensa ineficaz, debido a que, si la teoría del caso la defensa buscaba probar el error de tipo, cualquier otra discusión sobre el consentimiento de la menor devenía en irrelevante, pues la comisión del ilícito de violación sexual de menor de catorce años, se configura -para el caso- solamente con el hecho de mantener relaciones sexuales con una menor de catorce años, siendo innecesaria la precisión sobre el consentimiento, pues basados en ese aspecto la menor no tendría capacidad de decisión.

SEGUNDA: Los pronunciamientos realizados por los Juzgados o Salas Penales -para el caso-, no acreditaban con certeza la comisión del ilícito o en todo caso, por lo que, debieron ser a favor del sentenciado; en consecuencia, desencadenar en una sentencia absolutoria, lo cual no ocurrió, más aún, si tenemos en consideración que, de los medios probatorios actuados en juicio no existía una ponderación mayor a favor de la teoría del Ministerio Público.

TERCERA: En los procesos por violación sexual de menor en los que se trate de menores que, para el momento de los hechos cuenten con trece años y diez meses, se debe realizar un análisis minucioso de las pruebas aportadas por las partes dado que, es labor del Ministerio Público acreditar: (i) que el procesado conocía la edad de la menor y (ii) que efectivamente aparentaba la edad cronológica conforme a lo establecido en los recursos de nulidad citados líneas arriba, pues puede desencadenar en la condena de un inocente.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- [ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto / TARUFFO, Michele. (Consideraciones sobre la prueba judicial, 2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ARBULU MARTINEZ, V. (2019). En V. ARBULU MARTINEZ, *DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD* (pág. 24). Lima: Gaceta Juridica.
- BANACLOCHE PALAO, J. (Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, 2010). *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*. Madrid: La Ley.
- CAFERATTA NORES, J. (La prueba en el proceso penal, 1998). Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- CASTILLO ALVA, J. L. (2002). *TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- CÓDIGO PENAL. (1991). En *CODIGO PENAL Y NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL*. Lima: pacifico editores S.A.C.
- CÓDIGO PENAL PERUANO D.L. 635. (1991).
- CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU. (1993). En S. A. 2020, *CODIGO PENAL Y NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL* (pág. 1140). Lima: PACIFICO EDITORES S.A.C.
- IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES, TRANSITORIAS Y ESPECIALES. (2008). *ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116 Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal*.
- IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA. (2015). *ACUERDO PLENARIO NRO 04-2015/CJ-116: VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL. dos de octubre de dos mil quince*.
- JAUCHEN, E. M. (Tratado de la prueba en materia penal, 2004). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. ("Pruebas científicas y estándares de calidad" en La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004, 2011). *"Pruebas científicas y estándares de calidad" en La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima : Jurista Editores.
- MUÑOZ CONDE, F. (2001). En M. C. Francisco, *Derecho Penal Parte Especial* (pág. 201). Valencia.
- NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL. (2004). En S. A. 2020, *CÓDIGO PENAL Y NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL*. LIMA: PACIFICO EDITORES S.A.C.

OXMAN VILCHEZ, N. (2008). ¿que es la integridad sexual? *Justicia Penal Santiago de Chile*, 96.

PÉREZ PINZÓN, Á. (Introducción al Derecho Penal, dos mil cinco). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2005). *ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116. REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO treinta de septiembre de dos mil cinco.*-.

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS. (2007). *ACUERDO PLENARIO NRO. 07-2007/CJ-116.*

RECURSO NULIDAD N.° 1740-2017/JUNÍN (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA doce de noviembre de dos mil dieciocho).

ROXIN, C. (Derecho procesal penal 2000). Buenos Aires: Editores del Puerto.

SALA PENAL PERMANENTE RECURSO DE NULIDAD N.° 145-2019 Error de tipo y nulidad de sentencia absolutoria Lima, veinte de enero de dos mil veinte.

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN 1305-2017, Inadecuada interpretación sobre el error de tipo, uno de agosto de dos mil dieciocho.

SALA PENAL PERMANENTE CASACION 1981-2018, Nulo el concesorio e inadmisibile la casación interpuesta, cinco de julio de dos mil diecinueve.

SALINAS SICCHA, R. (2005). En *los delitos de acceso carnal sexual*. lima: Idemsa.

SALINAS SICCHA, R. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Grijley.

SANDERS, J. (“La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos”, en *Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses*, 2012). “*La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos*”, en *Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses*. Medellín,: Universidad de Medellín.

STSE 1/1997 (de 28 de octubre). STSE 997/1997 (de 8 de julio).

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA. (2011). *ACUERDO PLENARIO NRO. 01-2011/CJ-116 APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Lima, seis de diciembre de dos mil once.*-.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (Derecho Penal – Parte General, dos mil seis). Lima: Editorial Grijley.