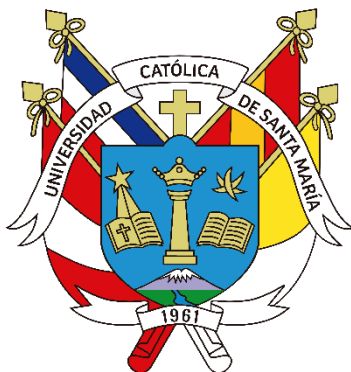


Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal



**Elementos Normativos y Tipificación del Delito de Tocamientos Frente
al de Violación; Análisis a partir del Expediente N° 00159-2018-0-
1906-JR-PE-01**

Trabajo académico presentado por la Abogada:

Coaguila Alegre, Patricia Alejandra

(0009-0008-7345-3357)

Para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal

Asesora:

Dra. Kuong Morales, Meili

(0000-0001-6965-0245)

Arequipa – Perú

2024

UCSM-ERP

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

Arequipa, 28 de Octubre del 2023

Dictamen: 009389-C-FCJyP-2023

Visto el Borrador del expediente 009389, presentado por:

2017973552 - COAGUILA ALEGRE PATRICIA ALEJANDRA

Titulado:

**ELEMENTOS NORMATIVOS Y TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TOCAMIENTOS FRENTE AL DE
VIOLACIÓN; ANÁLISIS A PARTIR DEL EXPEDIENTE N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**9568 - FERNANDEZ PAREDES PEDRO ADOLFO
DICTAMINADOR**



**9817 - DELGADO ALATA DANTE GUSTAVO
DICTAMINADOR**



Elementos Normativos y Tipificación del Delito de Tocamientos Frente al de Violación; Análisis a partir del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01

INFORME DE ORIGINALIDAD

10%

INDICE DE SIMILITUD

9%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

6%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

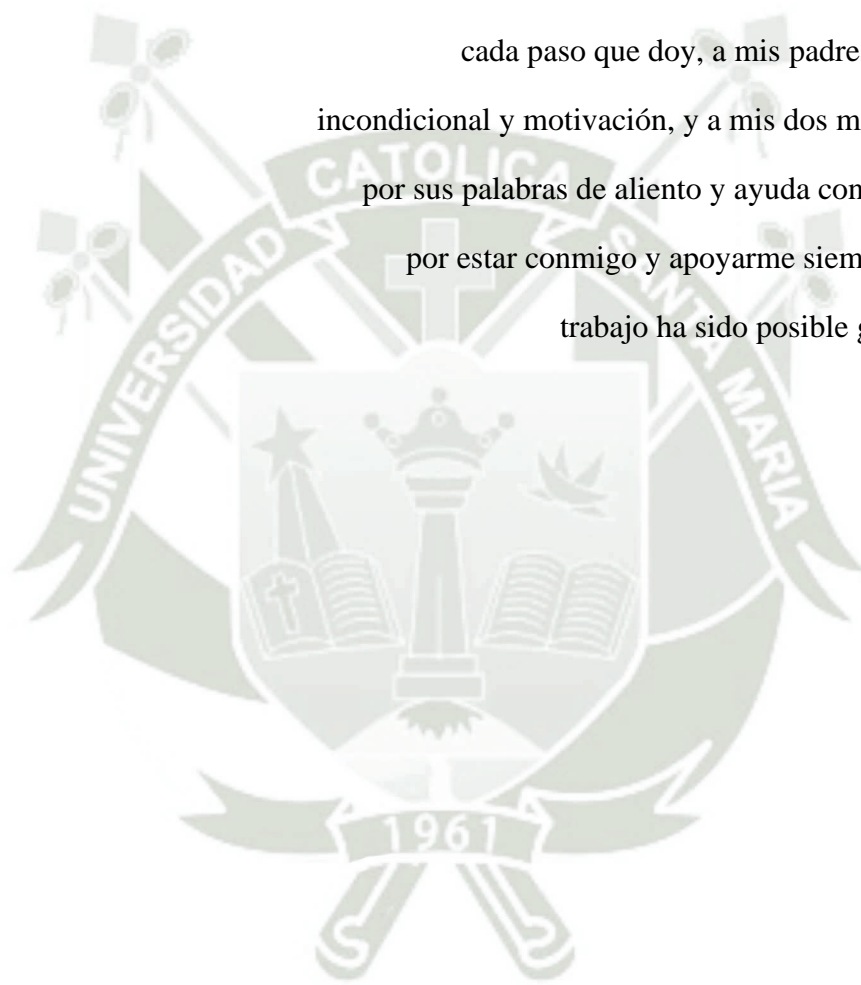
FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	1%
2	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%
3	lpderecho.pe Fuente de Internet	1%
4	Submitted to Universidad Alas Peruanas Trabajo del estudiante	1%
5	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1%
6	rpa.pe Fuente de Internet	<1%
7	magazinjurisprudencial.com Fuente de Internet	<1%
8	caretas.com.pe Fuente de Internet	<1%

A mis padres, por haberme dado la vida,
educación, la fuerza para ser autosuficiente y
autodidacta para así lograr mis objetivos.



Mi agradecimiento es a Dios por acompañarme en cada paso que doy, a mis padres por su apoyo incondicional y motivación, y a mis dos mejores amigos, por sus palabras de aliento y ayuda constante, gracias por estar conmigo y apoyarme siempre. Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.



RESUMEN

En el presente Trabajo se realiza un análisis crítico del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, el cual versa sobre un proceso penal seguido del delito contra la libertad sexual; siendo que en este caso en particular presenta diversos problemas de índole sustantivo y procesal.

Los hechos imputados datan de noviembre del año 2017, en la pequeña localidad de Tiruntán, distrito de Padre Márquez, en la Provincia de Ucayali, Región Loreto. Si bien se le ha atribuido al imputado J.J.R.M. haber cometido el delito contra la libertad sexual en su modalidad de Actos Contra el Pudor en menor, artículo 176° A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.R.A.R.¹ quien tuvo al momento de los hechos 08 años, se podrá apreciar a lo largo del Trabajo que incluso la tipificación está sujeta a cuestión por señalar el verbo rector Introducir, además de otros puntos a discutirse como son la falta de Entrevista Única en Cámara Gesell, entre otros.

Se podrá observar el análisis crítico del caso, partiendo de cuestiones metodológicas básicas presentes en el Capítulo I. Desglosando en el Capítulo II el Marco conceptual, doctrinal y jurisprudencial base para debatir a lo largo de todo el Capítulo III el desarrollo del proceso. Por lo que finalmente se podrá dar lugar a las conclusiones sobre la tipificación, elementos normativos y problemática sustantiva y procesal del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01.

PALABRAS CLAVE: Actos contra el pudor, Tipificación, Proceso Penal.

¹ En atención del Título III, Capítulo I y Título IV del Reglamento General de Grados y Títulos de la UCSM, y sus las concordancias con la Ley Universitaria N° 30220, se prioriza la valoración académica del expediente por lo cual los nombres de todas las partes involucradas pasan a ser censurados.

ABSTRACT

In the present critical analysis of File No. 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 the case, which deals with a criminal proceeding followed by a crime against sexual freedom; this is a particular case that presents several problems of a substantive and procedural nature.

The alleged facts date from November 2017, in the small town of Tiruntán, Padre Márquez district, in the Province of Ucayali, Loreto Region. Although the accused J.J.R.M. who is attributed to have committed the crime against sexual freedom in its modality of Touching undue in a minor, article 176 A of the Penal Code, to the detriment of the minor with initials J.R.A.R. who was 08 years old at the time of the facts, it can be seen throughout the work that even the typification is subject to question by pointing out the verb Introduce, in addition to other points to be discussed such as the lack of a Single Interview in the Gesell Chamber, among others.

It will be possible to observe the critical analysis of the case, based on basic methodological issues present in Chapter I. Breaking down in Chapter II the conceptual, doctrinal and jurisprudential framework to discuss throughout Chapter III the development of the process. Therefore, it will be possible to lead to the conclusions on the classification, normative elements and substantive and procedural problems of File No. 00159-2018-0-1906-JR-PE-01.

KEY WORDS: Touching undue, Criminal classification, Criminal Process.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
ABREVIATURAS	
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
MARCO METODOLÓGICO	2
1. Enfoque Investigativo	2
2. Alcance Investigativo	3
3. Diseño de la Investigación	3
4. Objetivos	3
5. Unidades de Estudio	4
6. Técnica, instrumento y materiales de verificación	5
6.1. Técnica	5
6.2. Instrumento	5
7. Estrategias de recolección de datos	5
CAPÍTULO II	6
MARCO CONCEPTUAL, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL	6
8. La Tipificación en el Proceso Penal	6
8.1. Verbos rectores	7
9. Delitos de índole sexual	7
9.1. Tipo penal inmerso en el Art. 176° A del Código Penal	8
9.2. Tipo penal inmerso en el Art. 173° del Código Penal	11
9.3. Doctrina y Jurisprudencia obligatoria	12
CAPÍTULO III	17
RESULTADOS	17
10. INFORME DE CASO	17
10.1. Datos Principales del Expediente	17
10.2. Síntesis del Caso	17
11. ANÁLISIS NARRATIVO DEL DESARROLLO PROCESAL	19
11.1. Antecedentes	19
11.2. Investigación Preliminar	20
11.3. Investigación Preparatoria	25

11.4.	Declaración de Complejidad	28
11.5.	Conclusión de la Investigación y Formulación del Requerimiento de Acusación	30
11.6.	Etapa de Juicio Oral	32
11.7.	Sentencia	37
11.8.	Etapa de Impugnación	41
12.	PROBLEMÁTICA HALLADA Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO PROCESAL	48
12.1.	Eximente incompleta y Pena	49
12.2.	Imputación Necesaria	51
12.3.	Principios de lógica y de sana crítica	53
12.4.	Motivación suficiente	54
12.4.1.	Motivación de las decisiones Fiscales	55
12.4.2.	Motivación de las decisiones Judiciales	57
12.5.	Cuestiones procesales del caso en concreto	59
12.5.1.	Declaración de investigación-proceso Complejo	59
12.5.2.	Cuestiones sobre Recursos	61
13.	Posición Personal	63
CONCLUSIONES		67
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		68

ABREVIATURAS

CEM	Centro de Emergencia Mujer
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CSJ	Corte Superior de Justicia
DEMUNA	Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente
DNI	Documento Nacional de Identidad
JIP	Juzgado de Investigación Preparatoria
ML	Medicina Legal
MP	Ministerio Público
PJ	Poder Judicial
RN	Recurso de Nulidad
STC	Sentencia

INTRODUCCIÓN

El Trabajo Académico es presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal. Con él, se ha buscado realizar un análisis descriptivo explicativo de un caso penal que versa sobre delitos contra la libertad sexual.

En tal sentido, se ha analizado el Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, el cual contiene las actuaciones en torno a la atribución del delito contra la libertad sexual en su modalidad de Actos Contra el Pudor en menor, artículo 176° A del Código Penal, en agravio de una menor de 08 años.

El Capítulo I explicita las consideraciones metodológicas exigidas en cuanto se trata de un tipo de investigación cualitativa denominado estudio de caso. Asimismo, detalla el alcance, técnicas y objetivos que han guiado la elaboración del Informe presentado.

El Capítulo II denominado Marco Conceptual, Doctrinal y Jurisprudencial, detalla de manera precisa las consideraciones base en torno a la problemática encontrada en el Expediente, ya que a nivel sustantivo y procedimental se observaron particularidades para su estudio.

Finalmente, el Capítulo III denominado Resultados, contiene la síntesis del caso y el análisis crítico del desarrollo procesal. Detallando las ocurrencias por etapas e hitos procedimentales, sentándose posición crítica respecto a temas como la tipificación, la declaración de proceso complejo, la falta de declaración en Cámara Gesell, entre otros. Dándose así lugar las Conclusiones, y las Referencias Bibliográficas; quedando, en base a ello, lugar al debate de los temas analizados en el caso y sea posible la realización propuestas relativas a ello.

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1. Enfoque Investigativo

Siguiendo la tendencia metodológica actual, el presente Informe responde al Enfoque Cualitativo. En esta línea, se indica en Vasilachis de Gialdino et al. (2019) “la pluralidad caracteriza hoy a la investigación cualitativa que se extiende desbrozando inusitados caminos por los cuales se introducen e incorporan (...) estrategias de recolección, producción y análisis de datos” (p. 38). Por lo cual el examen del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 en el cual se ha discutido de fondo el tipo penal antes llamado de Actos contra el Pudor, y que actualmente con sus correspondientes modificatorias viene a ser el de Tocamientos Indebidos, es un examen que debe realizarse en una aproximación no de tipo cuantitativo sino por las cualidades del caso y los tópicos penales allí encontrados.

El modelo de tratamientos investigativos basados en un único expediente o caso, responde al denominado como *Estudio de Caso*, el cual pertenece a la llamada metodología cualitativa crítica no solo aprobada sino apropiada para temas jurídicos (Becerra, 2020).

Durante el desarrollo del presente trabajo, se hará uso de diversas técnicas como la del “análisis narrativo” (Vasilachis Gialdino et al., 2006, p. 155) toda vez que la investigación está enmarcada en un caso concreto, cuyas etapas y sujetos procesales cobran sentido en una narración de los hechos imputados por el Ministerio Público, así como los debatidos por la Defensa, más allá de una mera enumeración de fechas o actos, los mismos que se encuentran a cabalidad en el Expediente entregado a la Facultad y que este trabajo no busca repetir sino razonar. No obstante, es necesario mencionar que al tratarse de una investigación no experimental, es decir, las largamente conocidas como “investigaciones ex post facto (después del hecho)” (Briones, 1996, p.46); este trabajo de investigación

jurídica basado en el Estudio de Caso, de manera concreta en el análisis del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, va a recurrir a fuentes de Doctrina y Jurisprudencia previamente establecidas para aclarar el sentido de la norma en análisis.

2. Alcance Investigativo

Realizándose el examen de un Expediente Judicial, dotando tal examen de un Marco Conceptual previo donde se va a recurrir a la Doctrina y Jurisprudencia relativa a los puntos críticos del caso, nos encontraríamos dentro de una investigación de alcance descriptivo; no obstante, tomándose en consideración que el Capítulo de Resultados plantea no solo la enumeración de los sujetos y actos procesales sino una revisión crítica de lo encontrado en todo el Expediente frente a la norma, doctrina y jurisprudencia previamente referida, se colige que el diseño del presente documento obedece a un alcance de nivel explicativo.

3. Diseño de la Investigación

Sin encontrarnos frente a un trabajo que exige mayor profundidad doctrinaria y jurisprudencial, el cual requeriría en primer término el planteamiento de una hipótesis y una estructuración de variables y operacionalización de las mismas; de acuerdo al Estudio descriptivo explicativo de un Caso concreto, el Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, como examen jurídico tanto en los temas sustantivos como en los procesales desde una perspectiva de crítica fundamentada en contraste con la doctrina y jurisprudencia a la norma y resultados encontrados en el Expediente, este trabajo se ubica en el de un Informe Explicativo.

4. Objetivos

A fin de guiar el trabajo de una manera ordenada y metódica, se ha optado por determinar tres Objetivos, el primero general y los demás específicos, que se verán reflejados en los Capítulos y las Conclusiones a las que arribar:

Objetivo General

- Establecer si en el Exp. N° 00159-2018 existió una Tipificación acorde al Código Penal peruano en los artículos 176-A primer párrafo, numeral 2, relativo a Tocamientos Indebidos (Actos contra el Pudor en agravio de menor de 14 años); frente al 173° Violación Sexual de Menor de 14 años.

Objetivos Específicos

- Evaluar los elementos normativos del Tipo Penal art. 176-A primer párrafo, numeral 2, Código Penal: Tocamientos Indebidos (Actos contra el Pudor en agravio de menor de 14 años) en el Exp. N° 00159-2018.
- Analizar temas sustantivos y procesales problemáticos del Exp. N° 00159-2018 como la posibilidad de una eximente incompleta, motivación en la Acusación Fiscal y Sentencias de primera instancia así como de Vista, la declaración de proceso complejo.
- Determinar una posición crítica basada en los criterios normativos, doctrinarios y jurisprudenciales frente a lo hallado en el Exp. N° 00159-2018.

5. Unidades de Estudio

En consideración con los numerales precedentes relativos al Enfoque, Alcance y Diseño investigativo, por la naturaleza del presente trabajo no se utiliza un Universo, Población o Segmento cuantitativo. No obstante, se considera como tal como se desprende de la propia naturaleza de investigación, no se tiene población ni mucho menos muestra, pero si se pudo tomar como unidades principales los documentos contenidos en:

- El Expediente Penal N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 que abarca desde la Etapa de Investigación hasta la Fase Impugnatoria.
- Los principales actuados de la Carpeta Fiscal N° 2506054500-2017-420 que dieron origen al proceso penal en sede judicial.

- El auto concesorio de casación del Expediente N° 03658-2021-0-5001-SU-PE-01.

6. Técnica, instrumento y materiales de verificación

6.1. Técnica

La técnica utilizada es la Observación Documental, los instrumentos correspondientes son las Fichas de anotación sobre los principales actuados del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 el mismo que se consolida como el material de verificación. La técnica de Observación Documentada también se hace uso al momento de consultar la normatividad vigente, la doctrina y jurisprudencia nacional sobre los principales puntos problemáticos en lo sustantivo y procesal del caso en cuestión.

6.2. Instrumento

Los instrumentos se pueden catalogar en fichas de observación de carácter: textual, bibliográfico, observación estructurada y resumen.

7. Estrategias de recolección de datos

Habiendo realizado el seguimiento correspondiente para la obtención e inscripción del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, toda la información sustantiva y procesal que se encuentra en él pasa a contrastarse con las fuentes de doctrina, jurisprudencia y normatividad vigente.

Además, en atención a las exigencias académicas metodológicas que requiere un trabajo investigativo de Segunda Especialidad, ha sido necesaria la consulta al portal SCImago Journal & Country Rank (Scimago), la base de datos Elsevier, Scopus; así como a diversos artículos académicos de fuentes Indexadas.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

8. La Tipificación en el Proceso Penal

Más allá de las implicancias teórico doctrinales que implica el análisis de lo que es en abstracto un Tipo Penal, podemos comenzar el examen del expediente en cuestión reconociendo que la subsunción de los hechos denunciados debe calzar con un supuesto explícito en el Código Penal.

El denominado *juicio de tipicidad* es la respuesta efectiva al Principio de Legalidad y de Taxatividad propios del Derecho Penal (Tixi Torres et al., 2022). Sin que los hechos calcen en un Tipo determinado, pasando por el primer análisis que se supone parte de lo gramatical, ya que “[e]l tipo penal es una oración gramatical, que como cualquier otra, está compuesta por una serie de elementos, que deben verificarse para concluir la tipicidad de la conducta” (Vega Arrieta, 2016, p.53); no podríamos entrar a debatir los demás elementos del tipo.

Así, la importancia de los llamados Verbos Rectores es fundamental al momento de subsumir una conducta denunciada dentro de un supuesto penal ya establecido. Si bien el juicio de tipicidad no pasa únicamente por ello, consideramos que parte - en lo formal- de ello, ya que todos los demás elementos del Tipo dependen de esa palabra especial, de esa palabra que define la acción a imputar, del Verbo que “rige la oración gramatical llamada tipo. Es de advertir que un tipo penal siempre tiene verbo rector (...)” (Vega Arrieta, 2017, p. 62).

Por ello, revisado el Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 encontramos un primer punto doctrinal que aclarar y es el de la *correcta tipificación* como base del proceso penal.

8.1. Verbos rectores

Como se ha indicado previamente, la oración gramatical que denominamos Tipo Penal siempre va a tener un Verbo que rija, es decir, que indique las acciones a imputar. Cabe mencionar que los tipos penales pueden contener uno o más de ellos, pudiendo denominarse por ello tipos elementales o compuestos; además, el verbo rector puede tener verbos que lo complementen como aquellos en los que se indicare algo seguido a la conducta como un fin, por ejemplo: el que -verbo rector- a fin de *obtener* beneficio; siendo que en el ejemplo, el verbo Obtener cumple la función de complementar a la acción principal (Vega Arrieta, 2017).

De acuerdo al Dr. Eufrazio Ticona Zela, el verbo rector no solo ayuda en la clasificación de los delitos, sino que determina la acción reprochada y puede expresarla gramaticalmente (Ticona Zela, s.f., diap. 4 y 9).

Por ello la enorme importancia de realizar una imputación que no sobreentienda verbos rectores, sino que los identifique y, de ser el caso, cuente con una motivación suficiente para garantizar el derecho de defensa desde la etapa de investigación preliminar ya que el juicio de tipicidad no puede obviar la imputación de un verbo rector de un tipo penal para otro sin más análisis al respecto.

9. Delitos de índole sexual

El Libro segundo de nuestro Código Penal, es decir la delimitación de delitos, en su título cuarto sobre aquellos contra la Libertad, encuentra en su capítulo noveno la clasificación de los delitos de índole sexual para tratar en el presente trabajo.

Este tipo de ilícitos exige un tratamiento aún más exhaustivo frente al triple daño que implica: la afectación a las víctimas directas, el daño a sus familias y con ellas a la sociedad, así como el ciclo de escalada que se fortalece con la comisión de estos hechos, más aún si no se llega a sancionarlos.

El panorama nacional exige que, a parte del examen jurídico a las figuras penales en cuestión, se muestre una reflexión del alcance que tienen estos delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual en víctimas con mayor grado de vulnerabilidad, porque incluso entidades internacionales como la Organización de las Naciones Unidas se preocupa por la alarmante realidad peruana; así, tenemos por ejemplo que en uno de sus últimos comunicados al respecto ha señalado:

En el Perú, cada día 16 niñas y adolescentes mujeres son víctimas de abuso sexual (...) La Alta Comisionada de los Derechos Humanos ha manifestado (...) que es más efectivo combatir la impunidad para estos crímenes que incrementar la severidad del castigo. Es necesario brindar seguridad en el acceso a la justicia y asegurar la ejecución de las penas existentes. (ONU, 2022, párr. 2-3).

Y esta superación de la impunidad, requiere procesos legales y eficientes, pero no por ello menos garantistas. No se puede considerar que este tipo de procesos con un tema de fondo tan delicado y sensible, sea objeto de errores sustantivos o procedimentales que entorpezcan el acceso a la justicia en materia penal.

Debido a que el tercer capítulo del presente trabajo analizará en por menor los problemas encontrados en cuanto a la calificación, motivación y tipificación entre dos figuras: Actos contra el Pudor -hoy, Tocamientos indebidos- frente al de Violación Sexual, ambos en referencia al verbo rector utilizado; tomando en consideración que se tiene la agravante en ambas figuras cuando los actos imputados van en contra de víctimas menores de 14 años de edad, se identifican y resumen los principales elementos de los tipos en cuestión:

9.1. Tipo penal inmerso en el Art. 176° A del Código Penal

El tipo base se encuentra en el art. 176° antes denominado Actos contra el pudor, hoy luego de sus reformas: Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento; mismo que conlleva en su tipo una agravante que eleva la pena de 3 a 6 años a una incrementada en cinco años, tanto en su

extremo inferior como superior, para los casos de víctimas que tengan entre 14 a 18 años de edad.

El que nos atañe, por el Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, es la figura realizada contra un menor de 14 años, la misma que se tipifica en el art. 176 A, la que también fue modificada y a la fecha en lugar de tener el *nomen iuris* de Actos contra el Pudor en Menores, se conoce desde el año 2018 como Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores -es importante señalar que los actos denunciados en el Exp. en cuestión serán analizados en el siguiente Capítulo, pero obedecen al año 2017 por lo que su nomenclatura es la correspondiente a Actos contra el Pudor.

Sobre este tipo penal es imprescindible señalar que el articulado vigente a la fecha de los hechos en el Exp. N° 00159-2018, no solo tenía penas escalonadas según el rango etario del sujeto pasivo, sino que su construcción ha sido modificada en cuanto al fin buscado -antes se incluía el concepto de pudor, pudiéndose limitar la persecución en algunos sujetos pasivos, lo que hoy en aras de una construcción normativa se ha buscado mejorar clarificando la conducta a perseguir meramente por el sujeto activo y más allá del fin buscado por éste, llevando la acción perseguida no tanto a la intención del sujeto activo sino al grado o nivel de conocimiento sobre los actos de “connotación sexual” (lo que se puede revisar en la Sentencia por el Recurso Casación N.° 2386-2021/Huánuco).

La redacción del tipo vigente, tomado en la imputación desde la etapa de investigación preliminar en el caso concreto, fue:

Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

(...) 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años. (Código Penal peruano, art. 176° A, previo a la modificación de agosto 2018).

De lo cual entendemos que el realizar tocamientos indebidos en partes íntimas del menor o actos libidinosos *contrarios a su pudor*, u obligarle a efectuarlos serían los verbos rectores y complementarios del mismo. No obstante, la premisa principal del tipo se basa en el propósito de tener o no acceso carnal por lo cual debemos detallar los verbos rectores de tal figura inmersa en el art. 170° del mismo código:

Artículo 170. Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.(...). (Código Penal peruano, art. 170°, previo a la modificación de agosto 2018).

Por lo cual, respecto a lo referido a los verbos rectores, en el postulado general del 170° a la fecha de los hechos denunciados, nos encontramos con: obligar a tener acceso carnal u actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por la *vagina* o ano de la víctima; siendo que el acceso carnal también admite la vía bucal de la víctima para configurarse como este delito.

Si bien, mención aparte, es necesario recordar que luego de la modificatoria en 2018 no solo se han incrementado las penas sino se ha reformulado el tipo por ejemplo mencionando que la violencia puede ser psicológica o incluso sin ésta, menciona entornos de coacción o que impidan dar consentimiento en el caso de sujetos con facultad de hacerlo como los mayores de edad -e incluso se han aumentado incisos referidas a agravantes, como es la actual agravante por actuar en estado de ebriedad-; al momento de los hechos denunciados en el Exp. concreto en mención, N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, al ubicarse los hechos en noviembre del 2017, solo necesitamos enfatizar el tema de los

verbos rectores que no han sufrido un cambio sustancial en la modificatoria mencionada y son claramente: obligar a tener acceso carnal u actos análogos, como INTRODUCIR objetos o partes del cuerpo por las vías que expresamente mencionan vagina, ano -o boca del sujeto pasivo del delito en el supuesto de acceso carnal-.

Ahora bien, la agravante por edad del sujeto pasivo se ve en un articulado diferente, por lo cual resulta imprescindible su alusión al ser uno de las cuestiones debatidas en el expediente en análisis:

9.2. Tipo penal inmerso en el Art. 173° del Código Penal

Como se verá en el capítulo de resultados, una de las cuestiones principales en el expediente versa sobre el uso del verbo “introducir”, que se ha visto como rector en el art. 170° no obstante, al ser el caso en concreto donde el sujeto pasivo es menor de 14 años, el artículo que a la fecha de los hechos, 2017, entraría en cuestión es:

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.(...). (Código Penal peruano, art. 173°, previo a la modificación de agosto 2018).

Como se aprecia, al tratarse de una víctima de 8 años de edad, el articulado correspondiente en 2017 necesita resaltarse lo referido a los verbos rectores o nucleares porque de la mera redacción del texto se entiende la acción como INTRODUCIR objetos o partes del cuerpo por vía vaginal, que se menciona en todas las etapas procesales del Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01.

9.3. Doctrina y Jurisprudencia obligatoria

Respecto a los delitos inmersos en el Art. 176-A inc. 2, y Art. 173° inc. 1, en los cuales se circunscriben la problemática principal en torno a la tipificación del Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, es necesario resaltar como doctrina legal obligatoria y jurisprudencia relevante, previo al capítulo de resultados donde se analizará un informe detallado del estudio de caso:

Sobre la prueba única se parte del **Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116**, mismo que indica los requisitos para que la declaración de la parte agraviada en ciertos delitos que por su naturaleza son difícilmente probados, sirva como prueba única suficiente y anule la presunción de inocencia del imputado con ésta.

Considerando que “en los denominados delitos clandestinos, el único testimonio de los hechos puede ser vertido por la víctima (...) ¿una única prueba de incriminación, es suficiente para quebrar el principio de presunción de inocencia (...)? La solución que la jurisprudencia le ha dado a este problema no se centra en la declaración, sino en la credibilidad de la misma. (Vizcarra Vizcarra, 2016, p. 327). (Subrayado nuestro).

Y dentro de los criterios de credibilidad de la declaración que preste la víctima se deberán analizar, en resumen: primero la ausencia de incredibilidad subjetiva, segundo que sea verosímil, es decir, que pueda haber corroboración periférica -lo que atendería primero a la credibilidad subjetiva y segundo, a la objetiva- y que exista persistencia en la incriminación.

Otro elemento jurisprudencial relevante es el **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116**, que si bien nace de la preocupación por la impunidad encontrada en casos de mujeres víctimas que al momento de los hechos tenían capacidad de prestar consentimiento, es decir tenían entre 14 y 17 años, es importante en cuanto a temas de valoración de la prueba indiciaria. Para el caso concreto, resultará

pertinente la evaluación del fundamento 32° donde se analiza la logicidad de medios como el examen médico legal en tanto se encuentre en supuestos donde se alegue que no hubo una penetración completa, o -entendemos- una introducción de objeto, dedos de la mano, u otro análogo en profundidad; pero esto supone que la imputación debe determinarlo, es decir debe indicarse el tiempo y profundidad en que se imputa la introducción por vía vaginal, no cabe la suposición de ello porque es evidente la “Necesidad de una Imputación Concreta como Garantía del ejercicio de Derecho de Defensa” (Arela Apaza y Choqque Ojeda, 2019).

Ahora bien, sin desmeritar el valor probatorio de las pruebas periciales, médicas y psicológicas según los alcances dados en el **Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116**, la forma en que deben realizarse y la pertinencia de las mismas en delitos de violación sexual, respecto al delito de Tocamientos in debidos, Actos contra el pudor en menores en la fecha de ocurridos los hechos del expediente, el fundamento 16° resulta sumamente relevante en cuanto al sistema de valoración de Sana Crítica puesto que la FUNDAMENTACIÓN del por qué se acepta o no la valoración y resultados del examen es una exigencia hacia los jueces (fundamento 17). Actuada tal prueba en cualquier delito de connotación sexual, máxime si como en el caso a analizar se imputa una *introducción del dedo a la vagina de la menor*, exige una motivación adecuada en su valoración.

De otro lado, en cuanto a jurisprudencia relevante se la ha separado en dos grupos en coherencia a su relación con el tema de fondo del presente trabajo: las que aportan diferencias sustanciales al momento de tipificación entre violación sexual y tocamientos -antes, actos contra el pudor-; y aquellas que aportan aclaraciones sobre el tipo, valoración de prueba y motivación necesaria en cuanto al tipo base de tocamientos.

Dentro del primer grupo se ha considerado

Las Casaciones: **Recurso de Casación N°541-2017/Del Santa**, mismo que señala una valoración del objetivo perseguido por el sujeto activo, en aquel caso “siempre fue realizar tocamientos lúbricos y frotaciones en las zonas íntimas

de la menor. La orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a realizar dichas acciones” (Recurso de Casación N°541-2017/Del Santa, Fund. Sexto). Por lo cual, encontrándose diferencias en el plano subjetivo del autor, debidamente probadas, no se puede calificar una conducta como Violación en grado de tentativa, sino que encajarían en el Tipo de Actos contra el pudor, hoy Tocamientos indebidos, si la intencionalidad probada no se encaminó a tener un acceso carnal sino se orientó a los tocamientos lascivos por sí mismos. Además, se enfatiza que:

El dolo, por estar referido a un aspecto de consciencia inaprensible para el juzgador, no suele acreditarse a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido con datos fácticos debidamente acreditados. (Recurso de Casación N°541/Del Santa, Fund. Quinto).

De otro lado el **Recurso de Casación N° 1313-2017/Arequipa**, la cual determina una Motivación aparente al preferirse solo una de las acepciones del término “chupar” (como solo humedecer algo con la lengua, sin que ello *literalmente* indique que a la boca se le ha introducido un objeto o parte del cuerpo) en lugar de hacer una valoración de ella en conjunto con las demás pruebas actuadas, de las que se desprendería de manera lógica y probada que la acción realizada sobre la víctima fue de violación sexual en su modalidad de introducir el miembro viril por la vía oral de la menor, lo cual no puede tipificarse como Actos contra el pudor, aunque por la edad de la víctima el término que haya usado se prestare a lo ambiguo: la valoración en conjunto de la declaración así como de las otras pruebas es obligatoria.

Los Recursos de Nulidad: **RN N° 2289-2011/Lima** en el que, siguiendo la línea de la casación N° 41-2017/Del Santa, es imprescindible valorar la finalidad u objetivo, orientación subjetiva, del sujeto activo. Así, para el caso en discusión se llegó a determinar que se realizaron tocamientos, pero con el fin de producir excitación en la víctima -estimular al menor- y con ello forzar el acceso carnal -haciendo que el menor lo penetre- por lo cual el hecho no calificaría como Actos contra el pudor sino como Violación.

Asimismo, los Recursos de Nulidad **RN N° 1667-2017/Lima** sobre la valoración de la prueba pericial que demuestra una lesión extragenital por haberse ejercido fricción en la zona lo que prueba una violación en grado de tentativa y no actos contra el pudor, al valorarse en conjunto las pruebas en especial la declaración de la víctima que cumple los requisitos del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116. De otro lado, el **RN N° 1506-2016/Ica** que indica que también puede ser razonable desvincularse del tipo penal de violación presentado por fiscalía e ir a uno homogéneo como es el de Actos contra el pudor, de menor entidad lesiva, cuando el juzgador -aquí fue la Sala Suprema- corrobore que los hechos se adecúan a éste, por ejemplo si en el caso la pericia demuestra que no hubo acceso carnal y el introito o abertura de la vagina se encontró congestionado pero sin lesiones, lo cual indicaría frotamientos, que valorado con las declaraciones como por ejemplo que la víctima estaba con su ropa puesta, entre otros, concluyen en que el tipo penal efectuado fue el de Actos contra el pudor y no el de violación en grado de tentativa. Asimismo, el **RN N° 2013-2017/Lima Este**, en el que también se declara nula la sentencia por violación ante la corroboración y valoración suficiente de las pruebas que indican que el encausado tocó las partes íntimas de la menor, pero no con el objetivo de forzar un acceso carnal.

Dentro del segundo grupo se ha considerado

La sentencia de segunda instancia recaída en el **Exp. 00186-2016-1826-JR-PE-03** por la cual se fundamenta la necesidad de actuar pruebas indiciarias para el tipo penal de Actos contra el pudor, máxime si no se detiene al acusado en flagrancia estricta, resultando ilógico un proceso inmediato y suplir la falta de pruebas como de declaración en cámara Gesell, con prueba de oficio del A quo; además se enfatiza en el considerando tercero la necesidad de buscar una satisfacción erótica para configurar el tipo de Actos contra el pudor.

El Recurso de **Casación N°482-2016/Cusco**, cuyo fundamento sexto señala que la logicidad en la motivación se refiere a la valoración de los medios probatorios, misma que debe conectar la prueba con la conclusión probatoria que se extrae de ella, ya sea que su juicio de inferencia obedezca a

conocimientos científicos, reglas de la lógica o máximas de experiencia ello debe ser pertinente. Además, la valoración debe darse en la prueba de manera individual tanto como en enlace con el resto, por ejemplo, en el caso de la pericia psicológica que complementa examen médico legal y sobre todo la versión de la víctima de delitos sexuales como Actos contra el pudor, dada en Cámara Gesell, más allá de pequeños detalles en el relato que pueden variar sin que por ello se desvirtúe la versión en sí; dado que no corresponde al juez el conocimiento pericial sino su valoración como aporte probatorio, no cae en ilogicidad al no merituarla como si el perito fuera él. Queda así establecido que la versión dada en Cámara Gesell es determinante, por encima de las pericias psicológicas.

De otro lado los Recursos de Nulidad: **RN N° 5050-2006/La Libertad** que enfatiza la exigencia del tipo de Actos contra el pudor, un contacto corporal con contenido e intencionalidad sexual. Y **RN N° 515-2019/Junín** que incide en la necesidad de realizar una motivación individual y conjunta de las pruebas, además de agotar las diligencias para esclarecer los hechos, concluyendo de forma categórica:

[E]l proceso penal sólo alcanzará su finalidad y podrá considerarse legítimo si se combinan factores de eficacia investigativa y garantía al justiciable. De un lado, debe procurarse la realización de los actos de investigación y de prueba necesarios para alcanzar una verdad “probada” (en términos de suficiencia y racionalidad, descartando la concepción tradicional de la verdad “material”); y, de otro, no puede perderse de vista el respeto mínimo a los derechos fundamentales de los procesados, sean estos de carácter material o procesal. (RN N° 515-2019/Junín, fund. Quinto).

CAPÍTULO III

RESULTADOS

10. INFORME DE CASO

10.1. Datos Principales del Expediente

Se trata del Expediente N° 00159-2018-0-19-06-JR-PE-01 en materia penal sobre el delito Contra la libertad sexual en su modalidad de Actos contra el pudor en menor, art. 176-A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.R.A.R. quien tenía al momento de los hechos 08 años, contra J.J.R.D. de profesión médico, edad 28 años al momento de la denuncia, por la presunta comisión de los hechos del día 25 de noviembre del 2017.

El caso pertenece a la jurisdicción del Distrito Judicial de Loreto, siendo que los hechos se denuncian en la pequeña localidad de Tiruntan, distrito de Padre Márquez, en la Provincia de Ucayali, Loreto. La Carpeta Fiscal está signada por el N° 2506054500-2017-420, así como el N° de Expediente de Casación es el 03658-2021-0-5001-SU-PE-01.

10.2. Síntesis del Caso

El padre de la menor J.R.A.R. (08) denuncia que su hija había sido víctima de uno de los médicos de la localidad, J.J.R.D., desde ahora “el Imputado”, quien el día 25 de noviembre del 2017 se encontraba en una reunión en casa del denunciante, en horas de la noche, libando alcohol con él y otra persona, siendo que en una de sus idas a los servicios higiénicos entró al cuarto de la menor mientras ella estaba dormida en la cama, y tocó las partes íntimas - vagina- hecho que el padre conoce al regresar su segunda hija quien le contó lo sucedido pues indica que entró al cuarto, encontró a su hermana menor llorando y ella le narra lo ocurrido, por lo que el padre bota de su casa a las dos personas con las que estaba tomando bebidas alcohólicas, toma conocimiento del asunto, luego va a buscarlo ya que se habían ido al bar del

pueblo, lo increpa y golpea, realizando su denuncia en la DEMUNA el día 28 de noviembre, dándose inicio a las diligencias de investigación.

La sentencia de primera instancia se emite el 16 de agosto del 2019, por el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Ucayali – Contamana, quien emite su fallo declarando culpable al Imputado, por delito tipificado en el art. 176° A numeral 2 -el cual estaba vigente a la fecha de los hechos- imponiéndose la pena privativa de la libertad efectiva de 6 años y una reparación civil de S/.5000 soles. Apelada la misma, el *Ad quem*, Sala Penal de Apelaciones de Loreto, emite la Sentencia de Vista el 18 de diciembre del 2020, confirmando el fallo.

Debe resaltarse que desde la investigación fiscal y durante todo el proceso judicial los hechos imputados fueron: “tocar su vagina por encima de su short, seguidamente por un costado de su pierna **le introdujo su dedo en su vagina**, motivando que la menor agraviada se despierte y lo reconozca, llegando a llorar” (figurando así en la denuncia, disposiciones fiscales e incluso en las dos sentencias).

Interpuesto el Recurso de Casación dentro de los plazos de ley, la defensa del imputado alega que siendo necesario conforme habilita el art. 427° numeral 4, un desarrollo jurisprudencial sobre los puntos problemáticos: realizar una imputación, más aún una sentencia, sin que concurren los elementos normativos del determinado tipo penal imputado, afecta el derecho de defensa; además de los problemas relativos al dar como válida la única declaración de la víctima en juicio oral siendo que se le cursó previamente notificación para que asistiera a cámara Gesell faltando a ello, se valoraran pruebas periféricas siendo que faltaba la prueba a la que darían respaldo -declaración de la víctima, que en el caso se actuó solo en juicio- para determinar la imputación fiscal, y luego la resolución judicial, afectó los principios de lógica y sana crítica.

11. ANÁLISIS NARRATIVO DEL DESARROLLO PROCESAL

11.1. Antecedentes

Los hechos se ubican el 25 de noviembre del 2017 en horas de la noche, Expediente N° 017. DEMUNA (2017) la denuncia ante la DEMUNA se realiza por el padre de la menor el día 28 de noviembre del 2017, indicando que su hija había sido víctima del Imputado quien, según indica textualmente el Informe fichado en Formato 07, Expediente 017-2017-16127 de la DEMUNA Padre Márquez Tiruntan, por el que se cursa conocimiento a la Fiscalía:

Expediente N° 017. DEMUNA (2017) *“ha intentado violarle sexualmente, con tocamientos indebido [sic] a su hija J.R.A.R. de ocho años de edad, en su mismo domicilio (...) su hija lo manifiesta a él que el médico cirujano lo [sic] estaba tocándole su vagina encima de su short que luego por un costado de su pierna le introdujo su dedo de la mano en su vagina y es ahí en donde que [sic] su hija se despierta luego de haber estado durmiendo en su cama de su cuarto de atrás de su vivienda y le ve, reconociéndolo a dicho médico (...)”* (resaltado nuestro).

Siendo que encontraremos una correspondencia exacta de esta primera declaración, proveniente del padre de acuerdo a lo narrado por sus hijas, con la imputación realizada por el fiscal y luego motivo de las sentencias de primera y segunda instancia.

Más aún, del propio Informe de la DEMUNA se indica que la menor víctima primero le contó los hechos a su hermana y es ella quien habla con su padre para que él escuche la narración:

Expediente N° 017. DEMUNA (2017) *“manifiesta también que su hija mayor R.C.A.R. de trece años de edad, le comunica que su hermana J.R.A.R. está llorando en su cama es de ahí entonces él ingresa al cuarto y le pregunta a la niña toda nerviosa y la niña le dice a su papá que el médico cirujano J.J.R.D. ingresó a su cuarto cuando estaba dormida y le comenzó a tocarle sus partes íntimas (vagina), y que luego lo introdujo por su pierna su dedo en su vagina y*

es así que la niña se despierta y le llega a ver al señor J.J.R.D., y es en donde la niña lo manifiesta al padre llorando que lo había pasado [sic].” (resaltado nuestro).

Dejando de manera clara que, conforme consta de la *notitia criminis*, desde el primer momento se hubo mencionado un supuesto de Violación Sexual, afirmando que se introdujo una parte del cuerpo (el dedo) a la vagina de una menor que contaba con solo 8 años de edad. Lo cual debería tener una motivación suficiente -tanto a nivel fiscal como judicial- sobre el por qué en lugar del art. 173°, todo el séquito del proceso se ha seguido en base al art. 176-A.

11.2. Investigación Preliminar

De acuerdo a la Disposición Fiscal 01, la Investigación Preliminar en torno a los hechos comunicados por la DEMUNA se inicia el 06 de diciembre del 2017 de oficio, indicando al inicio de la misma que esta carpeta fiscal se encontraría aún *para calificar*, es decir, que en ella no se determina el o los tipos penales sino, conforme menciona su primer considerando: Disposición Fiscal N° 01. Ministerio Público (2017) “*El objetivo es realizar actos urgentes o inaplazables para: a. Determinar si han ocurrido los hechos eventualmente delictivos*”.

Señalándose una serie de diligencias como citar para declaración a la hermana de 13 años quien habría sido la primera en escuchar el relato de la menor; citar al Imputado en calidad de tal, indicando que se apersona con su abogado sin que hasta ese momento se haya calificado el tipo penal sino únicamente obrando una transcripción de los hechos narrados por el padre en la DEMUNA. Ordenando también se practiquen las pericias médicas y psicológicas en Medicina Legal a la menor víctima; pericia psicológica al Imputado; entre otras.

Obra en el expediente que, de la búsqueda, el Instituto Nacional Penitenciario señala que el Imputado no registra antecedentes judiciales, además según Providencia del 27 de diciembre señala que no registra antecedentes penales.

Punto a apreciar es la Declaración del padre de la menor ante el fiscal, quien según figura en autos se apersonó el 19 de enero del 2013 a las 9:04 horas; no obstante, en misma fecha a 9:40 horas se firma un **Acta de No Realización** de Cámara Gesell, indicando que concurrieron el fiscal, el fiscal de familia, el padre de la menor y la menor víctima pero que no se pudo llevar a cabo por incomparecencia del imputado y su abogado, resultando extraño que para un mismo día y sin pasar al menos una hora se haya dispuesto dos diligencias como la Declaración del padre y la **Entrevista Única en Cámara Gesell que no figura como diligencia en la Disp.01** con mayor gravedad pues no anexa ninguna notificación o acta de llamada u otro medio sucedáneo que permita si quiera intuir que realmente se le citó de forma debida al imputado.

Durante la etapa de investigación preliminar al tomar la declaración del padre de la menor, el 19 de enero del 2018 como se dispuso en la Disposición Fiscal N° 01. Ministerio Público (2017) a horas 9:04 de la mañana, se detalla los hechos de la denuncia en DEMUNA, agregando como datos importantes el que el día de los hechos quienes se encontraban en su casa libando licor eran tanto él como un vecino suyo de iniciales G.H. así como el Imputado; señalando que la segunda vez que el Imputado ingresa a orinar:

“es ahí en donde aprovecha e ingresa al cuarto, siendo que solo dentro de la misma se encontraba mi hija de iniciales J.R.A.R. siendo que le toca su vagina, teniendo su short puesto, metiendo su dedo debajo de su ropa interior de mi hija, empieza a tocar la vagina de mi hija, es allí donde ella siente y se despierta, pero no grita, siendo que ella le cuenta lo sucedido a mi otra hija quien al regresar de la calle se da cuenta de lo sucedido y quien a su vez me lo cuenta”.

Por lo que el relato aquí delimita otro detalle mayor y es que su hija de 13 años habría salido a la calle y al llegar encuentra a su hermana menor llorando,

donde se toma conocimiento de lo ocurrido, llegando a él la información a las 21:00 horas aproximadamente.

La declaración tomada en sede fiscal a la hermana de la menor víctima, brindada también el 19 de enero del 2018 -a las 10:11 horas-, brinda mayor detalle en relación al tiempo de ocurridos los hechos ya que señala que esta su hermana se encontraba con la menor víctima hasta cerca de las 19:30 horas mientras se bañó, regresó a su cuarto y como su hermana estaba dormida solo salió ella a la plaza regresando al promediar las 21:00 horas y al ver a su hermana llorar, ella le narra lo sucedido y ella a su vez se lo comunica a su padre.

El Reconocimiento Médico, de fecha 24 de enero 2018, practicado a la menor fue realizado en el Centro de Salud de la Dirección Regional de Salud de Loreto, Microred Contamana, no por un perito de Medicina Legal. Como resultado se obtuvo: *“Himen no se aprecia desgarrado alguno, bordes conservados, no lesiones antiguas”* así como *“conservación de los pliegues anales”*, refiriendo como diagnóstico: *“himen conservado, no acto contranatura, nerviosismo (trauma psicológico) interconsulta a psicología”*.

El Informe N° 009-2018 del CEM, indica que se entrevista al padre de la menor en fecha 19 de enero del 2018, quien amplía en otro punto los hechos indicando que el 25 de noviembre del 2017 en una de las oportunidades en las que el Imputado fue a orinar, intenta ingresar al cuarto de las menores y su hija mayor lo ve por la rendija pero como estaba cerrado, no hace caso; relatando nuevamente los hechos que le son narrados por la hermana de la víctima al llegar de la calle.

Este Informe 009-2018 del CEM señala que la hermana de 13 años, indicó *“todos los fines de mes mi papá toma cerveza con sus amigos y siempre termina llevándolos a nuestra casa”*. Además, se detalla que se trata de una familia monoparental ya que desde el año 2015 la madre ha dejado a las hijas al cuidado del padre y según él mismo refiere *“no hay una buena relación materno-filial”*.

Al valorar en el CEM los presuntos hechos ocurridos, señalándonos aquí como Tocamientos indebidos, indica además *“cuyo agravante es que se trata de un profesional de la salud”*, valorando como exposición al peligro y negligencia lo indicado sobre el padre -bebidas alcohólicas y llevar amigos a su hogar-, se establece un nivel de riesgo moderado. No obstante, de la menor solo se indica haberla observado (como técnica para realizar el informe) *“en buenas condiciones de aseo personal, con mirada distraída y pensativa”*, sin enfermedades y que cuenta con seguro de salud, recomendándole tratamiento psicológico, sin ningún tipo de test u otro dado que se realiza por una trabajadora social.

El apersonamiento del Imputado señalando los datos para su notificación, delegando funciones a su abogado, se da con el escrito presentado a fiscalía en fecha 07 de febrero del 2018.

De fecha 16 de febrero del 2018 es la Disp. 02 del Ministerio Público, por la cual ahora sí identifica al Imputado, en la investigación sobre Actos contra el pudor en menores, es decir, el art. 176-A; ampliado 60 días la investigación en razón a que faltaba la declaración del Imputado y solicitar los informes al centro médico tanto sobre la víctima como el Imputado, entre otros. No obstante, recién en esta Disp. se menciona la Entrevista en Cámara Gesell para darse en fecha 29 de marzo; detalle a tener en consideración es que tanto la cita al Imputado para rendir su declaración es también en tal fecha -29 de marzo 2018- se colocan como horas: primero Cámara Gesell a las 9:00 y recién cerca de dos horas después, 10:45 la declaración del Imputado.

La declaración del Imputado en Sede Fiscal se da en fecha 06 de abril del 2018. Dentro de lo principal, indica que al haber trabajado en el pueblo como médico conoció desde enero 2017 a la hermana de la menor ya que fue al centro de salud con sus compañeras de colegio, pero recién el día 25 de noviembre del 2017 habló con su padre con motivo de una reunión en la que el padre lo invita a su casa a seguir tomando bebidas alcohólicas. Respecto a la menor sindicada como víctima señala conocerla desde días previos al 25 ya que una señora la llevó para ser atendida de conjuntivitis. Sobre los hechos indica que el día 25

de noviembre del 2017 de 16:30 a 17:00 estaba conversando con un colega médico en casa de éste, empezaron a tomar licor y a las 17:30 llega el padre de la menor quien se les une hasta las 18:30 hora en que se prende la luz en el pueblo por lo que el padre de la menor los invita a continuar bebiendo en su casa. Por lo que van un tercero, G.H. -vecino del padre de la menor- y él -el Imputado- a la casa del padre de la menor hasta las 19:30 horas, habiéndose acabado las cervezas el Imputado sale a traer más, dirigiéndose también a su casa para sacar su laptop y que puedan escuchar música, regresando a la casa del padre de la menor alrededor de las 19:45 horas y continúan bebiendo hasta las 22:00 horas aproximadamente. Enfatiza que jamás cometió los actos que se le acusan, pues si entre las 19:45 a las 22:00 horas entró a los interiores de la vivienda fue para usar el baño. Refiere que la hermana mayor de la víctima llega de la calle a las 21:30 horas aproximadamente y ella es quien le dice a su padre en frente de G.H. y su persona los hechos que le imputan, negando él desde el primer momento y que incluso él le dijo al padre que es falso y quizás la niña habría estado soñando.

Señala el Imputado desde su primera declaración en Fiscalía que vestía un pantalón jean azul, un polo de color medio gris con rayas negras.

Con Providencia de fecha 19 de marzo del 2018 se vuelve a solicitar, entre otros, la Entrevista en Cámara Gesell. No obstante, como se verá a lo largo del séquito procesal nunca llega a darse. Con lo único que se cuenta es con el documento del Servicio de Psicología del Centro de Salud de Contamana, de fecha 09 de marzo del 2018 en el cual el psicólogo evaluador procede a entrevistar tanto al padre de las menores, a la hermana y a la presunta víctima. Agregándole en la narración de hechos que el documento refiere como “Problema actual”, que el Imputado primero habría tratado de entrar al cuarto de la hermana mayor antes de que ella saliera a la calle -ahora como si se tratara de dos cuartos diferentes-; la hermana mayor indica que antes el *Imputado* “*quería estar conmigo, me citaba a su consultorio para darme purgante, pero no le hice caso cuando me decía que quiere estar conmigo, y por eso estuvo con mi amiga Araceli que tiene 13 años*”, hechos que no mencionó en la declaración fiscal.

Otro punto a resaltar del Informe de Evaluación Psicológica tomado en el Centro de Salud de Contamana, es que la menor refiere “(...) *pude ver que estaba con un short y con un polo blanco*” en referencia al Imputado cuando la habría agredido sexualmente.

Aplicados la Entrevista, la Observación, la Anamnesis psicológica (es decir la exploración clínica mediante preguntas a la menor), así como tres los Test (que indica fueron: de la familia, gúestáltico visomotor de Bender, Goodenough-Harris), el evaluador refiere en los Resultados, por ejemplo, que su función viso-motriz es acorde a su edad cronológica, tiene una cociente intelectual normal, percibe a los miembros de su familia distantes y poco comunicativos, la menor se encuentra “con expresión de impulsividad, aislamiento y retraimiento en sí misma”, entre otros por los que concluye: *frente al motivo de la evaluación: reacción ansiosa situacional competida a episodios de violencia, menor expuesta a situaciones de riesgo.*

11.3. Investigación Preparatoria

La Disp. que formaliza la investigación data del 17 de abril del 2018. Disposición Fiscal N° 03. Ministerio Público (2018) El presunto delito es el del art. 176-A. En los hechos detalla que ***habría ingresado el investigado J.J.R.R., en estado de ebriedad, en donde habría procedido a tocarle la vagina por encima de su short, para seguidamente por un costado de su pierna le introdujo su dedo de la mano en su vagina, motivando a que la citada menor se despierte y lo reconozca (...).*** (Resaltado nuestro).

Se detalla las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores agregando a los hechos las horas desde que se reunieron el padre de la menor, el Imputado y otros antes de pasar a la casa del padre de la menor, se señala la hora del prendido de la luz para el pueblo. La narración de la víctima a su hermana a las 21:30 horas que esta llegó de la calle, reafirmando no solo el término de tocar la vagina sino introducir el dedo en ella; y definiendo en posteriores que ese mismo día a las 23:00 horas el padre va al bar del pueblo para buscar al

Imputado para reclamarle por lo sucedido, dándole un puñetazo, por lo que el 28 de noviembre acude el padre a la DEMUNA.

No obstante, en esta investigación formalizada no se encuentra detallado también como hecho posterior, pese a haber sido mencionado tanto por el Imputado como por el propio padre de la menor, que en el bar donde le reclama los hechos el Imputado vuelve a afirmar su inocencia y le dice que lo va a “contrademandar” porque los hechos son falsos.

Dentro de los elementos de convicción se detallan los obtenidos a aquella fecha; en la adecuación típica se explicita el artículo 176-A que a la fecha se denominaba Actos contra el Pudor en menores, pero no hay una interpretación o motivación respecto a éste, solamente señala que existen indicios respecto a éste.

Se solicita la declaración ampliatoria del padre, de la hermana, se cita a tres presuntos testigos más, es decir, a los señores con quienes se reunieron antes de entrar a la casa del padre y quien estuvo en la misma reunión en la casa del padre, así como a la esposa del Imputado -quien no estuvo si quiera presente en el Pueblo ya que ella trabajaba en otro lugar-. Se cita a la asistente social que realizó el Informe 009-2018 del CEM y se ordena una CONSTATACIÓN FISCAL EN EL DOMICILIO donde habrían ocurrido los hechos; pericia psicológica -por parte de Medicina Legal- al imputado para determinar si tiene alguna desviación sexual el Imputado, además de que se actúe la Entrevista en Cámara Gesell.

Cabe indicar que data de la misma Disp.03, de formalización, que para la Constatación en el domicilio de la menor se prevé solicitar los trámites administrativos para la comisión de servicios ya que se debería llegar en transporte fluvial para el desplazamiento, entendiéndose que el lugar de los hechos en efecto es un lugar alejado.

El Protocolo de Pericia Psicológica al Imputado por parte de Medicina Legal, concluye:

- *Clínicamente estado mental conservado, sin indicadores de alteración que lo incapacite para percibir y valorar su realidad*
- *Clínicamente rasgos de personalidad narcisista*
- *Clínicamente frente a la denuncia, actitud poco colaboradora. No asume comisión de un delito, tendencia a la no exploración, actitud evasiva: minimiza, justifica, desplaza a otros eventos poco vinculados.*
- *Actitud hermética con inadecuada evaluación para reflexión y sentimientos de culpa.*
- *Refiere preferencias heterosexuales.*
- *Presenta inmadurez psicosexual.*

Sin que se concluya una desviación sexual.

La Disp. 04 señala que no pudo llevarse a cabo la Constatación en el domicilio por lo que debe reprogramarse; así como que la Entrevista en Cámara Gesell deberá llevarse a cabo en Pucallpa ya que la menor ahora vive allí por estudios, cursando el exhorto respectivo, entre otros.

La declaración del testigo G.H. quien habría estado en el domicilio junto al padre y al Imputado el día de los hechos, se toma el 02 de agosto del 2018. Su testimonio corrobora los hechos previos sobre el Imputado, el padre de la menor y otra persona tomando en una casa distinta a la del padre de la menor, luego que solo los tres (él, G.H., el padre y el Imputado) van a la casa del padre de la menor por invitación de éste para continuar bebiendo; no vio a la hermana salir a la calle porque indica que debe haber estado ya quedándose dormido pero indica que sí vio hasta en tres ocasiones percatarse de que el Imputado habría ido al baño, que si bien él -G.H.- habría ido a orinar afuera de la casa, vio que el Imputado habría ingresado en esas ocasiones que iba al baño con la expresión de que también iba a miccionar; se corrobora con su testimonio todo lo narrado por las partes sobre la hermana de la menor quien es la que sale del cuarto y le dice a su padre que ha encontrado a la menor llorando y al preguntarle ha indicado lo que habría hecho el Imputado por lo que el padre de la menor les pide a ellos que se vayan de la casa. Tema a

subrayar es que también indica que desde un inicio el Imputado niega que haya visto a la menor, indicando que solo fue al baño y la niña pudo haber tenido una pesadilla.

En la ampliación de la declaración de la hermana, tomada el día 02 de agosto del 2018, subsisten los hechos narrados, aclara que aclara que el día de los hechos al promediar las 19:00 horas estaba en su cuarto junto con su hermana quien estaba en su cama ya por dormir, mientras ella se cambiaba y que el imputado al regresar del baño tocó la puerta y trató de entrar pero ella no le abrió y entonces siguió de largo, ella se fue a la calle con sus amistades y no cerró la puerta pues su hermana menor podría ir al baño. Siendo importante que agregó que el Imputado le decía que *era una chica bonita, que quería estar con ella* pero ella lo tomaba a broma dado que estaba con su compañera de colegio de también 14 años (A.N.M.), indicó que se escucha rumores de que también tocó a otras niñas de la edad de su hermana menor; si bien señala que fue a su consultorio al menos dos veces en que le dio purgantes y vitaminas, no le hizo ningún tocamiento pero afirma que en una de esas ocasiones ella se quedó sola en el consultorio y vio en el celular del Imputado un video de su amiga A.N.M. de 14 años en la cama teniendo relaciones y por ello le preguntó a su amiga si era virgen y sobreentendió la respuesta como que no lo era.

El 16 de agosto del 2018 se emite la Disp. 05 de prórroga, por 60 días ya que faltaba la Entrevista Única por lo que se cursa oficio a medicina Legal de Pucallpa donde radicaba la menor, solicitando también se le practique un peritaje psicológico para determinar el grado de afectación emocional de la menor como consecuencia del episodio sexual en su agravio, ello debiendo realizarse en Medicina Legal.

El Acta de No Realización de Diligencia, 11 octubre 2018, sobre la Entrevista Única, indica que estaban todos presentes excepto la menor y que por motivo de tardanza (35 minutos) no se lleva a cabo y se reprograma para enero del 2019.

11.4. Declaración de Complejidad

Mediante Disp. 06 del 16 de octubre del 2018, el Ministerio Público decide declarar la investigación Compleja. Se indica que aún no se ha recabado la declaración de la menor y *se la ha reprogramado para enero 2019*, faltando también la pericia psicológica por parte de Medicina Legal. Indica que por encontrarse la menor en Pucallpa se ha realizado ya el Exhorto, y señalando también que se debe contar con la declaración de la persona con quien primero se reunió tanto el Imputado como el padre de la menor antes de ir a casa de este último.

Su sustentación, a nivel fiscal, subraya la “actuación de una cantidad significativa de actos de investigación” y que “involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales” para justificar la declaración de investigación compleja y ampliar el plazo por el plazo de ocho meses.

Se resalta que en la parte final de la Disp.06 de complejidad, no solo se menciona otro imputado de iniciales E.P.I. sino que se le imputa la presunta comisión del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de otro menor de ocho años con iniciales distintas, I.P.R., y contando el plazo desde el 06 de julio de 2018 cuando se habría formalizado la investigación. Es de señalar que tales datos no corresponden a la carpeta, formalizada el 17 de abril del 2018, y de una búsqueda en los navegadores se tiene que los datos corresponden a otro caso² que provocó repercusión en medios nacionales.

Pese a ello, la Resolución 04 del Juzgado de Investigación Preparatoria declara la investigación como Compleja a raíz de lo expuesto por fiscalía fijando un plazo de 8 meses.

Del Exhorto librado a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores de Ucayali para que tengan a bien tomar la Entrevista Única a la menor, se debe resaltar

² De acuerdo a Andina Agencia de Noticias (2019) en la que bajo el nombre de E.P.I. se indica que recibió cadena perpetua por la violación reiterada a una menor que era vecina suya en el distrito de Sarayacu.

que indican como presunta comisión de VIOLACIÓN de la libertad sexual, si bien no señalando el artículo, se verifica la redacción aún en base de otro caso de Violación siendo que el presente ha sido por la modalidad de Actos contra el Pudor, 176-A del Código Penal, a pesar de la redacción de los hechos acerca de “introducir el dedo en la vagina” que sumado a estas equivocaciones en la redacción, no favorecen la claridad del tipo imputado.

Devuelto el Exhorto con oficio de fecha 03 de enero del 2019, se indica que la diligencia no se llevó a cabo por incomparecencia de las partes, agregando fallas técnicas del equipo audiovisual. POR LO QUE LA ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESELL, NO SE LLEVÓ A CABO PESE A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO.

11.5. Conclusión de la Investigación y Formulación del Requerimiento de Acusación

La conclusión de la investigación preparatoria se da con la Disp. 07 de fecha 14 de enero del 2019. Formulando la Acusación por el delito Contra la Libertad Sexual en la modalidad de Actos Contra el Pudor en menores, previsto en el artículo 176° A del Código Penal, por los hechos del día 25 de noviembre del 2017.

Su formulación contiene los aspectos principales que exige el requerimiento, identificando plenamente a las partes, describiendo los hechos tanto precedentes, concomitantes y posteriores -mismos que se han detallado en los numerales anteriores de Investigación Preliminar e Investigación Preparatoria-. No obstante, en el apartado de Imputación Concreta sí se delimita de forma literal, Disposición Fiscal N° 07. Ministerio Público (2019) “haber tocado las partes íntimas (vagina) a la menor de iniciales J.R.A.R. (08)”, aunque en la descripción de los hechos concomitantes prosigue, también de forma literal: *habría procedido a tocarle su vagina por encima de su short, para seguidamente **por un costado de su pierna le habría introducido su dedo de la mano en su vagina**, motivando a que la citada menor se despierte y lo reconozca, llegando a llorar (...).* (Resaltado nuestro).

Dentro de los elementos de convicción se encuentran todos los detallados en numerales anteriores -de Investigación Preliminar e Investigación Preparatoria-, debiendo resaltarse que en cuanto a la declaración de la víctima no se obtuvo la Entrevista Única en Cámara Gesell, ni el Reconocimiento Médico Legal por parte de Medicina Legal, en lugar de ellos se ofrece tanto los Informes Social -009-2018 del CEM- como la Evaluación Psicológica y el Reconocimiento Médico PERO AMBOS REALIZADOS POR EL CENTRO DE SALUD DE LA MICRORRED CONTAMANA.

La participación atribuida al Imputado es de Autoría.

Se detalla que el Elemento Objetivo radica en los “actos libidinosos, contrarios al pudor, sin el animus de tener acceso carnal”. Pero de la propia redacción de la Subsunción fáctica y típica se menciona de manera reiterada que luego de tocarle la vagina por encima del short, **introdujo su dedo en la vagina de la menor**. Ello sin hacer la mínima inferencia lógica respecto a que tal acto de acceso carnal, supondría en el caso en concreto uno contra el pudor y no de acceso carnal *per se*, por razones a duración, profundidad, o cualquier otro criterio que haya motivado la posición del Fiscal por un tipo penal que no sea el de Violación cuya redacción (art. 170° y 173° del Código Penal) de forma expresa sí contiene la acción de “introducir una parte del cuerpo -puede ser el dedo de la mano- en la vagina de la víctima”.

En relación a la pena, la Fiscalía solicitó siete años y quince días de pena privativa de la libertad al Imputado. Su determinación indicó:

La pena se ubica en el tercio inferior, es decir, según el articulado 176-A del Código Penal en el momento de los hechos, noviembre 2017, de 6 a 7 años. Por lo que el valor de cada atenuante sería de 4 meses y 15 días; y el de cada agravante 2 meses y 15 días. Siendo que se valora que el Imputado cuenta con grado de instrucción superior lo que le permitía tener un mejor comportamiento y respeto a los derechos ajenos, se le agrega como agravante 2 meses 15 días. Asimismo, 2 meses y 15 días más por los intereses de la

víctima y su familia, ya que ello -de acuerdo a la postura fiscal- se agrava al ser una persona natural, y se ha afectado a los demás integrantes del grupo familiar. No obstante, el hecho de no tener Antecedentes penales se considera como atenuante por lo cual del cálculo final el fiscal indicó que le correspondería 7 años y 15 días.

La Reparación Civil solicitada obedece a un daño moral calculado en cinco mil soles, S/.5000. Indicando de forma general que la víctima con temor e inseguridad, en el interior de su psiquis, con fobias a ser nuevamente víctima de un abuso sexual, desconfianza en las personas, pasando por sufrimiento, aflicción, resentimiento, necesita ser indemnizada.

Sobre las pruebas ofrecidas para su actuación durante el Juicio, solo cabe subrayar que se ofrece la declaración de la menor sindicada como víctima, y ya que nunca se actuó la pericia psicológica o entrevista única por parte de Medicina Legal, no se hace mención a estas últimas. Ahora bien, el Acta Fiscal del 02 de agosto del 2018 *“realizado por el fiscal responsable, en donde, se constató, el lugar donde ocurrieron, los hechos denunciados, sito en la casa donde vive la agraviada con sus padres”* [sic] se oralizará en juicio pero es ofrecida para demostrar la credibilidad de la menor en cuanto al lugar donde ocurrieron los hechos sin que de ello se desprenda una imparcialidad u objetividad del fiscal porque del mismo sitio se podía corroborar la teoría del caso del Imputado pues no había forma de ir de la sala al baño y los cuartos para realizar los actos contra el pudor, ser visto aunque no hubiera luz, entre otros.

La Resolución de fecha 28 de enero del 2019 corre traslado a las partes por diez días y señala fecha para la Audiencia de Control de Acusación para el día 26 de febrero.

11.6. Etapa de Juicio Oral

El desarrollo del Juicio Oral se sigue ante el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Ucayali – Contamana. Durante el desarrollo del juicio se suscitan

los alegatos de apertura y la actuación probatoria, señalando en este apartado lo que está a consideración académica.

Si bien la fiscalía reformula la pena durante el juicio, solicitando se le imponga 06 años, 03 meses y 15 días de pena privativa de la libertad, en su Requerimiento de Acusación solicitó 7 años y 15 días. Pero lo principal gira en torno a la actuación de prueba relativa a la Declaración de la menor durante el juicio, por medios digitales como es identificando a su agresor por whatsapp, cuando lo idóneo en declaración de menores es siempre que se realice en Cámara Gesell.

La actuación probatoria en juicio consistió en el Examen al Imputado, por cuanto respondió en Juicio a las preguntas de Fiscalía y de su Defensa técnica; asimismo se examinó a la hermana de la menor y a la misma menor en presencia del psicólogo que realizó la evaluación en el Centro de Salud de Contamana; también se examinó al padre de la menor, y declaró el psicólogo que evaluó a la menor en el Centro de Salud de Contamana y en la fecha asistió a la declaración de la menor durante el juicio.

Las pruebas documentales oralizadas fueron: el protocolo de pericia psicológica al Imputado, el Formato 07 de la DEMUNA donde se presenta el primer registro denunciando los hechos; copia del DNI de la agraviada; el Oficio de fecha 22 de diciembre del 2017 por el que se indica que el Imputado no presenta Antecedentes Penales; el Acta fiscal de Constatación de la vivienda; el Informe Social 009-2018 de la trabajadora social del CEM respecto al riesgo moderado de la menor.

De los testigos sujetos a examen en las audiencias, las declaraciones pasan a resumirse en:

De lo declarado por el Imputado, tanto de las preguntas de Fiscalía, Juzgador como de su defensa técnica, se tiene que él ha afirmado: ser médico y por esa razón llegar a Tiruntán en 2016, que el 25 de noviembre del 2017 un compañero lo invita a tomar una bebida por lo que van a casa de este desde

las 4:30 a 5:30 aproximadamente con 6 cervezas, que el denunciante y padre de la menor que conocía a su amigo le invita a seguir tomando por lo que toman más bebidas frente a la casa del denunciante entre las 5:30 y 6:30 de la tarde. Luego a las 6:30 se prende la luz en el pueblo y van a casa de su colega alrededor de 15 minutos y el denunciante le invita a seguir tomando en su casa por lo que acepta y estuvieron dentro hasta aproximadamente a las 7 de la noche cuando el Imputado va a su domicilio para traer su laptop y escuchar música, regresando alrededor de las 7:30 a la casa del padre de las menores con 6 cervezas más. A las 9:30 la hermana de la menor le dice al padre que su hermana menor le había contado que el Imputado le tocó sus partes íntimas por lo que el Imputado le dice a su papá que no, que habría estado soñando la niña y el padre les indica a él y a la otra persona que estaba tomando que por favor se retiren, a lo que esta otra persona G.H. y él se van al bar del pueblo para continuar tomando siendo que a las 10 a 10:30 pm va al bar el padre de las menores y le reclama dándole un puñetazo, el Imputado le vuelve a decir que no ha hecho eso y que le iba a hacer una contradenuncia; la dueña del bar apaga la música y todo quedó allí. Conocía a la hermana mayor por motivo de consulta médica en dos oportunidades dándole pastillas antiparasitarias y complejo vitamínico y a la presunta víctima también fue con una señora del pueblo para atenderse por conjuntivitis. Que el día de los hechos entró al baño 2 a 3 veces pero no a la habitación de la menor, se fue al fondo de la huerta y orinó. Que no ha enamorado a la hermana de la niña, que la molestaba con un chico y le dijo que era bonita para molestarla o fastidiarla, pero no de otra forma. Menciona que la menor y otra amiga se le acercaban en la plaza del pueblo a preguntarle cosas para su tarea, conversando con ellas de tonterías. Que ella le preguntaba si tenía esposa, también preguntaba sobre chicos y cómo se puede cuidar, ello varias veces en la misma plaza pública. Que no le entregó anticonceptivos, sino que le pedía información que no es correcto hablar con la menor de esas cosas pues para eso está el centro de salud. Ante el juez sostuvo vestir el día de los hechos pantalón jean azul y polo con rayas o puntos negros. Que al llegar a casa del denunciante no vio ni cómo estaban vestidas las niñas porque estaban al fondo en la cocina y ellos en la sala y él estaba sentado de espaldas a la cocina. Al ir 2 o 3 veces al baño fue rápido, no demoró más de 2 a 3 minutos. Que aproximadamente hay 10 metros entre

donde tomaban y el lugar del baño, la casa es pequeña y estaba oscuro solo habiendo luz en la sala y el callejoncito que da al baño estaba oscuro, que no sabría si hubo dos cuartos o si tenían luz. Sobre la otra menor amiga de la hermana mayor, indica que la conoce porque sus padres trabajan en el centro de salud y había confianza con ellos, que no tuvo una relación sentimental con ella, que conocía a sus padres porque su mamá cocina en las fiestas o actividades y la familia entera es amiga de todo el centro de salud. Que no sabría por qué lo sindicaron, que la menor pudo estar soñando y con el ruido de la computadora habrá distorsionado su sueño.

De lo declarado por el LA AGRAVIADA, en compañía de psicólogo, de las preguntas de Fiscalía se tiene que ella ha afirmado: que conoció al Imputado donde trabaja su papá en Contabilidad de la Municipalidad, se le pone a la vista el rostro del Imputado vía whatsapp y lo reconoce como su agresor y médico en Tiruntán. Reafirma que el día de los hechos estaba durmiendo y siente que la tocan por lo que se despierta y ve al Imputado, que no gritó por miedo, “que le tocó la vagina con su dedo” “que le introdujo el dedo”, que él “tenía puesto un short jean y polo”, que le contó a su hermana y ella le fue a decir en su cara al médico y que ella se quedó en el cuarto.

De lo declarado por la hermana de la menor, tanto de las preguntas de Fiscalía, del abogado del CEM, se tiene que ella ha afirmado: que el día de los hechos se estaba cambiando en su cuarto mientras su hermana menor dormía y el Imputado pasa tratando de empujar su puerta pero no le toma importancia, luego sale a la calle y cuando regresa ve a su hermana llorando y le cuenta que el doctor, el Imputado, le tocó su vagina, entonces ella le creyó y fue a decirle a su papá que estaba en la sala tomando con él. Que el cuarto de su hermana está con luz y hay una distancia de 3 metros entre su cuarto y el baño. Que tiene conocimiento que el Imputado estuvo con una compañera suya y ella se lo dijo, en esa época esa compañera tenía 14 años y que al ver el celular del Imputado vio videos sexuales de su amiga, que tuvo acceso al celular cuando tuvo una cita en el hospital.

De lo declarado por el padre de la menor, tanto de las preguntas de Fiscalía como de la defensa técnica, se tiene que él ha afirmado: que al haber sido contador en la Municipalidad, sí conocía al Imputado porque es médico en salud, no eran amigos sino conocidos porque el pueblo es muy pequeño y que la única vez que tomaron juntos fue el día de los hechos, primero frente a su casa y luego en su domicilio, y que el Imputado quería orinar, pasó a la huerta y al regresar intenta ingresar al cuarto “donde forcejea” y luego regresar a sentarse, su hija mayor salió y no le dijo nada de eso solo que se iba a la plaza; luego es en la segunda vez que va a orinar entra al cuarto de su hija menor que estaba durmiendo “y comete el acto de introducir sus dedos a la partes íntimas de su menor hija” y ella no grita tal vez por temor. Cuando llega su hija mayor de la plaza, habla con su hermana y va a contarle a él por lo que les pide al Imputado y al otro señor que se retiren. Que luego va al cuarto a hablar con su hija menor que le dice que el Imputado “la ha estado manoseando que no le dijo nada por temor a que la mate”, por lo que él se va a buscar al Imputado, no lo encontró, fue donde el Juez de Paz primero, entonces vuelve a buscar al Imputado y en el bar le reclama y lo golpea. Que después hizo la denuncia en la DEMUNA. Que lo llamó la mamá del Imputado para arreglar con dinero y otro señor lo buscó diciéndole por qué había hecho eso al médico. Que no tiene costumbre de llevar amigos varones que tomen a su casa, que el día de los hechos estuvo el Imputado, el señor G.H. y él, siendo tres los que tomaron dentro de su casa. Que a lo dicho por su hija, el médico se asustó y le dijo que su hija estaba soñando y a él le dijo que eso era mentira.

De lo declarado por el psicólogo que evaluó en el Centro de Salud de Contamana a la menor y acompaña en Audiencia a la misma para que rinda su declaración, tanto de las preguntas de Fiscalía como de la defensa técnica, se tiene que él ha afirmado: que el 12 de agosto del 2018 la menor fue evaluada y el resultado fue:

Menor con tendencia a la introversión; no se encuentra orientada en el tiempo; con periodos de ansiedad lo cual lo muestra con un episodio abrupto; reacción asociada a hechos de violencia sexual. [sic]

Que si bien no es psicólogo forense, está capacitado con especializaciones y tiene 7 años de experiencia; en esa provincia no existe perito del Ministerio Público.

Que el daño se considera irreversible porque la menor se encuentra aislada con sentimientos de culpa y esto puede ocasionar un trastorno de personalidad, para esto debería recibir un tratamiento para poder modificar ese tipo de comportamiento de la menor, que la menor en la evaluación mostraba síntomas ansiosos, temor al narrar los hechos y sentimientos de culpa es por eso que llega a la conclusión de que la menor tiene reacción asociada a hechos de violencia sexual; que existe consistencia en el relato de la menor realizado el día de hoy con lo expuesto en el informe. Por lo tanto, se ratifica en el informe evacuado.

Quedando así determinadas las horas, las personas que estuvieron en el día de los hechos, la forma en que el padre toma conocimiento -por medio de la hermana mayor- el relato de la víctima que por primera vez se hubo dado ya que nunca llegó a darse la Entrevista Única en Cámara Gesell ni tuvo una pericia psicológica por parte de Medicina Legal. Se determina del conjunto de exámenes a los testigos, también, que el Imputado siempre negó los hechos e incluso el haber entrado al cuarto de la menor. No queda claro cómo iba vestido porque de forma consistente desde su primera declaración señala pantalón jean azul y polo con rayas o puntos, siendo que la menor agraviada también de forma reiterativa desde lo narrado en su evaluación ante el psicólogo del Centro de Salud hasta la Audiencia de Juicio Oral ha reafirmado que lo vio con short. Tampoco existen más indicios o prueba planteada sobre lo indicado por la hermana mayor respecto a que el Imputado habría tratado de entrar antes a su cuarto, ni mucho menos sobre la relación de este Imputado con otra menor de edad de la que se ha afirmado incluso haber visto videos en su celular teniendo relaciones sexuales.

11.7. Sentencia

El 16 de agosto del 2019 el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Ucayali – Contamana, dicta su fallo CONDENANDO al Imputado por la comisión del delito previsto en el art. 176° A del C.P. imponiéndole la pena privativa de

libertad efectiva de seis años. Y ordenando la Reparación Civil de S/.5000 en favor de la agraviada.

Dentro de los aspectos principales de esta sentencia de primera instancia es necesario destacar:

El delito vigente a la fecha de los hechos tenía una pena escalonada, es decir, que a los llamados Actos contra el pudor en menores de 7 a diez años le correspondía una pena privativa de la libertad efectiva de entre 6 a 9 años.

Así, el juzgador incide en la tipicidad objetiva, pero la menciona solo como la consistente en tocamientos o manipulaciones sobre el cuerpo de la víctima, tocamientos que deben ser lascivos, lúbricos, eróticos, impúdicos, lujuriosos, pero sin el propósito de tener acceso carnal. Ahora bien, en cuanto a motivación de los hechos imputados en este proceso, no encontramos más que *“no se aprecia preciosamente [sic] intención de penetración anal en agravio del menor, sino solo frotamientos manuales relativos a consumación erótica”* (resaltado nuestro). Como si ello constituyera argumento suficiente en cuanto lo alegado desde la denuncia: introducción de una parte del cuerpo, en este caso el dedo de la mano, en la vagina de la menor; lo cual de por sí es la definición de acceso carnal.

En cuanto al sujeto activo, el juzgador indica en su sentencia que este podría ser para el caso de autos, 176-A C.P.- tanto varón como mujer sin interesar su “opción” sexual; término que puede contener un sesgo cognitivo de género pues lo correcto es indicar *“orientación sexual”*. Más allá de ello, es correcto subrayar que sin interesar su orientación sexual, el solo hecho de tocar indebidamente a un menor, con ese fin erótico indicado en la tipicidad objetiva, convierte a la persona que realiza tal acto en sujeto activo del delito y por ende debe afrontar la pena prevista.

En cuanto a la acción típica, el juzgador menciona de forma expresa que el verbo rector en el 176° A del C.P. es TOCAR, no obstante, no hay una sola frase que motive la sentencia en cuanto al verbo Introducir que fue usado tanto cuando

se usó el de tocar, y que nos llevaría a otro supuesto típico -el del 170°, 173° C.P- que a todas luces reviste mayor gravedad y por ende un juicio de ponderación aún más delicado y minucioso que, en esta sentencia, no encontramos.

En el Análisis concreto del caso, encontramos que el juzgador concluye que el Imputado *sin propósito de tener acceso carnal* realizó tocamientos indebidos en la vagina de la menor, lo que se corroboró con la declaración en juicio de la menor y a interpretación del juez adquirió credibilidad por la declaración de su hermana, su padre, incluso porque el propio Imputado reconoce que su padre lo fue a buscar y le dio un golpe de puño. No obstante, sigue sin realizarse una declaración lógica y fundamentada de por qué desde la disposición 01 de fiscalía se imputa un acto de acceso carnal -introducir dedo en vagina- y le siga la consecuencia de “sin propósito de tener acceso carnal”. Además, de una breve secuencia lógica, siendo que la niña verdaderamente le dijo a su hermana y ésta a su padre que fue tocada de forma indebida y el Imputado metió el dedo en su vagina, corresponde a ese orden que tanto Imputado como padre coincidan en reconocer que luego de lo dicho por la hermana primero los invitara a quienes estaban bebiendo en su sala, a retirarse y horas después el padre fuera y lo golpeará reclamándole lo que su hija indicó; pero ello no es un reconocimiento de que hayan existido los tocamientos indebidos ya que el punto en debate siempre fue lo que ocurrió o no al interior del cuarto de la menor ya que desde el primer momento el Imputado indicó que no entró a ese cuarto, sino que fue a orinar, manteniendo en todo momento que seguro fue un sueño de la niña distorsionado por la música y sobre eso el juzgador no hace una fundamentación clara y precisa que muestre por qué consideró y en qué pruebas fundó su juicio para establecer que se ha demostrado que el Imputado entró al cuarto y agredió a la menor, más aún porque se halla de por sí un sinsentido al declarar en la sentencia que el Imputado actuó *sin propósito de tener acceso carnal* cuando lo que se le ha imputado desde la denuncia en la DEMUNA es precisamente el haber tenido acceso carnal en la menor.

Un juicio razonable responde al principio de logicidad, es decir, a que el texto y el sustento dado para declarar culpable o inocente a un imputado sea lógico, que esté libre de falacias, así como las consecuencias y el juicio soporten un escrutinio coherente. Al dar como válida una imputación que incluye el Introducir el dedo en la vagina, lo que es un acto de acceso carnal y seguidamente argumentar que se le condena por Actos contra el pudor ya que actuó *sin tener propósito de tener acceso carnal*, no resulta congruente.

De otro lado, encontramos coherente señalar que no se aprecia una enemistad manifiesta del padre con el Imputado que haya podido motivar la denuncia, por lo cual no podría ser una declaración con motivos espurios; no obstante, el no mencionar cuál ha sido la valoración del juzgador respecto a lo alegado por la hermana acerca de que el Imputado quería estar con ella y afirmando incluso que estuvo con una amiga suya llegando a afirmar que vio videos sexuales en el celular del Imputado, resulta preocupante. Sea que ha dado crédito o no a lo afirmado por la hermana en fiscalía y luego en juicio, mencionar la razón resultaba importante ya que el delito aquí investigado tiene el mismo bien jurídico, aunque fuera de diferentes partes y, de no encontrar ciertas estas declaraciones pudo ser valorado por el juzgador como un posible motivo espurio si interpretara que fue la hermana quien influyera en la declaración de la menor. La no mención deja el tema inconcluso.

El que no exista mención en la sentencia sobre la falta de Entrevista Única en Cámara Gesell, Pericia Psicológica, y sobre todo Reconocimiento Médico de la evaluación de la menor por Medicina Legal valiéndose únicamente de la mención a que la declaración en juicio y el informe psicológico y social -tanto por el centro de salud como por DEMUNA- son prueba suficiente, es una falta evidente, ya que no basta mencionar la Directiva que dispone lineamientos para el Desarrollo e Instalación de Audiencias realizadas en los Procesos Penales bajo los alcances del nuevo Código Procesal Penal, mediante el uso de videoconferencia y otros aplicativos tecnológicos de comunicación, Resolución Administrativa N° 084-2018-CE-PJ, sino ahondar en el valor probatorio que adquiere la declaración en juicio de la menor que reconoce al Imputado como su agresor, además de ser necesaria la motivación en cuanto

a por qué el Juez ha valorado que aun faltando las pruebas requeridas por Medicina Legal, ha dado crédito otras: pudo ser en razón a la lejanía, ausencia de peritos, o que al tratarse del 176° A C.P. no se hallaría desfloración u otro; sin embargo, la nula mención del tema resulta en una motivación, al parecer, insuficiente.

A tal fecha se encontraba vigente la segunda versión de la Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad Sexual y con la sola mención del verbo *introducir* se ha debido evaluar las posibles marcas o lesiones, por mínimas que fueran, que pudo tener la menor. Actualmente, desde 2021 se cuenta ya con la tercera versión de tal Guía. No pareciendo lógico que en la sentencia se mencione una resolución administrativa sobre uso de audiovisuales como válidos en el proceso penal pero no se haga mención de tales guías o de la Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales del 2016 que a tenor menciona que, en concordancia con la ley que previene, sanciona y erradica la violencia en contra de la mujer, de no ser posible la participación del médico legal sí es posible recurrir a otras instituciones de salud del Estado, por lo que el juicio valorativo del juez sobre los medios probatorios que no provienen de Medicina Legal, no tendría que suponerse sino señalarse de manera expresa en su sentencia.

En cuanto a la pena, solo en este acápite sí se ha realizado una valoración expresa de las razones por las que el juzgador ha ponderado rebajar la duración de la pena a 6 años y no lo requerido por Fiscalía, explicando la proporcionalidad que debe existir entre gravedad de delito y pena, además de valorar la condición de agente primario y la exigencia de que una pena sea resocializadora, considerando también que no se halló mayor daño psicosomático en la víctima. En cuanto a lo solicitado por el Ministerio Público en la reparación civil, se mantuvo en cinco mil soles por las razones que se expuso desde el requerimiento de acusación, que el juzgador consideró válidas.

11.8. Etapa de Impugnación

Conforme figura en el Exp. se ingresaron dos escritos de apelación, ambos dentro del plazo de ley. Sin que sus proposiciones de fondo se contradigan sino más bien mostrando puntos de complementación entre ambas. No obstante, se exponen y analizan por separado. Así:

La **Apelación presentada el 02 de setiembre del 2019** solicita la nulidad de la sentencia y absolución por duda razonable sobre la participación en los hechos, como pretensión principal. Y señala que la decisión del Ad Quo no estuvo debidamente motivada porque, en primer término incluso al identificar a la presunta persona agresora se tiene como cierto que desde el Informe psicológico de marzo 2018 hasta la misma declaración de la menor en juicio, la misma ha afirmado que su agresor vestía short jean y un polo blanco, mientras que el Imputado vestía pantalón jean y polo con rayas o puntos.

En este escrito se hace énfasis en que, de la propia declaración de la hermana se hace evidente la rencilla que esta tenía como el Imputado al señalar que él la enamoraba y al ella no darle importancia, el Imputado estuvo con otra menor de la cual se tuvieron los datos específicos. Incluso se introduce una alegación sobre una amenaza vertida presuntamente por la hermana que, según indica le dijo al Imputado que se iba a arrepentir al no hacerle caso. Ello puede desestimarse por parte del Ad quem pero, y lo indica el escrito de apelación: la razón por la que se hace mención es por la posible influencia de la hermana sobre la menor y ya que incluso en lo esencial -como la ropa que vestía el Imputado- se hallan vacíos, la motivación no parece suficiente. Además, indica la apelación que al no haber una pericia forense y que nunca se tomó la declaración en cámara Gesell pese a que obran las notificaciones, se ha juzgado sin tener la prueba suficiente pues *se habría tenido que utilizar los test que aporte conclusiones científicas del por qué la menor haya podido inventar o haya sido instruida por otra persona, como podría ser su hermana.*

Un aspecto importante se halla al final del punto 3.3. de la citada apelación ya que resalta que *al no haberse compulsado a la reconstrucción de los hechos*, un acto que resulta evidente tomando en consideración que se menciona incluso por parte del denunciante que el pueblo es pequeño y no tiene luz todo el

tiempo, sin haberse establecido ni el número de habitaciones, espacios entre ellas, así como otros aspectos importantes, la valoración de la prueba en la sentencia no ha obedecido a una actuación probatoria eficiente y por ende, a una ponderación válida.

Como se detalla en el punto 3.17 la sentencia ni si quiera menciona en su motivación el Acta de constatación que realiza el fiscal, cuando lo más importante era determinar con exactitud y precisión la iluminación de la casa, las distancias como entre la sala y el baño, si la puerta del cuarto de la menor tenía seguro, si tenía iluminación suficiente. Omitiendo todo al respecto en la sentencia porque no se realizó nada de ello.

Sobre la fijación de cinco mil soles como reparación civil indica que no se ha actuado prueba en concreto y tampoco presenta mayor motivación que asumir lo dicho por fiscalía en su pedido de daño moral, por lo que también carecería de validez.

Al indicar que la motivación sería solo aparente, pues la valoración de los medios de prueba no tendría un razonamiento lógico interno; o insuficiente por no pronunciarse por todos los puntos controvertidos, se solicita la nulidad del fallo.

La **Apelación presentada el 04 de setiembre del 2019** solicitando también se revoque la sentencia de primera instancia, determina que los errores se basan en sí en las interpretaciones erróneas del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, del tipo objetivo en cuestión, que no hay elementos periféricos que acrediten la declaración de la menor, así como que en conjunto no se sobrepasó la duda razonable.

Así, analiza los vicios in iudicando. Señalando que hubo incredulidad subjetiva por lo que la interpretación del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 que hizo el juez, sería errada al no motivar respecto a la influencia de la hermana sobre la menor, siendo que la hermana incluso increpó al Imputado estar con su amiga, lo que no se analizó como posible influencia de ella desde la primera

declaración. Respecto a la verosimilitud señala que el protocolo de pericia psicológica al Imputado no tuvo entre sus conclusiones que toque o roce con su cuerpo como acción lúbrica, libidinosa para su placer, por lo que el elemento subjetivo del tipo no se discutió si quiera. En cuanto a la evaluación psicológica de la menor tampoco se concluye si los problemas de la menor son producto de los hechos materia de investigación, por lo que no constituyen un medio periférico que pruebe la responsabilidad del Imputado. Desmerita también la valoración del Informe social ya que no puede corroborar la versión de la menor ya que la denuncia fue del padre, y el informe no fue ratificado por la encargada en juicio.

Respecto a la persistencia de la incriminación se refiere que a lo largo del iter procesal no hubo claridad ya que se dio a entender dos conductas delictivas ya que una se calificó como tocar o rozar y la otra, que no se puede equiparar a la primera, se sostuvo como Introducir el dedo. Por este mismo punto esta apelación cuestionó una interpretación errónea del Tipo 176-A C.P.

La apelación señala que tanto por el MP como el A quo señalaron Tocar, así como Introducir -es decir, tener acceso carnal- pero subsumen los hechos al 176-A CP sin que existan indicios de los tocamientos, mucho menos medios fehacientes e irrefutables que acrediten la acción de introducir el dedo en la vagina de la menor.

Finalmente, esta apelación señala que la sentencia cuenta con deficiencias en su motivación, ya que se motivaron indebidamente medios de prueba así como se interpretó erróneamente el tipo penal subsumiendo la conducta con un verbo rector inexistente para tal tipo, sin haber pronunciamiento sobre las contradicciones de las declaraciones, ni la irregularidad en la que se ha tomado la declaración de la menor recién en juicio, por lo cual no se habría vencido objetivamente la presunción de inocencia que es un derecho humano y constitucionalmente reconocido del Imputado.

La **Sentencia de Vista** de fecha 18 de diciembre del 2020 confirma la sentencia. Exponiendo de forma sintética que: la declaración de la menor cumplió con

los requerimientos de verosimilitud, no había odio o venganza de la menor al Imputado, su versión fue reiterativa en el tiempo contando que desde su evaluación psicológica hasta la audiencia identificó y sindicó al Imputado.

Respecto a la testimonial de la hermana, señala que la alegación en la apelación sobre un motivo espurio no tiene ninguna coherencia ya que la hermana a quien le contó lo que escuchó de la agraviada, fue a su padre. Señala el Ad quem que *el hecho de que la hermana mayor se le haya declarado y que si no lo aceptaba se iba a arrepentir no guarda el más mínimo análisis legal [sic], y solo está en la ente [sic] del acusado quien pretende utilizar su dicho – por cierto en ninguna forma acreditado- para enervar su responsabilidad.* Lo que mantiene un análisis lógico pero no menciona mayor análisis sobre lo demás, es decir, sobre la inferencia que se hace en apelación de las declaraciones reiterativas de la hermana mayor indicando que el Imputado era quien la pretendía y que ella al rechazarlo, estuvo con su amiga también menor de edad.

Se puede considerar válido el razonamiento de, que apoyados en que nunca se actuó una prueba que indicara que la hermana amenazó al Imputado con arrepentirse, no soporta el mínimo análisis lógico y solo queda en la mente del Imputado alegar esa frase como defensa. Pero, no se puede omitir que ha señalado un hecho incontrovertido: la hermana desde su primera declaración al imputado ha referido incluso haber visto que su amiga, menor de edad, tenía videos sexuales con el imputado en el celular de este. Sin hacer referencia al razonamiento de la defensa que niega tales hechos, mismos que no tienen tampoco una investigación o corroboración por parte del MP, inferir que la hermana pudo o no haber instruido a la menor, es lo que realmente debió fundamentar el Ad quem.

De otro lado, señala la STC de vista que *no es de recibo lo argumentado por la defensa en el sentido de que la pericia de la menor ha sido realizada por persona no idónea; pues tiene el título profesional de psicología y tiene diversos estudios sobre la especialidad; que se debe tomar en cuenta que es una menor de ocho años y evitar la re victimización.*

No obstante, el Ad quem no menciona ni sustenta la validez plena que cobran las evaluaciones realizadas por profesionales de Centros Públicos de Salud como es el caso de autos, ya que la Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales del 2016 refiere que en concordancia con la Ley N° 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (2015) de no ser posible la participación del médico legal, se puede recurrir a los Centros de Salud. Lo que ni el A quo ni el Ad quem señalan, limitándose a mencionar que el psicólogo en cuestión tiene título profesional y estudios de especialidad, cuando el fundamento legal no es ese sino la validez para tomar como medio probatorio su Informe al ser psicólogo no particular sino trabajador del Centro de Salud de Contamana.

En su punto décimo primero señala únicamente que *evaluados estos medios probatorios de acuerdo a las reglas de la sana crítica, a la luz de la experiencia y sobre todo aplicando los Criterios señalados por la Suprema en cuanto a valorar la declaración de una agraviada de delitos sexuales, de las demás testimoniales e incluso del Imputado, se llega a la conclusión de que los hechos se han producido y son responsabilidad del ahora sentenciado. Sin embargo, al no referirse siquiera a la identificación de la ropa que afirma la menor vestía el Imputado, muchos menos valorar de manera conjunta las pruebas sobre lo que pasó luego que la hermana salió a la sala y contó a su padre, sino qué realmente apoya lo que ocurrió en el cuarto -por ejemplo, mencionando al menos cómo la Constatación del domicilio sí sería suficiente para ya no pedir una Reconstrucción de los hechos- notamos que también se nota una argumentación vaga o aparente, la que en realidad no pondera los elementos especificados en la apelación.*

Finalmente, la STC de vista indica que el Juez interpretó de forma imparcial, proporcional y racionalmente las normas y lo actuado en el proceso, por lo que es coherente y suficiente la enervación de la presunción de inocencia del Imputado. Empero, no se hace una sola mención a los verbos rectores ni a la tipificación cuestionada, confirmando más bien el fallo condenatorio por el 176-A C.P. con la pena de seis años y la reparación civil de cinco mil nuevos soles.

Ante ello se interpone el **Recurso de Casación** bajo los supuestos de excepcionalidad del art. 427 del Código Procesal Penal CPP, para que se desarrolle doctrina jurisprudencial.

La primera causa la funda en subsumir hechos alegados consistentes en Introducir un dedo en la vagina de la menor, como si se tratara del delito de Actos contra el pudor, hoy Tocamientos indebidos- 176-A C.P. Bajo esta premisa, desde que los hechos no se adecuan a los elementos normativos del tipo -partiendo por su verbo rector- se ha afectado el Derecho de Defensa del Imputado pues la condena se basó en lo descrito por la acusación: una acusación que no cumplía con el Principio básico de Imputación Suficiente al adecuar los hechos al tipo penal invocado.

La segunda causa la plantea respecto a la declaración de la agraviada ya que durante toda la investigación fue notificada para brindarla en Cámara Gesell, pero no lo hizo, presentándose únicamente a la Audiencia de Juicio. El razonamiento que alcanza el recurso gira en torno a la validez que comportan las pruebas indirectas cuando nunca se efectuó la directa hasta el momento del juicio. Así, sin haber actuado la prueba en sí -la declaración de la menor- sino hasta el momento final del juicio, se afectó también el Derecho de Defensa del Imputado.

La tercera causa, ligada a la segunda, cuestiona si son válidas las corroboraciones periféricas de una prueba que en sí no se actuó sino durante el juicio. Infiriendo que si lo que se quería corroborar no fue actuado sino hasta el final, no resulta lógico ni válido que primero se corrobore y luego se actúe la prueba de cargo.

La imputación necesaria implica conocer claramente qué hechos imputan y a qué tipo penal corresponden; así como actuar una prueba directa recién en juicio oral imposibilita preparar una defensa ya que se desconoce el contenido. Lo cual sería una infracción constitucional por atentar con el Derecho de Defensa del imputado. El recurso de casación pormenoriza ello especificando que de hacerse una tipificación correcta, al analizar los hechos conforme el Acuerdo Plenario 2-2005 se habría concluido en la inverosimilitud en el relato pues tan

solo el Certificado Médico Legal que descartó cualquier lesión compatible con la Introducción de un dedo en la vagina de la menor, habría concluido en la absolución y no en la condena del Imputado. De otro lado, indica que se ha violado la propia naturaleza de nuestro sistema procesal que es uno garantista, pues al valorar las pruebas que debían *corroborar* una prueba directa -que es la declaración de la menor, la cual no se actuó sino hasta la audiencia de juicio oral- para fundamentar la imputación fiscal, el juicio de ponderación del A quo no respetó la regla de Sana Crítica y decantó en ilógico pues primero debió realizarse la declaración de la menor, en entrevista única de cámara Gesell como es lo normal, y luego sí corroborar el relato con todas las pruebas periféricas que se necesitaran, sin que este orden anómalo actuando solo en la audiencia de juicio oral la prueba de cargo, fuera valorado por el A quo o el Ad quem.

Siendo que los actuados se han analizado de manera crítica, detallado el iter procesal desde el conocimiento de la denuncia por el informe de la DEMUNA hasta la interposición del recurso de casación y el resumen de lo allí expuesto, es necesario abordar de manera separada toda la problemática observada:

12. PROBLEMÁTICA HALLADA Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO PROCESAL

En el caso tratado, hemos visto que a la interposición de la casación quedaron al menos tres interrogantes pendientes: tipificación, actuación de prueba de cargo solo en juicio oral siendo que ello implicó una imputación fiscal basada en pruebas periféricas, e incluso la falta de motivación en primera y segunda instancia sobre la valoración del Acta de Constatación y la alegada insuficiencia probatoria al no requerirse nunca una Reconstrucción de los hechos cuando ni siquiera se ha tenido determinado el número de cuartos, la distancia entre ellos y si era posible o no pasar de la sala al baño y a ellos en el tiempo que coincidieron todas las testimoniales entre “idas al baño” que no duraría más de tres minutos. Empero, a

parte de lo ya analizado, se ha verificado otra problemática puntual que se ha tenido a bien en separarla de acuerdo a:

12.1. Eximente incompleta y Pena

En el caso concreto los hechos datan de noviembre 2017 por lo que las modificatorias de 2018 tanto en el art. 176°A como en el 170° y 173° del C.P. que agravaban las penas, e incluso en el caso del delito genérico de violación no se tenía el supuesto de elevar la pena de 20 a 26 años si es que el agente se encuentra con la conciencia alterada sea por ebriedad o ingestión de drogas; siendo que ahora al encontrar alcohol de 0.5 gramos por litro de sangre, el imputado por violación tiene por la presencia de alcohol una suerte de agravante en su pena y no la eximente genérica que indica el código para el resto de delitos.

Ahora bien, tampoco estaba vigente la pena del 173° C.P. que después de 2018 conmina a una pena de cadena perpetua cualquier violación a un menor de edad; ni el 176°A que actualmente elevó la pena de 9 a 15 años. Dado que la tipificación se ha enmarcado sólo en el 176 A y en realidad debió corresponder al 173° por enfatizar desde la denuncia el acto de acceso carnal consistente en Introducir un dedo en la vagina de la menor, es necesario mencionar de manera general estos cambios del 170° 173° y no solo 176° A, porque dará la visión panorámica de lo que ocurrió en la gradación de pena particular del Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01.

A la fecha de los hechos estaba claro que no existía ningún tipo de agravante por estado de ebriedad; no obstante, pese a ser mencionado por todas las declaraciones, incluso formar parte no solo de los hechos precedentes, concomitantes sino de los posteriores determinados en la Acusación, jamás se hace un análisis de la correspondiente atenuación de pena prevista en el libro primero, título segundo y capítulo III del C.P.

Se determinó por parte de todas las declaraciones que antes de reunirse a tomar con el padre de la menor, el Imputado se encontraba consumiendo bebidas alcohólicas con otro trabajador del Centro de Salud desde las 16:30 horas. El cual era amigo del padre. Del relato del propio padre, cuando invita a seguir bebiendo dentro de su domicilio al Imputado era alrededor de las 18:30 horas y junto con él y otro señor de iniciales G.H. no paralizaron sino continuaron la ingesta de bebidas alcohólicas hasta que alrededor de las 21:30 horas la hija mayor del denunciante va a la sala y le dice a su padre que la menor estaba llorando y ha indicado que el Imputado entró y le tocó sus partes, donde el padre según su propio relato se sorprendió y solo les pidió que se retiraran sin llegar a golpearlo allí.

La presencia de la ingesta de alcohol incluso continúa luego de los hechos imputados, y en ello coincide el relato de todos los presentes porque tanto como afirma G.H., el Imputado y el propio denunciante, luego de salir de la casa del denunciante tanto G.H. como el Imputado van al bar del pueblo a continuar bebiendo y alrededor de las 22:30 llega el padre de las menores a increpar al Imputado y darle un golpe de puño.

Todo este relato no solo ha sido alegado por Fiscalía sino que se encuentra presente en ambas sentencias, de primera y segunda instancia. No obstante, ni el Fiscal ni el Juez han motivado la determinación de la pena excluyendo por alguna razón el hecho de la presencia en sangre sobre el alcohol que considerando han dado por válidos los relatos, fue una ingesta de alcohol de por lo menos cuatro horas y media -16:30 a 21:00 horas- sin reparos para ingerir comidas o hacer otras actividades que aclaran su estado de conciencia.

Es cierto que no obra en el Expediente una prueba de alcoholemia al Imputado, pero también lo es que ni siquiera en la primera Disposición fiscal se le pide o motiva por qué ya no sería factible pese a existir operaciones de cálculo, dado el tiempo entre la Disp. y los hechos -hechos del 25 de noviembre 2017 y Disp. del 06 de diciembre del 2017-. Por ello, al igual que se le ha dado crédito a todas las declaraciones sobre los hechos, se ha supuesto también que

había una presencia de alcohol en sangre el día de los hechos, probablemente mayor incluso a 0.5 gramos por litro de sangre.

Si bien no se determinó el grado exacto que tendría de alcohol por litro de sangre, las reglas de la lógica y la experiencia indican que su conciencia tenía al menos un grado ligero de alteración a causa de las horas de ingesta de alcohol. Por tanto, si bien no hubiera sido posible la aplicación del art. 20° CP respecto a la inimputabilidad por grave alteración de la conciencia, alteraciones de la percepción que afectarán su sentido de la realidad y su capacidad de autodeterminación, sí habría sido no sólo posible sino exigible que al imputarse un delito se motivara respecto a la eximente incompleta que existía por la ingesta alcohólica probada.

Así, siendo que el caso de autos se enmarca en diversa jurisprudencia que ha indicado la eximente incompleta o imperfecta cuando la anulación del juicio no es total pero sí se ha dado en algún grado y esto debe ser valorado, como indica por ejemplo el Recurso de Casación N° 997-2017/Arequipa que cita la Sentencia del Tribunal Supremo Español STSE 1765/2003 que ha venido siendo citada en todas las sentencias peruanas sobre la atenuación de pena que corresponde al Imputado en el caso de estar probado que tuvo una ingesta de alcohol que limitó o mermó en algún grado sus facultades. Correspondió tomarse en consideración este punto desde el Requerimiento de Acusación y no solo omitirse incluso en las sentencias.

12.2. Imputación Necesaria

Dentro de la calificación de los hechos realizada por el MP y luego validada por el PJ quien nunca se pronunció ni siquiera en la STC de vista sobre la tipificación que correspondía y los verbos rectores de los que se ha venido examinando en el capítulo II y II -análisis del desarrollo procesal-. Tenemos que el delito tipificado fue el 176° A CP, el cual a la fecha de los hechos se llamaba Actos contra el pudor en menor de edad.

De otro lado, diversa jurisprudencia, así como el Recurso de Casación N° 356-2020/Arequipa ha indicado claramente que la imputación necesaria o precisa, es una obligación del titular de la acción penal para que se pueda ejercer el derecho de defensa. Y el deber no solo consiste en determinar las proposiciones fácticas sino vincularlas debidamente a los elementos del o de los tipos penales que correspondan.

Así, para el 176° A CP encontramos que la base para su tipificación partía de un propósito del agente que fuera distinto a tener acceso carnal. Luego de ello podría verse el verbo rector de Tocar, pero no sin antes determinar que el propósito era diferente al acceso carnal. No obstante, el caso en cuestión parte de un ilógico planteamiento donde menciona el acceso carnal en la modalidad de introducción de una parte del cuerpo a la vagina de la víctima, pero se refiere a ello como Actos contra el pudor.

Desde la primera Disp. Fiscal se evita tipificarlo en el 173° o en el 176° A llamando el hecho *en calificación*, porqué de su primera proposición fáctica menciona el acceso carnal además de los tocamientos y era evidente que no podía tratarse del 176° A. Pero desde la Disp. 02 se optó por ella, aunque nunca llegara a aclararse cómo el acceso carnal encajaba dentro de un tipo que parte del supuesto de *el que sin propósito de tener acceso carnal*, fuera posible. Y ello obedece a razones que solo pueden ser supuestas y se abordarán como posición crítica personal al final del presente informe. Siendo únicamente incuestionable que al momento de evaluar la imputación necesaria del tipo enmarcado en el 176° A, la adecuación de hechos a los elementos tipo, no corresponde.

Como cita el Recurso de Casación N° 356-2020/Arequipa, el profesor Peña Cabrera incide no solo en la cautela a las garantías procesales que implica la imputación necesaria, sino incluso la base del derecho que es el Principio de Legalidad Material. Sin respetarse el Principio de Legalidad, más allá de la resolución y la afectación a individuos concretos, es el orden del Estado Constitucional de Derecho lo que se ve amenazado.

12.3. Principios de lógica y de sana crítica

En cuanto a la aplicación de los principios de sana crítica racional y de lógica, tomando en consideración el Recurso de Casación N° 1952-2018/Arequipa que ha explicitado que pesa sobre el juez la responsabilidad de determinar qué grado de credibilidad y eficacia tienen los testimonios, pero no por separado sino como una valoración conjunta con las demás pruebas que se tengan para buscar en sí la verdad material.

Por ello, en el caso concreto se puede apreciar que hubo en apariencia una sana crítica del A quo y el Ad quem al momento de otorgar credibilidad a los testimonios tanto de la menor como de su hermana, padre y el psicólogo del centro de salud que ratifican que esta menor dijo esa misma noche de los hechos que fue tocada indebidamente por el Imputado y lo sostuvo a través del tiempo. No obstante, la apariencia radica en que ningún juzgador realizó la valoración primero individual y luego conjunta -con los demás medios de prueba- ya que ni siquiera estaban actuados los medios de prueba urgentes y necesarios como serían el acta de reconstrucción de los hechos, algún tipo de peritaje que más allá de la suposición del fiscal pudiera acreditar que se podía a ingresar a los cuartos de las menores en un lapso de tiempo que se determinó entre 3 minutos para ir de la sala a los servicios higiénicos, la luz que tenía o no el cuarto para permitirle a la menor poder identificar a quien ingresara en él, entre otros. Incluso la razón por la cual el juez considera que el Acta de Constatación fiscal fue suficiente, debió mencionarse y no dejarse como mera suposición. Y ello no implica de ninguna manera desacreditar el testimonio de las víctimas sino cumplir con los requisitos del Acuerdo Plenario 2-2005 sobre la corroboración periférica.

Aún más, siguiendo con la Casación N° 1952-2018/Arequipa se hizo caso omiso a todas las normas y recomendaciones que a la fecha de los hechos preferían una declaración en Cámara Gesell, sin mencionar más que en la sentencia de primera instancia que: según una resolución administrativa, era perfectamente válido que la niña agraviada declarara en juicio y pudiera identificar a su

agresor mediante whatsapp. Considerando que la Casación N° 1952-2018/Arequipa señala en su fundamento 14:

[E]l juez debe determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria de los medios de prueba, en particular de las declaraciones testimoniales. **Tratándose del testimonio de niños, han de estimarse con especial cuidado, las circunstancias del caso y sus condiciones especiales. Por ello, es relevante el uso de la cámara Gesell, como contexto calificado en la toma de la declaración.** Para el debido relevamiento y valoración de tal información aportada por el declarante, se debe considerar su edad y grado de desarrollo sicosocial, la proximidad con el evento narrado, el entorno social y familiar en el que se desenvuelve, la posible presión o condicionamiento que rodea el testimonio, la existencia de una secuela traumática o de estrés, su capacidad de memoria o narrativa y, en general, sus condiciones personales. (Recurso de Casación N° 1952-2018/Arequipa, fund. 14). (Resaltado nuestro).

Así, respecto a la sana crítica y la lógica que debieron estar presentes en ambas sentencias, no solo resalta lo alegado por el Imputado en su apelación sobre la ilogicidad del fiscal sobre valorar las pruebas corroborativas de una prueba de cargo que solo se dio en audiencia de juicio, sino la falta de motivación del juez al nunca mencionar por qué ha valorado como un contexto calificado en la toma de declaración de una menor de edad no a la cámara Gesell a la que fue citada en múltiples ocasiones, sino al mismo juicio.

12.4. Motivación suficiente

El propio Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia, como la sentencia recaída en el Recurso de Agravio Constitucional, Exp. N° 07025-2013-AA/TC, ha dejado sentado que el deber de Motivación suficiente “prohíbe a los jueces dejar sin contestar una o varias pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial ya que ello generaría indefensión” (fund. 6). Así, la motivación suficiente “en la concepción de este Tribunal, se refiere,

básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada” (fund. 8).

Por tanto, además de lo analizado sobre la falta de pronunciamiento en la STC de vista sobre el relato incongruente respecto a la identificación, es decir cómo iba vestido el Imputado, por parte de la menor que señaló desde inicio que vestía short y polo blanco, cuando nunca se objetó que él vistiera jean y polo con rayas y punto negros; sumado a la ausencia de motivación respecto a la constatación fiscal del domicilio y cómo ello probaría el relato de la menor y no el del Imputado; la razón por la que no se valoró como contexto calificado para la toma de declaración la Cámara Gesell sino la audiencia de juicio oral; entre otros, se notaría que los jueces de la Sala Superior dejaron sin contestar más de una pretensión del Imputado.

De otro lado, también se ha podido verificar que en cuanto a la motivación de las decisiones del MP existen otras cuestiones, por ejemplo:

12.4.1. Motivación de las decisiones Fiscales

Dentro del nuevo modelo, garantista y no inquisitorio, siendo que el Fiscal cumple en la investigación un rol de dirección, se supone que actúa en cabal cumplimiento de sus atribuciones, así:

El Fiscal realiza o manda a ejecutar los actos de investigación que correspondan. **No solo indaga las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.** (Ministerio Público, s.f., inc. 2). (resaltado nuestro).

Pero de lo revisado en el caso, no solo resalta lo alegado por el Imputado en su apelación sobre la determinación de Fiscalía de imputar un delito sin contar con la prueba de cargo, es decir la declaración directa de la menor, sino solo con las sucedáneas. Sino de solo indagar en

circunstancias para corroborar su tesis y no la atenuación de la responsabilidad que le imputaban.

Puede entenderse que las pruebas corroborativas llegarán antes de la Entrevista Única en cámara Gesell si fuera el caso que Medicina Legal les propusiera una fecha posterior a las diligencias como la declaración del padre, de la hermana. No obstante, el Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 contiene un dato sobre las fechas de la declaración del padre y la primera acta de “inconcurrencia” para la declaración en Cámara Gesell que resulta alarmante:

Se tiene que la carpeta fiscal N° 2506054500-2017-420 contiene la primera declaración del padre de la menor agraviada, en fecha 19 de enero del 2018 a horas 9:40 de la mañana. Pero con misma fecha y mediante tan solo 36 minutos tanto para tomar esa declaración como para apersonarse con todos los involucrados a la Cámara Gesell y recabar la prueba principal en este tipo de delitos, la declaración de la menor, obra un Acta de Concurrencia -del mismo 19 de enero del 2018 peor a las 9:40 de la mañana- en la que se indica que por falta del Imputado y su abogado *pese a haberseles notificado* no se puede llevar a cabo. Ahora bien, la declaración del padre sí estaba prevista en la Disp. 01 del 06 de diciembre del 2017, pero allí no obra ninguna citación o referencia sobre la Entrevista Única a llevarse a cabo; es más, ni siquiera califica el delito en tal Disp. 01 limitándose a describir los hechos y mencionando que se encuentra *en calificación*. Por ende, además de las horas -36 minutos entre dos diligencias fundamentales como la declaración del padre de la menor y denunciante de los hechos, así como la instalación de los presentes para la Entrevista Única en Cámara Gesell- no se tiene prueba alguna de que se le haya notificado al Imputado o a su abogado -quienes en tal fecha no estaban apersonados-.

Lo anterior permite deducir que luego de tomada la declaración del padre de la menor, el fiscal determinó su juicio no para una búsqueda

imparcial de la verdad que conllevarían más actos de investigación que solo tomar declaraciones, sino que decidió recabar únicamente los elementos probatorios de su tesis de imputación. Caso contrario, diligencias que resultan evidentes como la de Reconstrucción de los hechos para corroborar junto a las partes los tiempos entre ir de la sala al baño, del baño a los cuartos, verificar el tipo y calidad de luminosidad para distinguir qué persona se encuentra en el cuarto, así como verificar podía o no cerrarse por dentro, entre otras características importantes, habría sido solicitado mucho antes de proceder a la acusación.

De otro lado, la determinación del juicio por parte del MP no como un conductor de la investigación sino para recabar los elementos que le permitan acusar, lo vemos también la declaración de investigación compleja cuando es evidente que no se trata de la causal indicaba -falta de numerosas pruebas en distintos lugares- sino dos únicamente: la declaración del primer amigo con quien estuvo ingiriendo bebidas alcohólicas el Imputado, así como la entrevista en cámara Gesell a la menor que pese al tiempo y las citaciones posteriores que sí se hicieron con arreglo a ley -desde la Disp. 02- no se podían llevar a cabo por la inconcurrencia de la menor. Así las cosas, la propia Disp. de investigación compleja puede reflejar la actitud del MP en contra de su atribución sobre *No solo indagar circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad*, sino la falta de motivación suficiente que han tenido las Disposiciones y Requerimientos fiscales.

12.4.2. Motivación de las decisiones Judiciales

Además de lo mencionado en distintas etapas durante el análisis crítico del desarrollo procesal al inicio del presente capítulo, es importante señalar que también hubo otros puntos que quedaron en cuestión. Por ejemplo, para fundar su sentencia, el A quo remarcó el Protocolo de

Pericia Psicológica por parte de Medicina Legal donde una vez examinado el Imputado se concluyó que:

- *Clínicamente estado mental conservado, sin indicadores de alteración que lo incapacite para percibir y valorar su realidad*
- *Clínicamente rasgos de personalidad narcisista*
- *Clínicamente frente a la denuncia, actitud poco colaboradora. No asume comisión de un delito, tendencia a la no exploración, actitud evasiva: minimiza, justifica, desplaza a otros eventos poco vinculados.*
- *Actitud hermética con inadecuada evaluación para reflexión y sentimientos de culpa.*
- *Refiere preferencias heterosexuales.*
- *Presenta inmadurez psicosexual.*

Sirviendo estas conclusiones como parte del sustento de la sentencia condenatoria; no obstante, desde la Disp. 03 es decir la Disposición que Formalizó la Investigación, el fiscal del caso indicó de manera expresa e indubitable que tal protocolo era una diligencia A EFECTO DE DETERMINAR SI EL IMPUTADO TENÍA UNA DESVIACIÓN SEXUAL.

Las conclusiones aportadas por el perito de ML nunca indicaron que existía una desviación sexual del Imputado. Resulta extraño pensar que después de una evaluación psicológica cualquier persona va a tener una especie de diagnóstico que lo caracterice con términos como Normal, Sobresaliente, Incapaz de realizar actos delictuosos, por ende, no es lógica la constante valoración de conclusiones generales como *poco colaborador, actitud hermética, o rasgos de personalidad narcisista, o inmadurez psicosexual*, para equiparar ello a tener una desviación sexual o fundar el juicio condenatorio en su contra. Al imputado no se lo ha juzgado por no ser una persona con el equilibrio emocional, mental y moral idóneos, sino que se le imputa agredir sexualmente a una menor de edad y ello no se puede suponer; por tanto, ya que fue el propio fiscal quien solicitó la prueba pericial sobre el imputado para determinar si

tenía o no una desviación sexual, al no encontrarla tenía que valorar este hecho a favor del investigado. Del mismo modo los magistrados del PJ, lo cual no se dio.

Por otro lado, toda la motivación tanto fiscal como judicial ha obviado un tema fundamental y es la identificación del agresor. Porque ya que si bien se ha corroborado que la menor ha sostenido su versión sobre indicar el nombre del Imputado y que entró a su cuarto, tocándole e introduciendo el dedo en sus partes íntimas; ni el MP ni el juez de primera instancia se han preocupado siquiera por determinar cómo iba vestido el Imputado el día de los hechos, si en el cuarto alegado había luz o si esta estaba prendida o apagada para que una menor de 8 años pudiera discernir quién entró o si esta sufre alteraciones del sueño o algún otro hecho que resultara clave. Más aún porque la menor señala desde que fue evaluada por el psicólogo del centro de salud, cómo iba vestido su agresor y esa descripción no concuerda con lo recabado en Fiscalía por la declaración del Imputado, tema que jamás fue discutido o puesto en duda: al salir del trabajo fue a tomar con un amigo del Hospital, ambos trabajaban como médicos; al ir a la casa del padre de las menores estaba vistiendo pantalón jean azul y polo con rayas o puntos negros; por ende, que la menor señalara reiteradamente que su agresor vestía SHORT y polo blanco, merecía al menos la intervención de la Sala afirmando por qué consideraron estaba plenamente identificado aunque la ropa no concordaba.

12.5. Cuestiones procesales del caso en concreto

Otras cuestiones a tener en consideración respecto al desarrollo procesal se han separado en:

12.5.1. Declaración de investigación-proceso Complejo

Se ha visto en el quehacer cotidiano que el MP suele necesitar más tiempo para recabar el resultado de sus diligencias, debido por ejemplo a temas como la carga que afrontan, los recursos limitados o el caso que se ha visto en autos: el tratarse de un pueblo alejado y de acceso no tan

fácil, tomando en consideración que el funcionario del MP debía desplazarse vía fluvial para llegar al poblado de Tiruntán donde ocurrieron los hechos. Empero, el código correspondiente tiene plazos establecidos y respetarlos es una obligación garantista.

Se vulnera el debido proceso cada vez que, por supuestos no legales, aunque reales como los expuestos arriba -carga, falta de recursos, distancia- se amplían los plazos de investigación para esperar resultados que fundamenten una posible acusación en lugar de utilizar los plazos para la búsqueda de la verdad material.

Encontramos que en el Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 no se presentó un Control de Plazos y el Fiscal responsable al declarar compleja la investigación, tampoco aplicó correctamente el supuesto del art. 342° numeral 3 CPP que claramente indica que de manera EXCEPCIONAL se podrá solo cuando:

- a) requiera de la actuación de una **cantidad significativa de actos** de investigación.
- b) involucra llevar a cabo diligencias **en varios distritos judiciales**.
(Código Procesal Penal, art. 342°). (Resaltado nuestro).

Ya que solo faltaban 2 diligencias ordenadas por fiscalía: una declaración, que en realidad nada podía aportar porque a quien se citaba era al médico con quien estuvo tomando bebidas alcohólicas antes el Imputado, tema que él reconoció, que el padre de la menor también reconoció. Así como la Entrevista Única en cámara Gesell, que había sido frustrada ya en otras ocasiones pese a que se dispuso con anterioridad correr exhorto en Pucallpa pues la niña cursaba estudios allí y ya no en Contamana.

Así no hubo ni cantidad significativa de actos de investigación ni varios distritos sino dos diligencias que no se actuaron porque las partes no

concurrieron y no porque su actuación involucrara diligencias complicadas o que llevaran más tiempo. Por lo que el JIP nunca debió conceder tal ampliación de plazo a 8 meses más, lo que además evidencia cómo han sido vulnerados de forma repetida los derechos de defensa del Imputado.

De otro lado, esta declaración de complejidad vista en retrospectiva es bastante vejatoria, más aún porque si los jueces hubieran cumplido con su obligación de motivar la sentencia en el extremo de responder a todas las pretensiones de la apelación, se tendría que haber valorado la extraña fecha del Acta de Concurrencia de fecha 19 de enero del 2018 para la toma de declaración de la menor acompañada por su padre en cámara Gesell, 36 minutos después que su padre hubo declarado, para hacer valer la declaración en juicio de una menor que luego fue citada en otras ocasiones incluso cursando exhorto a Ucayali y por la que se dispuso 8 meses más para que el fiscal pudiera seguir recabando pruebas no para hallar la verdad material sino una sustentación de su requerimiento de acusación.

12.5.2. Cuestiones sobre Recursos

Es importante mencionar que en el caso en cuestión se presentaron dos escritos de apelación, ambos dentro del plazo fijado por ley. La resolución que concede la apelación lo hace proveyendo ambos escritos al mismo tiempo y lleva la indicación de que se proveen ambos en fecha 09 de diciembre, pese a que fueron presentados el 02 y 04 de setiembre, en razón a las vacaciones del especialista, licencias por paternidad, por enfermedad de pariente e incluso huelgas de trabajadores del PJ.

Si bien puede deberse a que se hubo proveído 5 meses después, que no se hizo mención acerca de cuál de las dos apelaciones iba a ser considerada, ni se le solicitará al Imputado señale algo al respecto, solo la primera menciona la casilla electrónica a la que debe notificarse, la

segunda, aunque firmada por otro letrado, no señala domicilio procesal o casilla distinta. Por tanto, se encuentra que respecto a la validez de los argumentos expuestos dependerá de la oralización de ellos al momento de la Audiencia respectiva, pudiendo sin ningún perjuicio basarse en ambos ya que no se contradicen, sino que se complementan.

En cuanto al recurso de casación, encontramos que se interpuso dentro del plazo, además responde al art. 427° respecto de su procedencia de manera excepcional porque efectivamente quedaron diversos puntos necesarios para el desarrollo jurisprudencial que la Suprema ha podido aclarar: en todo el séquito procesal nunca llegó a determinarse cómo una imputación es válida si los actos imputados se condicen con el tipo penal: el 176°A indica que es requisito para encontrarse en este supuesto el no tener propósito de acceso carnal, pero una forma de acceso carnal prevista y regulada en nuestro ordenamiento, jurisprudencia y doctrina es precisamente el Introducir una parte del cuerpo -en este caso la alegación sobre introducir un dedo – en la vagina de la víctima. Resulta evidente que no solo hay un verbo rector que debió enmarcarse en otro supuesto penal, 173° CP, sino que la propia acción de tener acceso carnal introduciendo un dedo en la vagina de la menor ya descarta el art. 176 A CP.

Sumado al tema de la tipificación, y su consecuente análisis de imputación necesaria, también se encuentra razonable el desarrollo jurisprudencial respecto a la inasistencia repetida de una menor para declarar en Cámara Gesell y por qué aun así resulta pertinente que su declaración en Audiencia cobre plena validez, ya que del Exp. N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 solo hemos encontrado la remisión a una Resolución Administrativa sobre el uso de videoconferencia y medios digitales, lo cual de ninguna manera reemplaza al desarrollo jurisprudencial que merece aclarar que, aún tratándose de menores y sin dejar de lado lo jurisprudencialmente establecido en Sentencias como la del Recurso de Casación N° 1952-2018, la cámara Gesell sigue siendo el contexto

calificado para tomar la declaración de un niño, pero pueden existir excepciones fundamentadas.

Además, respecto de la necesidad de que primero se actúe la prueba principal, como es la declaración de la menor, y luego ella pueda ser corroborada con otras pruebas o indicios suficientes, también consideramos que cabía un pronunciamiento por parte de la Suprema para nutrir la doctrina jurisprudencial y aclarar hasta qué punto es lógico y permisible y en qué otro es una evidencia de que el MP puede incumplir o incluso podría *maquillar* plazos -declarando una investigación compleja, por ejemplo- cuando se ha determinado a acusar y no cumple con declarar el Sobreseimiento ya que culminado su plazo, no cuenta con mayores medios probatorios que venzan la presunción de inocencia que debe respetársele a todo denunciado.

13. Posición Personal

El caso ha tocado una materia en extremo delicada, los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores de edad. Por ello se explica, de manera general, que en aras de evitar la impunidad que aún se reclama como muy presente en el territorio nacional desde la perspectiva objetiva de organismos internacionales como Naciones Unidas, se tienda a flexibilizar el desarrollo procesal con tal de asegurar se cumplan las penas previstas ante las agresiones cometidas contra niños. Sin embargo, esta flexibilización no pasa por un abuso en contra de las garantías procesales sino una adecuación del proceso, por ejemplo, en el caso de prueba única, dotándola de los requisitos mínimos por las cuales cobra credibilidad.

Lo visto en el caso supera el margen, comenzando por la base de toda imputación que es la debida tipificación. Sumado a ello todos los aspectos expuestos en este tercer capítulo denota que, bajo el sustento de evitar la impunidad, no se ha respetado ni siquiera el derecho de defensa que asistía al Imputado.

Se ha analizado ampliamente el tema referido a los verbos rectores y la tipificación de los art. 170° 173° y 176°A del CP. Pero en este apartado es necesaria la

mención de un elemento que consideramos de fondo: la tipificación se forzó en el 176°A porque de hacerse por el tipo correcto, el 173° CP, los medios de prueba hubieran determinado un fallo absolutorio:

El examen médico de la menor fue concluyente al indicar que no presentaba ninguna lesión ni menos aún desfloramiento, lo que descartaba de plano la violación sexual.

Sin haberse logrado la declaración de la menor en el medio que la jurisprudencia y las máximas de lógica y experiencia señalaban como el calificado: la entrevista única en cámara Gesell, la fiscalía armó su caso con las pruebas que tenía, mismas que no iban a ser suficientes para comprobar una imputación por violación de la libertad sexual.

No solo se mencionó por parte de la hermana menor, el padre, el psicólogo evaluador y la asistente social en sus informes, sino de la declaración en juicio de la niña: los actos que denuncia no se limitaron a tocar sus partes íntimas por encima del short sino que ha señalado que su agresor Introdujo su dedo DENTRO de su vagina. Y ello mismo se ha recogido en todas las disposiciones fiscales, incluso en los hechos de la Acusación. Pero se optó por la tipificación del 176° A, actos contra el pudor, ya que el tocamiento que señala su redacción, no necesita prueba física.

Si el fiscal encargado hubiera procurado cumplir sus atribuciones dentro de los plazos, de forma adecuada, obraría en la carpeta fiscal el acta no de inspección de domicilio sino de reconstrucción de los hechos, ya que el Imputado en todo momento indicó que solo fue al baño y era menester determinar si la distancia entre la sala, los cuartos, el baño, así como las condiciones de luz y otras como el seguro de la puerta podían corroborar que lo dicho por el Imputado.

Además, pese a que el fiscal recibió la declaración del imputado cuando tenía a la vista el informe psicológico de la menor donde se detalle que ella ha narrado al psicólogo que vio a su agresor son short y no con pantalón jean, dio por corroborada la versión sobre la vestimenta del Imputado no volviendo a

mencionar ello a lo largo de sus actuaciones en el proceso. Si la atribución del MP consiste en dirigir la investigación no para recabar pruebas que utilice en su acusación sino todas las que permitan determinar si realmente existe responsabilidad por parte del investigado o incluso si existieran causas de atenuación de su pena, no es entendible que no valorara ese pequeño pero importante detalle acerca de la identificación del presunto agresor.

En cuanto a la declaración de complejidad del proceso, se hace evidente que no mereció un estudio de fondo por parte del JIP porque de ser así ante solo una prueba faltante, la declaración en cámara Gesell, la que había sido ya solicitada en numerosas oportunidades, en lugar de conceder el plazo de 8 meses más, habría solicitado el requerimiento respectivo de la Fiscalía el cual no sería sino el Sobreseimiento al no hallarse los elementos suficientes que acrediten, dentro de los plazos de la investigación, la responsabilidad del Imputado. Por tanto, encontramos que la declaración de proceso complejo vulneró el debido proceso en cuanto al plazo razonable

No parece obedecer a un error en la tipificación del fiscal el llamar al acceso carnal - en su modalidad de introducir un dedo en la vagina de una menor- actos contra el pudor, sino, en la audiencia de control de acusación incluso el juez habría podido ordenar otorgue nueva calificación. El error en la tipificación, consideramos, se basa en el resultado del certificado médico legal que no arrojó lesiones de ningún tipo.

De otro lado, ante la cuestión de si *introducir* un dedo o parte del cuerpo puede llegar a ser un tocamiento indebido, existe un punto que no ha sido ni abordado por fiscalía ni el Poder Judicial y es la profundidad, tiempo o duración, que señale la víctima. Así, consideramos que de haberse actuado de manera diligente la entrevista única en cámara Gesell, el fiscal habría podido realizar su requerimiento acusatorio -si es que decidiera no optar por el sobreseimiento que consideramos era posible de llevarse a cabo la reconstrucción de los hechos- con una tipificación principal y otra alternativa o subsidiaria. Lo que habría revestido el proceso de una mayor garantía al derecho de defensa de la contra parte.

Si bien se supone la imparcialidad en la dirección de una investigación hasta el requerimiento pertinente, sea el de acusar o pedir el sobreseimiento, la falta de diligencias y actos de investigación como el simple hecho de constatar si en el cuarto de la menor pudo haber luz suficiente -ya que incluso queda corroborado que el pueblo no tiene luz sino hasta las 18:30 horas y por reglas de experiencia, no es poco probable que a ciertas horas en la noche se sufra de cortes o no todas las viviendas posean luz adecuada- nos llevan a pensar en que hubo una autodeterminación en acusar, incluso sin verificar si existían posibles causas de atenuación de pena, como fue el caso por la ingesta de alcohol que hubiera constituido una eximente incompleta.

Es urgente evitar la impunidad en materia de delitos contra la libertad sexual, llamados también delitos clandestinos por la difícil probanza a raíz de las pocas pruebas con las que cuenta, incluso a veces siendo la única la declaración de la víctima, pero ello sin la investigación diligente dentro de los plazos adecuados, no es una búsqueda contra la impunidad sino un abuso del *Ius Puniendi* sobre todo aquel que sea investigado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Se ha observado que la tipificación del Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01 no ha sido la adecuada y se ha enmarcado en el artículo 176-A primer párrafo, numeral 2, Actos contra el Pudor en agravio de menor de 14 años, que estaba vigente a la fecha de los hechos en noviembre 2017; frente al 173° Violación Sexual de Menor de 14 años, por motivos que no responden a la imputación necesaria.

SEGUNDA: Se ha determinado que los elementos normativos del tipo enmarcado en el artículo 176-A primer párrafo, numeral 2, Actos contra el Pudor en agravio de menor de 14 años, no contienen el verbo rector Introducir y se estaría forzando una adecuación de los hechos al derecho el Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01.

TERCERA: Se ha establecido una serie de cuestiones problemáticas de índole sustantiva así como de índole procesal, en el Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, entre ellas haber existido una eximente incompleta por el estado de embriaguez del imputado, una indebida declaración de complejidad del proceso, así como una motivación aparente tanto en las disposiciones y requerimientos fiscales así como de las resoluciones judiciales.

CUARTA: Se ha adoptado una posición crítica respecto a lo acontecido en el Expediente N° 00159-2018-0-1906-JR-PE-01, concluyendo que el derecho a la defensa pudo haber sido violado, lo que más allá del caso en concreto, significa una amenaza al Estado Constitucional de Derecho que por perseguir, como es necesario, los delitos contra la libertad sexual, evitando cualquier tipo de impunidad puede llegar a violar garantías procesales y la presunción de inocencia que son base la base de nuestro sistema de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andina Agencia de Noticias. (2019). *Dictan cadena perpetua para sujeto que abusó de niña en Loreto*. Publicación en Diario digital de fecha 20 de agosto del 2019. Disponible en <https://andina.pe/agencia/noticia-ac/noticia-dictan-cadena-perpetua-para-sujeto-abuso-nina-loreto-764081.aspx>

Arela Apaza, G., y Choqque Ojeda, R. (2019). *Necesidad de una Imputación Concreta como Garantía del ejercicio de Derecho de Defensa en el Distrito Judicial de Arequipa, Año 2018*. [Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Universidad Tecnológica del Perú] Repositorio de la UTP.

Becerra, K. (2020). Investigación cualitativa crítica y derecho: análisis de su rol en la academia chilena y un estudio de caso. En *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica Del Derecho*, 7(1), pp. 149–176. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.55375>

Briones, G. (1996). *Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales, vol. 3 de Programa de Especialización en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social*. ICFES Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.

Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N° 635. (8 de abril de 1991). Normas Legales. Diario Oficial El Peruano.

Carpeta Fiscal N° 2506054500-2017-420. Ministerio Público (2017). Distrito Judicial de Loreto.

Código Procesal Penal Peruano, Decreto Legislativo N° 957. (29 de julio de 2004). Normas Legales. Diario Oficial El Peruano.

Disposición Fiscal N° 01. Ministerio Público (2017). Carpeta Fiscal N° 2506054500-2017-420. Distrito Judicial de Loreto.

Disposición Fiscal N° 03. Ministerio Público (2018). Carpeta Fiscal N° 2506054500-2017-420. Distrito Judicial de Loreto.

Disposición Fiscal N° 07. Ministerio Público (2019). Carpeta Fiscal N° 2506054500-2017-420. Distrito Judicial de Loreto.

Expediente 00186-2016-I-1826-jr-pe-03, Sentencia de Segunda Instancia, emitida el 16 de mayo de 2016. Sexto Juzgado Unipersonal de Lima.

Fiscalía de la Nación Ministerio Público. (2012). *Guía Médico Legal Evaluación de la Integridad Sexual, 2da versión*. Instituto de Medicina Legal del Perú.

Fiscalía de la Nación Ministerio Público. (2016). *Guía Médico Legal de Valoración Integral de lesiones Corporales*. Instituto de Medicina Legal del Perú.

Fiscalía de la Nación Ministerio Público. (2021). *Guía Médico Legal Evaluación de la Integridad Sexual, 3ra versión*. Instituto de Medicina Legal del Perú.

Ley N° 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (2015). Normas Legales. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio Público del Perú. (S.f.). *Ministerio Público en el NCPP, Atribuciones y Obligaciones*. Disponible en https://www.mpf.n.gob.pe/elfiscal/fiscalia_ncpp/#:~:text=El%20Fiscal%20realiza%20o%20manda,las%20medidas%20que%20sean%20necesarias.

ONU, Organización de Naciones Unidas. (2022). *Comunicado de prensa del Sistema de las Naciones Unidas en el Perú Ante los casos de abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes, 21 abril 2022*. Disponible en <https://peru.un.org/es/178888-ante-los-casos-de-abuso-sexual-contra-ninas-ninos-y-adolescentes>

Recurso de Casación N° 1313-2017/Arequipa, Sentencia emitida el 29 de mayo del 2018, Motivación aparente. [Acepción término “chupar” sin atender otros elementos sobre configuración del delito de violación y no tocamientos]. Ponente Iván Alberto Sequeiros Vargas. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Casación N° 2386-2021/Huánuco, Sentencia emitida el 29 de abril del 2022, Delitos de actos contra el pudor, Elementos típicos. Ponente César San Martín Castro. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Casación N° 482-2016/Cusco, Sentencia emitida el 23 de marzo del 2017, Análisis de ilogicidad en la motivación. [Ilogicidad en la motivación en delito de actos contra el pudor]. Ponente César San Martín Castro. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria.

Recurso de Casación N° 541-2017/Del Santa, Sentencia emitida el 25 de octubre del 2018, El delito de actos contra el pudor en menor. [Orientación subjetiva del agente en los delitos de violación sexual y actos contra el pudor]. Ponente Zavina Chávez Mella. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Casación N° 997-2017/Arequipa, Sentencia emitida el 10 de mayo del 2018, Femicidio y eximente imperfecta de embriaguez. [Sobre la eximente incompleta de embriaguez]. Ponente César San Martín Castro. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Casación N° 356-2020/Arequipa, Sentencia emitida el 28 de octubre del 2020, Principio de Imputación Necesaria. Ponente Sequeiros Vargas. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Casación N° 1952-2018/Arequipa, Sentencia emitida el 10 de mayo del 2018, Valoración individual e integral de la prueba Testimonio de menores de edad [Sobre sana crítica racional y lógica]. Ponente Figueroa Navarro. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

STSE N° 1765/2003, Sentencia del Tribunal Supremo Español Sentencia emitida el 26 de diciembre del 2006. [Sobre la eximente incompleta de embriaguez]. Ponente Miguel Colmenero Menéndez De Luarca. Segunda Sala del Tribunal Supremo Español. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/609bed1be6397d87#>

Recurso de Agravio Constitucional, EXP. N° 07025-2013-AA/TC Loreto, Sentencia emitida el 09 de setiembre del 2015. [Sobre Motivación Suficiente]. Tribunal Constitucional Peruano.

Recurso de Nulidad N° 1506-2016/Ica, Sentencia emitida el 14 de setiembre del 2017, Desvinculación procesal. [Tipo penal homogéneo de menor entidad lesiva, de violación a actos contra el pudor]. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria.

Recurso de Nulidad N° 1667-2017/Lima Norte, Sentencia emitida el 01 de octubre del 2018, Motivación aparente. [Lesión extragenital por fricción permite concluir intento de violación]. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Nulidad N° 2013-2017/Lima Este, Sentencia emitida el 18 de enero del 2018. [Reconducción de violación sexual a actos contra el pudor en víctima menor de edad]. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Nulidad N° 2289-2011/Lima, Sentencia emitida el 20 de enero del 2012, Motivación aparente. [*Acceso carnal como elemento del delito de violación y diferencia son otro delito*]. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria.

Recurso de Nulidad N° 5050-2006/La Libertad, Sentencia emitida el 23 de abril del 2007, Motivación aparente. [*El elemento objetivo del delito de Actos contra el pudor demanda contacto corporal con denotación sexual*]. Ponente César San Martín Castro. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Recurso de Nulidad N° 515-2019/Junín, Sentencia emitida el 05 de noviembre del 2019. [*Tocamientos; se debe valorar de forma individual y conjunta los medios de prueba*]. Ponente Aldo Figueroa Navarro. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.

Ticona Zela, E. (s.f.). *Teoría de la Tipicidad, diapositivas presentadas en la Escuela del Ministerio Público Fiscalía de la Nación*. Disponible en https://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf

Tixi Torres, D., Machado Maliza, M., y Bonilla Villa, C. (2022). El juicio de tipicidad y su importancia jurídica en sentencias de carácter penal en el Ecuador. En *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 9(spe1), 00095. DOI: <https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.3005>

Vasilachis de Gialdino, I. (coord.), Ameigeiras, A., Chernobilsky, L., Giménez Béliveau, V., Gialdino, M., Mallimaci, F., Mendizábal, N. y Suárez, A. (2019). *Estrategias De Investigación Cualitativa*, vol.II. Editorial Gedisa.

Vasilachis de Gialdino, I. (coord.), Ameigeiras, A., Chernobilsky, L., Giménez Béliveau, Mallimaci, F., Mendizábal, N., Neiman, G., Quantara, G. y Jorge Soneira, A. (2006). *Estrategias De Investigación Cualitativa*. Editorial Gedisa.

Vega Arrieta, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. En *Revista Justicia*, 29, pp. 53-71. DOI: <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233>

Vizcarra Vizcarra, P. (2016). Precisiones al Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 Declaración de la víctima suficiente para enervar la presunción de inocencia. En *Revista Foro Jurídico*, 15, pp. 326 – 340.

Acuerdo Plenario N°2-2005/CJ-116. Lima, 30 de setiembre de 2005. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia. Concordancia Jurisprudencial Art.116° TUO LOPJ. Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Lima, 06 de diciembre de 2011. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia. Art.116° TUO LOPJ. Asunto: Apreciación de la Prueba en los Delitos Contra la Libertad Sexual.

Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116. Lima, 02 de octubre de 2015. IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia. Art.116° TUO LOPJ. Asunto: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual.