

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



Informe y análisis del exp. 4881-2017

Trabajo académico presentado por la Abogada:

Samo Gallegos, Pilar Aurelia

ORCID: 0009-0007-7576-3386

Para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal

Asesor:

Mag. Pari Taboada, Mauro

ORCID: 0000-0003-2846-1821

Arequipa- Perú

2025

UCSM-ERP

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

Arequipa, 18 de Diciembre

del 2023 **Dictamen: 010617-C-FCJyP-2023**

Visto el borrador del expediente 010617, presentado por:

2021971142 - SAMO GALLEGOS PILAR AURELIA

Titulado:

INFORME Y ANÁLISIS DEL EXP. 4881-2017

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Titulo Profesional/Titulo de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

DERECHO PROCESAL PENAL

40272411 - CACERES ZUÑIGA CAROLINA AMIRY
DICTAMINADOR



45576129 - DELGADO ALATA DANTE GUSTAVO
DICTAMINADOR



Informe y análisis del exp. 4881-2017

INFORME DE ORIGINALIDAD

20%

INDICE DE SIMILITUD

11%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

16%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Tecnologica del Peru Trabajo del estudiante	13%
2	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
4	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	doku.pub Fuente de Internet	1%
6	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
8	www.rpa.pe Fuente de Internet	1%

Dedicatoria

A mi familia, por siempre apoyar cada uno de mis logros académicos

Agradecimiento

Al Dr. Mauro Pari Taboada, por brindar su debida asesoría para el análisis adecuado del expediente.

Resumen

En el presente informe se analizó el expediente N°4881-2017 que versa sobre el delito de violación sexual de una menor de edad, observándose la cronología de los hechos, las etapas del proceso, actuación del Ministerio Público y del Poder Judicial; como también las figuras jurídicas materia de controversia, como lo es la aplicación del artículo 22 del Código Penal que versa sobre la responsabilidad restringida por la edad, la desvinculación jurídica del delito de violación sexual por el delito de actos contra el pudor, el control difuso y su prescindencia por existir jurisprudencia penal específica para la materia, la motivación insuficiente de las resoluciones judiciales y valoración probatoria en segunda instancia. Análisis que se realizó teniendo como base la constitución, casaciones, sentencias del Tribunal Constitucional, acuerdo plenario 4-2016 y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente se precisa, que la importancia en el análisis del presente expediente fluctúa en la contradicción de la sentencia de primera instancia con la de segunda instancia y la posición de la Corte Suprema en su sentencia casatoria.

Palabras clave:

- 1.- Violación sexual de menor de edad
- 2.- Responsabilidad restringida
- 3.- Valoración probatoria

Abstract

In this report, file No. 4881-2017, which deals with the crime of rape of a minor, was analyzed, observing the chronology of the events, the stages of the process, the actions of the Public Ministry and the Judiciary; as well as the legal figures subject to controversy, such as the application of article 22 of the Penal Code that deals with the responsibility restricted by age, the legal separation of the crime of rape for the crime of acts against indecency, control diffuse and its dispensation due to the existence of specific criminal jurisprudence for the matter, the insufficient motivación of judicial decisions and evidentiary evaluation in second instance.

Analysis that was carried out based on the constitution, cassations, Constitutional Court rulings, plenary agreement 4-2016 and rulings of the Inter-American Court of Human Rights. Finally, it is specified that the importance in the analysis of this file fluctuates in the contradiction of the first instance sentence with the second instance one and the position of the Supreme Court in its cassatory sentence.

Key words:

- 1.- sexual violation of a minor
- 2.- restricted liability
- 3.- evidentiary assessment

Abreviaturas

- | | |
|--|------|
| 1. Agraviada Anny Daniela Quispe Huanaco | ADQH |
| 2. Acusado Rudy Herson Mendoza Campos | RHMC |

INDICE

Dedicatoria	
Agradecimiento	
Resumen	
Abstract	
Abreviaturas	
Introducción.....	1
CAPÍTULO I: EL CASO.....	3
1. Investigación Preparatoria.....	3
1.1 Apertura de la investigación Preliminar.....	3
1.2 Formalización de la investigación preparatoria.....	3
1.3 Prorroga de la investigación preparatoria.....	4
1.4 Constitución en Actor Civil.....	4
1.5 Conclusión de la Investigación Preparatoria.....	4
1.6 Prisión Preventiva.....	5
2. Etapa Intermedia.....	6
2.1 Requerimiento de Acusación.....	6
2.2 Traslado de la Acusación a las Partes.....	8
2.3 Audiencia de Control de Acusación.....	8
3. Juicio Oral.....	9
3.1 Auto de citación a juicio.....	9
3.2 Instalación de Juicio Oral.....	9
3.3 Continuación de juicio oral.....	12
3.4 Alegatos Finales.....	13
3.5 Adelanto de fallo.....	15
3.6 Lectura de sentencia.....	15
3.7 Sentencia.....	15
4.- Impugnación.....	21
4.1 Recursos impugnatorios en contra de la Sentencia N°52-2019.....	21
4.2 Sentencia de Vista N°90-2019.....	23
4.3 Recursos impugnatorios en contra de la Sentencia de Vista N°90-2019.....	26
4.4 Sentencia de Casación N°1814-2019.....	28
CAPITULO II: PROBLEMAS Y ANALISIS.....	32
1. Problemas en la Etapa de Investigación Preparatoria.....	32

2. Problemas en la Etapa Intermedia.....	34
3. Problemas en el Juicio Oral.....	36
3.1 Sobre la Desvinculación Jurídica	36
3.2 Responsabilidad Restringida y su Aplicación en el delito de violación sexual a menor de edad, pese a la prohibición de la norma.....	38
3.3 Motivación Insuficiente de las Resoluciones Judiciales y Valoración Probatoria en Segunda Instancia	45
3.4 Prescendencia del Control Difuso por el Acuerdo Plenario N°4-2016.....	50
Conclusiones	52
Referencias Bibliográficas	54



Introducción

Al realizar en análisis del presente expediente, se advierte que el mismo en su parte procesal cuenta en primera instancia con sentencia condenatoria, en segunda instancia con sentencia absolutoria y casación con pronunciamiento sobre el fondo, la cual, revoco la sentencia de vista y confirmo la sentencia de primera instancia, ello con pronunciamiento sobre el fondo.

Con respecto al delito materia de controversia, es el de violación sexual de menor de edad, suscitándose los hechos en un ambiente familiar, siendo la agraviada prima directa del acusado, es por ello que el Ministerio Público solicitó la agravante del artículo 173 del Código Penal, ello en mérito a que el acusado tenía particular autoridad sobre la víctima, hecho que no fue correctamente justificado en los hechos del requerimiento acusatorio y por ende fue desestimado por el Colegiado.

El juicio se desarrolló dentro de los plazos previstos, actuándose la prueba testimonial, pericial y documental, observándose que cuando se visualizó el video de cámara Gesell la menor habló de tocamientos y la violación sexual no quedó clara, es por ello que el Colegiado instó a una desvinculación jurídica, otorgándose el plazo de ley para que las partes presenten sus medios probatorios y aun así no fue acogida por las partes; continuándose con la calificación jurídica postulada en el requerimiento acusatorio. Situación que al final resultó perjudicial para el acusado, ya que, teniendo en cuenta los medios probatorios obrantes, aceptar el delito de actos contra el pudor y la aplicación de la responsabilidad restringida hubiera tenido como resultado una pena menor.

Ya en segunda instancia, el Colegiado que conforma la Sala Penal, desestimó las corroboraciones periféricas, las cuales fueron previamente sometidas a inmediación en primera instancia, dándoles diferente valor probatorio, sin previa justificación y fundamentación, es por ello que vía casación se revocó dicha sentencia de vista.

También, se analizó un problema frecuente en la Salas de la Corte Suprema, que se han venido contradiciendo en la aplicación del artículo 22 del Código Penal, por ello se examinó a profundidad la cuestión de la responsabilidad restringida, y como resultado de ello, su desarrollo jurisprudencial ha arrojado más luz sobre esta institución jurídica en relación con los casos de violación sexual. Concluyendo que al inaplicarse el artículo 22 del Código Penal, se está respetando el derecho a la igualdad ante la ley, proporcionalidad y resocialización.

Finalmente, será crucial descubrir cuando una medida implica un trato desigual que no es válido conforme el derecho a la igualdad, siempre y cuando esa medida diferenciadora este justificada sobre una base objetiva, y que pase la prueba de la razonabilidad, lo cual determine si la medida es necesaria y apropiada.

CAPÍTULO I: EL CASO

1. Investigación Preparatoria

1.1 Apertura de la investigación Preliminar

El Ministerio Público al tomar conocimiento del caso, emitió disposición de apertura de investigación preliminar con fecha 24 de abril del 2017, ello por el plazo de 60 días, disponiendo que se realice la entrevista en cámara Gesell a la menor ADQH y se realice la evaluación psicológica del acusado de iniciales RHMC y se tome su respectiva declaración en sede fiscal.

1.2 Formalización de la investigación preparatoria

El 21 de junio del 2017, el Ministerio Público emitió disposición de formalización de la investigación preparatoria, ello en mérito a que de la denuncia y diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia del delito, la acción no prescribió y se ha logrado individualizar al imputado; sustentándola con el acta de denuncia verbal, la declaración de Martha Huanaco Toncchochi, la de declaración de Serafín Alejandro Quispe López, certificado médico legal N°028956, Informe Social N°066-2017, acta de entrevista única, declaración de RHMC, pericia psicológica N°12930-2017 de RHMC y de pericia psicológica N°12045-2017 de ADQH.

El 19 de julio del 2017, el investigado RHMC solicitó al fiscal el sobreseimiento del caso, fundamentando su pretensión en que existen argumentos en el caso que no se ajustan a la realidad, ya que los certificados médicos practicados a la menor, como son el N°028956, en el cual los peritos suscriben como conclusiones: himen complaciente, no presenta signos de actos contra natura; en el segundo examen médico N°028957, el perito que suscribe da como conclusiones que la menor no requiere incapacidad médico legal, por tanto no son convincentes para imputar el delito al investigado, así también del informe psicológico y la entrevista única son insuficientes ya que demuestran que la menor no tiene certeza de la edad, cuando ocurrieron los hechos y que el investigado no tuvo contacto con

la familia de la agraviada desde setiembre del 2014 por problemas familiares (los hechos concomitantes se suscitaron a finales de febrero del 2015).

1.3 Prorroga de la investigación preparatoria

El 23 de octubre del 2017, el Fiscal solicitó la prórroga de la investigación por el plazo de 60 días, ello en mérito a que aún no se había recabado el resultado de la pericia psiquiátrica practicada al imputado RHMC, faltaba la declaración del efectivo policial Alex Jonathan Llaque Libandro y se requirió a la madre de la agraviada cumpla con presentar los documentos respecto de las fechas que su esposo llevaba el camión a su casa.

1.4 Constitución en Actor Civil

El 26 de diciembre del 2017, la progenitora de la agraviada, en calidad de su representante legal, solicitó ante el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria constituirse en actor civil, justificando su pretensión en que la menor agraviada como consecuencia del hecho delictuoso ha sufrido un daño tanto emergente como daño moral; con respecto al *daño emergente* precisa que la menor lleva un tratamiento psicológico y/o terapéutico en la ciudad de Arequipa, con especialistas de trastorno de estrés postraumático, ello por la alteración de su desarrollo cognitivo y emocional que manifiesta en la actualidad y con respecto al *daño moral* se precisa que el delito cometido por el denunciado en agravio de la menor la ha afectado de manera trascendente, lesionando sus sentimientos de por vida, tal es así que hasta la actualidad tiene recuerdos del hecho que no puede superar. Solicitando como monto indemnizatorio quince mil soles.

Con fecha 6 de febrero del 2018, se realizó la audiencia de constitución en actor civil, declarando fundada la solicitud de la parte agraviada. Por tanto, el actor civil se encuentra habilitado para defender y acreditar su pretensión civil en las audiencias de juicio oral.

1.5 Conclusión de la Investigación Preparatoria

El 12 de marzo del 2018, se concluyó la investigación y se dispuso la formulación del requerimiento fiscal correspondiente.

1.6 Prisión Preventiva

Como medida coercitiva el Ministerio Público solicitó la prisión preventiva del investigado RHMC por el plazo de 9 meses, por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, con la agravante prevista en el último párrafo del mismo artículo. Sustentado su requerimiento en que existen elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión del delito que vincule al imputado como autor del mismo, la sanción a imponerse resulta superior a 4 años de pena privativa de la libertad; así también se alegó que existe peligro de fuga, ya que, la pena a solicitarse sería la de cadena perpetua y con respecto a la proporcionalidad de la medida por la idoneidad se indicó que los hechos que se investigan se encuentran con suficientes elementos de convicción, siendo necesario tutelar que la conducta desplegada por el investigado sea sometida a un juzgamiento, por la necesidad se indicó que si bien existen otras medidas de restricción de derechos, estas conforme la evaluación de los presupuestos materiales de la prisión preventiva no serían útiles para determinar la consecución de un proceso efectivo y por la proporcionalidad en sentido estricto se indicó que los derechos en debate como lo son la libertad personal de RHMC frente a la actividad de investigación y conclusión de un proceso efectivo y juzgamiento, no podría afectar razonablemente los otros derechos del imputado, por cuanto se actúa dentro del marco del debido proceso. Con respecto al requerimiento de prisión preventiva, esta se solicitó junto con la disposición que formaliza la investigación, que es de fecha 21 de junio del 2017.

Con fecha 25 de abril del 2018, se realizó la **audiencia de prisión preventiva**, declarándose infundado el requerimiento de prisión preventiva y se dispuso la comparecencia con reglas de conducta, ello en mérito a que el Ministerio Público no logró acreditar que existan fundados y graves elementos de convicción, ya que, se advierte que de la entrevista en cámara Gesell que el imputado habría cumplido 18 años el 19 de febrero del 2015 y el hecho que se imputa es por la última relación sexual ocurrido presuntamente la última semana de febrero del 2015, siendo además que la versión de la menor agraviada no es persistente y coherente, cuando ella señaló que las relaciones sexuales se habrían

producido cuando ella tenía ocho o nueve años , debiendo ser todo ello motivo de esclarecimiento durante la investigación preparatoria.

2. Etapa Intermedia

2.1 Requerimiento de Acusación

El 10 de abril del 2018, el Fiscal a cargo del caso, presento al Juzgado de Investigación Preparatoria su requerimiento de acusación, indicando como hechos los siguientes:

Hechos Precedentes: La menor de iniciales ADQH , es hija de Serafín y Martha , siendo que nació el 9 de diciembre del 2013 y el imputado RHMC nació el 19 de febrero de 1997, siendo primo de la menor, al ser sobrino de Serafín; dado el vínculo familiar entre el investigado y la agraviada, tanto ellos como sus hermanos y padres, siempre estuvieron en contacto constante, siendo que si bien la menor y sus padres Vivian en Cuzco, eran visitados por el investigado y su familia y cuando la menor y su familia se mudaron a Arequipa continuo el mismo trato, teniendo visitas y reuniones familiares. Es en estas ocasiones que el investigado se acercaba a la menor, ello desde que ella contaba con 7 años de edad, tocándole en reiteradas veces sus genitales, también hacía que la menor le toque sus genitales y mantenía relaciones vaginales con la menor. Ya el 19 de febrero del 2015, el imputado RHMC cumplió 18 años y por tanto adquirió la mayoría de edad.

Hechos Concomitantes: Durante la última semana del mes de febrero del 2015, cuando la menor agraviada contaba con 11 años de edad, hubo una reunión en el domicilio de esta, ubicado en Asociación Ciudad de Dios, km 15, comité 15, mz Q, lote 5- Yura, a la cual acudió el investigado y su familia; durante la reunión cuando ya era de noche, el imputado RHMC condujo a la menor fuera de la casa, donde estaba estacionado el camión que conduce el padre de la menor , llevándola hacia la parte de abajo del camión , le bajo el pantalón y empezó a tocarla y posteriormente metió su pene en su vagina. Debido a que los padres de la menor notaron la ausencia de su hija, empezaron a buscarla, saliendo Serafín hacia la calle, cuando el imputado RHMC se dio cuenta que salía el padre de la menor, la

dejo, le subió el pantalón y le dio un trozo de papel higiénico, disimulando que estaban limpiando el vehículo, siendo que tales circunstancias sorprendieron al padre de la menor.

Hechos Posteriores: En el mes de octubre del 2017, la agraviada decide contarle a su mamá del abuso sexual del cual fue víctima por parte de su primo, procediendo los padres de la menor a realizar la denuncia.

Con respecto a los elementos de convicción que sustentan el requerimiento de acusación son los siguientes:

- 1.- Acta de denuncia verbal: con la cual la madre de la agraviada pone en conocimiento la violación a su menor hija.
- 2.- Declaración de Martha Huanaco Tonccocho (progenitora): quien indica como su hija le conto la violación sufrida y acusa a su primo
- 3.- Declaración de Serafín Alejandro Quispe López (padre de la agraviada): quien indica como se enteró de los hechos e indica que el imputado es su sobrino
- 4.- Certificado médico legal N°028956: en el cual se consigna que la menor tiene himen complaciente y no hay actos contra natura
- 5.- Copia del DNI N°72753992: para determinar la edad de la agraviada
- 6.- Informe social N°66-2017: señala que la agraviada tiene ideas autolíticas
- 7.- Acta de entrevista única: la menor relata los hechos acontecidos y quien los ocasiono
- 8.- Protocolo de pericia psicológica practicado al imputado RHMC
- 9.- Protocolo de pericia psicológica practicado a la agraviada: en el cual concluye que la menor presenta una leve reacción ansiosa emocional
- 10.- Boletas de pago del padre de la agraviada: indica que Serafín Quispe estuvo en ruta del 5 al 13 y del 16 al 23 de febrero del 2015, estando de descanso del 29 al 30 de febrero.

El Fiscal en razón a lo expuesto, tipifico los hechos en el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173, inciso 2 del Código Penal, con la agravante del último párrafo del mismo artículo; solicitando una pena de cadena perpetua.

2.2 Traslado de la Acusación a las Partes

Ante el requerimiento de acusación el Juzgado de investigación Preparatoria corrió traslado por 10 días a las partes, a efecto, puedan absolver la acusación y presentar sus medios probatorios.

El 8 de mayo del 2018, el **actor civil ofreció medios probatorios** para acreditar su pretensión civil; siendo estos: La constancia de atención de la menor en el servicio de psiquiatría del complejo Hospitalario Moisés Heresi, la receta médica expedida por la Dra. María Gonzales Arenas, recibo de caja N°060455 y el informe N°1-2018 expedido por la tutora de la institución educativa Solaris, los cuales demuestran la afectación psicológica sufrida.

El 9 de mayo del 2018, el **acusado RHMC absolvió la acusación** e indico acogerse al principio de comunidad de pruebas y ofreció tres declaraciones testimoniales.

2.3 Audiencia de Control de Acusación

El 14 de junio del 2018, se realizó la audiencia de control de acusación y se declaró fundado el requerimiento del Ministerio Publico, declarando la existencia de una relación jurídico procesal valida y en consecuencia se dicta auto de enjuiciamiento en contra de RHMC por el delito de violación sexual de menor de edad, admitiéndose para el Ministerio Publico y el actor civil todos los medios probatorios ofrecidos, y al acusado se le rechazo las testimoniales ofrecidas , dejando a salvo su derecho para que de considerarlo pertinente solicite su reexamen en la etapa procesal respectiva.

3. Juicio Oral

(Aquí se describe e informe, secuencialmente, el auto de citación a juicio, instalación del juicio, alegatos de apertura de las partes; actividad probatoria en juicio; alegatos de clausura; y sentencia).

3.1 Auto de citación a juicio

Con fecha 25 de junio del 2018 el Primer Juzgado Penal Colegiado, emitió el auto de citación a juicio.

Con fecha 7 de agosto del 2018, en audiencia se verifico la situación jurídica del acusado y estando a que la defensa del acusado señalo que no existe la posibilidad de conformar y opto por un juicio completo, se dispuso como fecha de instalación de juicio oral el día 6 de marzo del 2019.

3.2 Instalación de Juicio Oral

Con fecha 6 de marzo del 2019, se realizó la audiencia de instalación de juicio oral, exponiendo las partes sus alegatos de apertura, siendo estos los siguientes:

Ministerio Publico: expuso que el acusado de iniciales RHNC pese a tener conocimiento de la edad de la agraviada y valiéndose de la confianza depositada en él, puesto que era primo de la menor de iniciales ADQH, cuando ella tenía once años en la última semana del mes de febrero del 2015, debajo de un tráiler abusó sexualmente de ella, subsumiendo los hechos en el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 del Código Penal; en ese sentido indico que el Ministerio Publico probara que más allá de la duda razonable, que este hecho a acontecido, para ello se va a presentar la declaración del suboficial Alex Yanque Libandro, quien declarara sobre el acta de denuncia verbal, la declaración de Martha Huanaco Tonccochoi y Serafín Alejandro Quispe López , quienes declararan en calidad de padres la forma como tomaron conocimiento de los hechos, se escuchara el audio en cámara Gesell, el examen del médico legista, el examen del perito Abel Jara Macedo y la declaración de la trabajadora social Rosalía Laquise

Quispe. En ese sentido y luego de lo actuado se solicitará una sentencia condenatoria en contra del imputado, bajo la pena expuesta.

Defensa del Actor Civil: indico que en vista de los hechos narrados por el Ministerio Publico, como actor civil debidamente constituidos probaran que con la acción del imputado se ha configurado todos los elementos de la responsabilidad civil, es decir, se demostrara en juicio que la conducta del imputado ha sido antijuridica, que ha causado un daño a la menor, que hay una relación de causalidad entre la conducta típica del imputado y el daño causado a la agraviada y que a ello se le suma el factor de atribución que en este caso es el dolo, es decir, el animus deliberado de causar daño; eso se demostrara con los medios probatorios admitidos del Ministerio Publico (comunidad de prueba) y las documentales ofrecidas. Se logrará acreditar que la menor está siguiendo un tratamiento psiquiátrico por todo el daño causado; en conclusión, al final de juicio, junto con la sentencia condenatoria solicitada por el Ministerio Publico, se deberá señalar una reparación civil por quince mil soles, a razón de cinco mil por daño emergente y diez mil por daño moral.

Defensa del Acusado: indico que al acusado se imputa un delito a causa del odio existente entre las partes, que el acusado junto a su familia se reunía con la familia de la menor y que se ponían a jugar, aclarando que la familia de su patrocinado son testigos de Jehová y que solo tomaban gaseosa en los periodos de tiempo que se visitaban. Que el acercamiento entre la menor y su defendido se produjo en el 2012 – 2013, cuando su defendido contaba con quince años de edad y que ahora se quieren adecuar los hechos al 2015, justo cuando su patrocinado ya es mayor de edad. Que en un inicio ambas familias se llevaban bien, pero en setiembre del 2014, hubo una discusión entre la madre de la agraviada y la madre de su patrocinado, que existe una rivalidad porque existe una deuda pendiente con la propiedad que vendieron los padres de su patrocinado a los padres de la agraviada, que a raíz de estas discusiones no se volvieron a encontrar, indica que en el tiempo en que sucedieron los hechos, ambas familias ya no se reunían, por tanto, no hubo la conducta ilícita. La defensa probara que del 20 al 27 de febrero no se realizaron los hechos materia de la imputación, que la menor no es consecuente con su declaración, que

existe contradicción, que no se puede determinar cuándo fue la última vez; con los mismos medios probatorios del Ministerio Público se probara la inocencia de su patrocinado y se lograra una sentencia absolutoria.

Así también, en la audiencia se preguntó al acusado si acepta su responsabilidad penal y civil, indicando que no reconoce los hechos por los que se le acusa; en razón a ello se inició la actividad probatoria:

1.- Declaración del acusado RHMC. Indico que en el mes de febrero del 2015 trabajaba en una ferretería desde las 8.00 hasta las 5.00 pm, así también preciso que no se visitaban mucho con la familia de la agraviada porque en el año 2014 hubo una discusión entre las familias, que el bato a su tía de su casa y que ella se fue amenazándolo, que la enemistad también era porque sus tíos no les pagaron a sus padres el precio íntegro de la venta de la casa. Finalmente, preciso que nunca violó a su prima y las veces que se reunían lo hacían en presencia de sus padres.

2.- Actuación de Prueba Personal del Ministerio Público

Testigo Martha Huanaco Tonccochoi. Indico que el acusado es hijo de la sobrina de su esposo, que se enteró de los hechos cuando una tarde estaba conversando con su hija y ella le comentó que a su amiga Hilary su tía la había abusado, luego su hija comienza a llorar exageradamente y ella le preguntó que le pasaba y ella le dijo que ella también fue abusada por su primo Rudy y le cuenta los detalles de cómo sucedieron los hechos, que como vivían cerca él aprovecha para venir y jugar y que cuando se quedaban solos él le bajaba el pantalón y la tocaba. Precisa que el 23 de febrero del 2015 su esposo llegó a su casa con el camión que conducía y que esa fecha hicieron una reunión familiar, que en un rato no vio a sus hijas y por ello mandó a su esposo a buscarlas, que ese día su hija le contó que cuando se desaparecieron de la reunión su primo la llevó afuera de la casa y debajo del camión la violó; que cuando le reclamaron a su sobrino ya en el 2016, este negó los hechos, solo se disculpó y dijo que respondería económicamente por el daño causado, finalmente precisa que no tuvo ningún enfrentamiento con la familia del imputado.

Testigo Serafín Quispe López. Indico que Rudy es el hijo de su sobrina, que un día su esposa lo llama y le dice que urgente tienen que hablar y cuando conversan le dice que su hija había sido violada por su primo y que los hechos sucedieron desde que la menor tenía 7 años, que la última vez que la menor fue abusada fue el 22 o 23 de febrero del 2015, que él recuerda que esa fecha hicieron una reunión entre las familias y que en un rato los menores se desaparecieron y que su esposa le envió a buscarlos y cuando salió para afuera vio a Rudy y su hija saliendo debajo del camión y le dijeron que estaban limpiando. Indica que su hija siempre ha tenido un comportamiento diferente, que no le gustaba conversar y que actualmente está recibiendo un tratamiento psiquiátrico.

3.- Convenciones Probatorias: El Ministerio Público propone la convención probatoria respecto al DNI de la parte agraviada, en el que se indica que nació el 9 de diciembre del 2003 y que a febrero del 2015 contaba con 11 años. Aceptando la defensa del acusado y del actor civil.

4.- Actuación de Prueba Documental del Ministerio Público: Oralizó las boletas de pago del padre de la agraviada de los meses de febrero y marzo del 2015, no existiendo observación de ninguna de las otras partes.

5- Actuación de Prueba Documental del Actor Civil: Oralizo la constancia de atención de la menor agraviada del Complejo Hospitalario Moisés Heresi, la receta médica expedida por la Dra. María Gonzales Arenas de fecha 4 de mayo del 2018, recibo de caja N°060455 y el Informe N°01-2018 expedido por Mariela Kuna Maita; no existiendo observaciones del Ministerio Público.

Ahora bien, estando a lo informado por el Ministerio Público y al no haberse coordinado con los demás testigos, el Juzgado Penal Colegiado dispuso reprogramar la audiencia para el día 12 de marzo del 2019.

3.3 Continuación de juicio oral

El 12 de marzo del 2019, se continuó con la audiencia de juicio oral, procediendo a la actuación de la prueba faltante.

1.- Actuación de Prueba Personal del Ministerio Público

Perito Rosalia Laquise Ore. Declaro sobre el Informe Social N°066-2017

Perito Verónica Rossina Velarde Alva. Declaró respecto del Certificado médico legal N°028956-IS y el N°028957-L

Perito Abel Jara Macedo. Declaro sobre el peritaje N°12930-2017-PSC y N°12045-2017-PSC

2.- Prescendencia de la prueba personal del Ministerio Público: Se prescinde de la declaración de Alex Jonathan LLaque Libandro, ello al no haber concurrido, no existiendo oposición de las partes

3.- Actuación de Prueba Personal del Ministerio Público:

Se visualizo el video de cámara Gesell del día 8 de mayo del 2017, resaltando las partes lo siguiente:

4.- De la Desvinculación Jurídica del Colegiado y la suspensión de la audiencia. Estando a lo dispuesto en el artículo 374 del Código Procesal Penal, el Colegiado anuncio la posibilidad de una desvinculación jurídica respecto del delito de tocamientos indebidos, actos contrarios al pudor en agravio de menores, estando a lo auditado en cámara Gesell, y estando a la fecha de la comisión de los hechos sería el articulo 173- A inciso 3; se preguntó a las partes si requerían un plazo para pronunciarse y ofrecer médicos de prueba. Las partes solicitaron el plazo de tres días, en razón a ello, se dispuso la continuación de juicio oral para el día 15 de marzo del 2019.

3.4 Alegatos Finales

El 15 de marzo del 2019, se continuo con la audiencia de juicio oral y con respecto a la desvinculación jurídica, las partes no presentaron ningún medio probatorio y la misma fue desestimada; prosiguiendo con los alegatos finales, siendo estos los siguientes:

Ministerio Público: Indico que de la actividad probatoria se tiene por acreditado la comisión del delito, con respecto a la edad de la agraviada se acreditado por convención probatoria, asimismo la agraviada narro de forma detallada la violación sexual que sufrió y los acontecimientos que acaecieron antes; como se trata de un hecho clandestino se recurrió a la prueba pericial para acreditar lo dicho por la menor, la misma que fue

corroborada por los padres de la menor y que si bien la menor presenta himen complaciente esto no significa que los hechos no sucedieron, ya que, la menor presentaba un comportamiento diferente a los demás y esto se corrobora con el informe del Colegio Solaris , en donde se describe a conducta de la menor y las lesiones que presentaba en sus manos a causa de la violación a la que fue sometida. Los dichos de la menor también se encuentran corroborados por lo declarado por el perito Abel Jara Macedo, quien examinó a la menor y al imputado y concluyó que este último tiene tendencia a tener relaciones con personas menores, ello por su conducta introvertida y sus pocas habilidades sociales. Así también indico que los dichos por la defensa no fueron corroborados, ya que no hay pruebas o testigos que así lo acrediten, no habiendo elementos que confirme la pelea o venganza entre las familias; en razón a ello se solicitó se le imponga al imputado la pena de cadena perpetua.

Defensa del Actor Civil: Indica que la conducta antijurídica se ha acreditado con la declaración de la menor y de sus padres, el daño se acreditó con la entrevista en cámara Gesell y la pericia psicológica realizada por el psicólogo Abel Jara Macedo, ahora bien, se concluyó que solo existe una leve afectación emocional, se resalta que los hechos sucedieron en el 2015 y recién la menor fue examinada en el 2017 y ha de tenerse en cuenta que la mejoría de la menor se debe a que viene recibiendo tratamiento psiquiátrico que la ha hecho mejorar. Indica que el dolo se acreditó con la pericia psicológica practicada al imputado, en la cual se indica que tiene problemas en sus relaciones interpersonales y ello puede conllevar a relaciones con menores de edad, y con todo lo expuesto, se solicitó una sentencia condenatoria y el pago de la reparación en quince mil soles.

Defensa del Acusado: Indico que la declaración de la agraviada es contradictoria y que las pruebas periféricas también son contradictorias, que no es coherente y razonable que alguien se recuerde de todos los detalles de hechos que sucedieron en el 2015 estando ya es 2017; así también, no es coherente que alguien que recibe tratamiento psiquiátrico, solo presente en su pericia psicológica una leve afectación emocional. Finalmente se precisó que los problemas psiquiátricos de la menor son por problemas de violencia familiar

y que por ello también la mama recibe tratamiento; en conclusión y ante la duda razonable correspondería absolverse al imputado.

3.5 Adelanto de fallo

El 19 de marzo del 2019, se realizó el adelanto de fallo, declarando a RHMC autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad y se le impuso 15 años de pena privativa de la libertad; disponiéndose su ejecución provisional, por ello se giró las órdenes de captura a nivel local y nacional de acusado.

3.6 Lectura de sentencia

El 29 de marzo del 2019, se dio la lectura integral de la sentencia, disponiéndose su notificación a las partes en el proceso.

3.7 Sentencia

El Juzgado Penal Colegiado emitió la Sentencia N°52-2019

Parte Expositiva. Se identificó a las partes en el proceso, se enunciaron los hechos y se precisó la pretensión penal y civil

Parte Considerativa. Dentro de las consideraciones preliminares se precisó que si bien en audiencia del 12 de marzo del 2019, se planteó por parte del Colegiado la posibilidad de desvincularse de la calificación jurídica en merito a que de la visualización de la entrevista en cámara Gesell de la menor agraviada, se describe también actos vinculados con tocamientos indebidos (tocamientos en el pecho, vagina), la misma no fue acogida por las partes, continuándose con el transcurso del juicio oral con la calificación postulada en el requerimiento acusatorio.

Delimitación del objeto de debate.

1.- Descripción típica Jurídica

1.1 Bien Jurídico. Indemnidad o intangibilidad sexual de los menores

1.2 Sujeto Activo. Cualquier persona mayor de 18 años, en el presente caso RHMC

1.3 Sujeto Pasivo. Puede ser hombre o mujer menor de 14 años, en el presente caso, la menor de iniciales ADQH.

1.4 Modalidad. Se requiere del agente, que someta al sujeto pasivo a acceso carnal, a través de introducción del miembro viril en la cavidad vaginal.

1.5 Elemento Subjetivo. Delito eminentemente doloso

2.- Determinación concreta del objeto de debate. Se tiene que el acusado RHMC adquirió la mayoría de edad el 19 de febrero del 2015, siendo justiciable por tanto de los hechos cometidos a partir de esa fecha; por tanto, el objeto del debate se integra a la siguiente premisa de prueba: *Si la menor de iniciales ADQH, cuando contaba con 11 años de edad, sufrió acceso carnal, introducción del pene del acusado por vía vaginal, la última semana de febrero del 2015.*

Valoración de la prueba actuada en juicio

1.- Respecto de la edad de la agraviada. La menor nació el 9 de diciembre del 2003, por tanto, la última semana de febrero del 2015, tenía 11 años y 2 meses; teniendo por cumplido el primer requisito del tipo penal

2.- Respecto de la edad del acusado y su estado mental al momento de la consumación de los hechos. Conforme la ficha RENIEC, se verifica que el acusado nació el 19 de febrero de 1997, por tanto, al 19 de febrero del 2015 contaba con 18 años y conforme el requerimiento acusatorio los hechos se suscitaron la última semana del mes de febrero del 2015, siendo que, el acusado ya era mayor de edad. De otro lado conforme el **Peritaje Psicológico N°12930-2017-PSC** explicado por el perito Abel Jara Macedo, se tiene que el acusado es una persona con características psicológicas tendientes a menor expresividad emocional, desconfiado y suspicaz de terceros, inseguro en las relaciones interpersonales; por lo cual podría mostrarse inseguro para interactuar con personas de su edad y podría sentirse más cómodo con personas menores que él, precisando también que el acusado no presenta ningún trastorno ni parafilia.

3.- Respecto del lugar y fecha de ocurrencia de los hechos. Conforme el requerimiento acusatorio, los hechos tuvieron lugar en el domicilio ubicado en Asc. Ciudad de Dios, Km 15, comité 15, Mz Q, lote 5- Yura, al que acudió el acusado y su familia, siendo que, durante la reunión, el acusado RHMC condujo a la menor fuera de la casa, donde

estaba estacionado el camión que conduce el padre de la menor, llevándola hacia la parte baja del camión, le bajo el pantalón y empezó a tocarla y posteriormente le introdujo su pene en la vagina. Esta circunstancia se encuentra corroborada con la Entrevista en **Cámara Gesell**, en la cual la menor narro de manera pormenorizada las circunstancias previas al evento delictivo ocurrido la última semana del mes de febrero del 2015, señalando que se encontraba en su domicilio y fue el acusado quien la llevo afuera, situándola debajo del camión para abusar de ella, la declaración de **Martha huanaco Tonccochi** (madre de la agraviada) , la declaración de **Serafín Alejandro Quispe López** (padre de la menor) quienes corroboran la declaración de la menor y las **boletas de pago del mes de febrero del 2015**, documento con él se acredita que se encontraba en Arequipa el 23 de febrero del 2015 y que la empresa le daba la facilidad de llevar el tráiler a su domicilio.

4.- Respecto del acceso carnal al que fue sometida la menor. Se encuentra corroborado con la entrevista en Cámara Gesell, el **Peritaje Psicológico N°12045-2017** practicado a la menor y el **Certificado Médico Legal N°028956-IS**, en el cual se indica que la menor no presenta signos de desfloración antigua o reciente, dado que la principal característica de su himen es que es dilatable, esto quiere decir que puede dar paso a un diámetro mayor a 2.5 cm, ello no significa que no haya sido sometida a trato sexual, ya que presenta la condición particular de himen complaciente, sin generar lesión alguna.

5.- Respecto a la participación del acusado en el acceso carnal. Se encuentra corroborado con la entrevista en **Cámara Gesell, Peritaje Psicológico N°12045-2017** practicado a la menor y declaración de **Martha huanaco Tonccochi**.

6.- Respecto de la afección sufrida por la menor. El perito Abel Jara Macedo, explica en su **peritaje psicológico N°12045-2017**, que en la menor agraviada solo hay una leve reacción emocional ansiosa, sin hacer mención a algún tipo de afectación. En razón a ello el Colegiado también examino **el Informe N°01-2018** expedido por Naida Mariela Kana Maita, mediante el cual, se precisa la actitud de la menor desde el 2014 hasta el 2017, indicando que era poco sociable, que en el 2016 la menor presentaba cortes en los brazos y en el

2017 mejoro su actitud y avanzo en sus relaciones interpersonales (ya se encontraba con tratamiento psiquiátrico); así también este comportamiento de la menor se corroboró con la **constancia de atención de la menor agraviada en el complejo Hospitalario Moisés Heresi** y la **receta médica expedida por la Dra. María Gonzales Arenas**, concluyéndose que la menor hasta el 2018 seguía recibiendo tratamiento psiquiátrico y estaba con medicamentos fuertes como lo son la serralina y diazepam, que ello conllevó que en la entrevista en cámara Gesell, la menor solo evidenciara una leve afectación ansiosa.

7.- Valoración de la declaración testimonial de la agraviada. Conforme el acuerdo plenario N°1-2011 se examinó: 7.1 *La ausencia de incredibilidad subjetiva.*- de los hechos imputados por la menor se concluye que esta no sentía rencor, odio, enemistad o alguna otra circunstancia en incida en la parcialidad, 7.2 *Verosimilitud.*- 7.2.1 *Coherencia.*- la declaración de la menor es espontánea, cronológica y no se evidencia contradicciones o ausencia de detalles, asimismo no se han advertido alegaciones fantasiosas, tampoco que haya sido inducida a brindar dicha declaración, 7.2.2 *Solidez.*- la declaración de la menor se encuentra recubierta de detalles de forma y circunstancias de como llegó a ver el abuso del cual fue víctima, 7.2.3 *Corroboraciones Periféricas.*- la declaración de la menor se encuentra corroborada con la declaraciones de su madre Martha Huanaco Tonccocho, de su padre Serafín Alejandro Quispe López, de Rosalia Laquise Ore (personal del CEM), de la perito Verónica Velarde Alba (examen de integridad sexual) y el Peritaje Psicológico N°12045-2017, 7.3 *Persistencia en la incriminación.*- no se evidenció que la menor haya cambiado su declaración en juicio.

8.- Respecto de la agravante. La relación de parentesco y/o familiaridad implica un deber especial del autor de inhibirse de este tipo de acciones, sin embargo no es suficiente la relación de las personas que se ha indicado, sino que es necesario que el sujeto activo aproveche la situación especial que tiene respecto de la víctima; siendo que en el caso en el transcurso del juicio oral no se hizo mención que el acusado se valiese de dicho vínculo familiar para perpetrar el ilícito de violación de menor de edad, tampoco la agraviada mencionó que el acusado la amenazara a ella o sus padres o hermanos para que no

contase lo ocurrido, lo que el revela que el acusado no tenía autoridad sobre la víctima. Por tanto, no concurre la agravante solicitada por el Ministerio Público.

Determinación Judicial de la Pena. Estando a la inconcurrencia de la agravante solicitada por el Ministerio Público (vínculo familiar y abuso de confianza), ya no es viable la pena de cadena perpetua, siendo la pena abstracta 35 años de pena privativa de la libertad, ahora bien, conforme la actividad probatoria se tiene que el acusado es reo primario (atenuante) y no hay circunstancias agravantes, por tanto, conforme el sistema de tercios la pena estaría en el extremo mínimo del primer tercio, esto es 30 años de pena privativa de la libertad; así también, se tuvo en cuenta que en el caso en concreto se aplicaría la reducción de la pena (control difuso) en directa consideración de la responsabilidad restringida del acusado, quien cometió los hechos a sus 18 años, implicándose las excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, esto conforme el Acuerdo Plenario 4-2016, por ello *“...la pena debe ser por debajo del mínimo legal, respecto de la cual ya es línea jurisprudencial consolidada de este Supremo Tribunal la necesidad, por razones de igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad...”*

Considero el Colegiado que la forma de inaplicar una norma que se contrapone a la constitución es por vía formal y legal, teniéndose en cuenta la Casación 1057-2017 Cuzco, Consulta N°1618-Lima Norte, Casación N°335-2015 y Acuerdo Plenario 4-2016, por ello se aplicó el test de proporcionalidad en el caso en concreto: a) Examen de Idoneidad.- la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección de los bienes jurídicos tutelados, ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de los delitos, no hay razón, para mantener como idónea una distinción normativa a un joven agente de tan solo 18 años de edad recién cumplidos al tiempo de los hechos y que, en otras circunstancias, no sujeto a exclusión por responsabilidad restringida, habría logrado, sin discriminación, una cuantificación punitiva benigna; b) Examen de Necesidad.- el hecho que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria, así también el procesado objetivamente cumple el presupuesto previsto para la aplicación de la responsabilidad

restringida por edad y que no necesita de la proscripción legal para lograr la finalidad de la pena cuya cuantificación conminada por la ley es además muy alta; c) Proporcionalidad en sentido estricto.- son dos valores antagónicos , pues por un lado se procura la aplicación estricta del principio de legalidad, y de otro lado, se procura se vela por el respeto a la dignidad y a la libertad del individuo, en el caso en concreto, tenemos ciertamente que el procesado de 18 años abusó sexualmente vía vaginal de la menor agraviada, por su parte recién había superado la minoría de edad cuya inmadurez propia de la juventud era aún intensa, por tanto, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores : c.1 Ausencia de violencia o amenaza para acceder sexualmente a la menor agraviada .- de la imputación fiscal se advierte que en el momento que se sometió sexualmente a la menor agraviada no ejerció actos de violencia o amenaza a fin de perpetrar el ilícito y si bien la consumación esta acredita, se aprecia que no le causó lesiones físicas a la menor, c.2 Afectación psicológica o física mínima de la víctima.- si bien no se evidencia lesiones físicas, en merito a que paso un poco más de dos años para que la menor fuese evaluada por el área médico legal, en cuanto a la afectación psicológica se tiene que el grado de afectación en la actualidad es bajo, c.3 Edad del sujeto activo, al tiempo de los hechos el sujeto activo tenía 18 años y 4 días.

En conclusión, corresponde la aplicación de la responsabilidad restringida para el presente caso, debiendo reducirse la pena hasta la mitad, es decir 15 años, a favor del acusado.

Parte Resolutiva. - Se declaro a RHMC autor del delito contra la indemnidad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales ADQH

SE LE IMPUSO:

- 15 años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva.
- La pena de inhabilitación establecida en el artículo 36 inciso 9 del Código Penal, esto es la incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente
- Se fijo la reparación civil en diez mil soles

Estando a la aplicación del control difuso se dispuso que, si la sentencia no era apelada, se eleve en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

4.- Impugnación

(Aquí se describe e informa, secuencialmente, los recursos planteados por las partes, incluyendo la casación. Los autos o sentencias de vista de la Sala Superior y la sentencia casatoria, si existiera).

4.1 Recursos impugnatorios en contra de la Sentencia N°52-2019

4.1.1 Apelación del Ministerio Público. - El Ministerio Público solicitó se revoque la sentencia en el extremo de la pena, siendo que, la pena solicitada fue la de cadena perpetua y no quince años, fundamentando su pretensión en lo siguiente: a) *Respecto a la agravante contemplada en el tercer párrafo del artículo 173 del Código Penal.* Al respecto el Despacho Fiscal considera que no se ha tenido en cuenta que el sentenciado RHMC reconoció el vínculo familiar con la agraviada, precisando en su declaración que se llevaban bien, que eran amigos y primos, en la entrevista única la menor indicó que quería mucho a su primo porque simplemente estaban cerca y como que eran su única familia, la declaración de Martha Huanaco Tonccocho, quien declaró que su hija no le contó nada por miedo, ya que al parecer el violador la habría amenazado para que no cuente nada a sus padres, la declaración de Serafín Alejandro Quispe López, quien declaró que su esposa le contó la violación de su hija por parte de su primo, desde que ella tenía siete años de edad, en casa de su primo como también en su domicilio, aprovechando las reuniones familiares, que no contó nada a sus padres por miedo. Ahora bien, de las declaraciones de la menor y sus padres, se acredita la relación de parentesco que existía entre el agresor y la agraviada, quienes crecieron tratándose como primos, lo que facilitó en el procesado al acercamiento con la menor e impulsó a la menor a depositar su confianza en su agresor, por lo que la acción debió adecuarse a lo establecido en el último párrafo del artículo 173 del Código Penal, b) *Respecto a la determinación de la pena.* El Colegiado tomó en cuenta que al momento de los hechos el acusado RHMC recién había cumplido 18 años y se aplicó la

responsabilidad restringida conforme el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, en razón a ello el Despacho Fiscal considero que conforme la Consulta del Expediente N°11384-2015 Huancavelica la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, estableció que se puede imponer un tratamiento diferenciado en función a la gravedad de los hechos y la naturaleza del delito, por ello se prevé distintos tipos de penas que se determinan por la naturaleza del bien jurídico protegido y la gravedad de los hechos; siendo constitucional no aplicar la responsabilidad restringida por el delito de violación, ya que está establecido en el catálogo de delitos que por ley se exceptúan, sin afectar ello el principio de igualdad. **4.1.2 Apelación del Sentenciado RHMC.** – El sentenciado RHMC solicito se revoque la sentencia y alternativamente se solicitó la nulidad absoluta de la sentencia, fundamentando su pretensión en lo siguiente: a) *El Colegiado transgredió el principio de congruencia procesal, al no existir correlación entre la acusación y la sentencia.* Señalando que no es factible verificar si han sido probados todos los elementos objetivos del tipo, particularmente el tiempo y el espacio del supuesto hecho ocurrido, no se propuso como factico en la acusación fiscal y esta situación de imputación insuficiente pudo dar lugar al sobreseimiento del proceso, sin embargo ello no es factible, dado que dichas deficiencias han sido advertidas luego del desarrollo de la actividad probatoria, por ello correspondería emitir una sentencia absolutoria, b) *Respecto al lugar y fecha de ocurrencia de los hechos.* Se observa que no hay ninguna prueba que verifique que la reunión entre las familias se realizó a finales de febrero del 2015, que no hay ninguna fotografía del vehículo, ello para poder verificar cuan grande era y si era posible que con un papel higiénico se pueda limpiar el carro, si ello es creíble, c) *Respecto al acceso carnal al que fue sometida la menor.* No se tomó en cuenta que la menor tiene himen complaciente, lo que descarta cualquier tipo de penetración, asimismo el perito Abel Jara Macedo, al explicar su informe psicológico menciona que la menor fue abusada desde los 7 u 8 años, y si ello fuera cierto, por la formación psicossomática de la menor se produciría una hemorragia terrible y habría secuelas, lo que no hay y como tal la duda favorece al reo, d) *La participación del acusado en el acceso carnal.* Conforme la pericia psicológica practicada

a la menor, se tiene que solo tiene una leve reacción ansiosa, por tanto, no existe ningún daño a la supuesta agraviada, e) *Valoración de la declaración de la menor.* se cuestionó la declaración del Perito Abel Jara Macedo, indicando que es suspicaz y nada científica, por tanto, las corroboraciones periféricas no acreditan la versión de la menor.

4.2 Sentencia de Vista N°90-2019

La Sala Penal de Apelaciones reviso:

4.2.1 Los agravios formulados por la defensa del acusado RHMC

Primer agravio. - *se plantea la pretensión nulificante , en razón a que el titular de la acción penal no describió con claridad y precisión todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal invocado, particularmente el tiempo y espacio del supuesto hecho ocurrido; y revisado los actuados se tiene que en la narración de los hechos concomitantes de la acusación fiscal se hace referencia que el ilícito se produjo en la última semana del mes de febrero del 2015 y fue debajo de un camión y esto también fue tomado en cuenta en la sentencia en el numeral 4.4; por tanto, el agravio formulado por la defensa no es de recibo, no tiene sustento, cumpliéndose con el principio de correlación entre la acusación y sentencia.*

Segundo agravio. - *propuesta de revocación, en razón a que mediante una apreciación subjetiva del a quo ha determinado la fecha de ocurrencia de los hechos, dado que, no existe una fecha exacta del posible compromiso, limitándose a indicar que ocurrió la última semana del mes de febrero del 2015 y no hay ninguna prueba que acredite la realización de dicha reunión. No obstante, se tiene que indicar que el Juzgado para determinar la aproximación a la fecha de los hechos lo hace atendiendo a lo declarado por la agraviada y sus padres; en consecuencia la oportunidad de los hechos imputados ha sido ubicada en la última semana de febrero del 2015, la existencia de la reunión entre familiares de la víctima y del acusado ha sido fijada en esa oportunidad con la declaraciones referidas, las mismas que no han sido objeto de contradicción en el plenario, ni se ha planteado posición de apartamiento o de no presencia, de manera objetiva o acreditada por el procesado; por tanto, no es de amparo el agravio postulado.*

Tercer agravio. - *el apelante cuestionó la centralidad del objeto de juzgamiento en lo referente al acceso carnal, la afectación producida a la agraviada y la valoración de la declaración testimonial de la agraviada; y ello se verificará a partir de los cuestionamientos a la declaración de la agraviada, a) sobre la existencia de incredibilidad subjetiva, como se mencionó en la decisión judicial, no se ha acreditado la existencia de resentimiento que haya motivado la denuncia , el apelante no postulo ni acredito algún aspecto que merite la revisión de este extremo, b) sobre la verosimilitud de la declaración, el Juzgado lo valido como espontanea, cronológica y sin contradicciones, lo expresado por la víctima en la entrevista única en cámara Gesell, el apelante señalo que existen contradicciones en esta declaración, mas no se expresan cuáles serían esas contradicciones que permitan a la Sala Superior revisar y verificar su consistencia y habilidad, por tanto no es de recibo el agravio. En cuanto a la existencia de **corroboraciones periféricas** , se analizó la *Pericia Psicológica elaborada por el Psicólogo Abel Jara Macedo*, quien indico que hay una diferencia entre un daño psicológico y una reacción ansiosa, que una reacción ansiosa la podemos tener todos, en cualquier momento, en el caso de la menor solo se observa una leve reacción ansiosa, no hay un daño psicológico; concluyendo la Sala Superior que la pericia psicológica no brinda mayor información o información relevante que de sustento significativo a los efectos o impacto de los hechos de violación sufridos por la víctima, el hallazgo en la agraviada de “reacción ansiosa” si mayor análisis o examen de profundidad relacionado con los hechos, el tiempo transcurrido u otra información periférica relevante, como aquella que pudiera haberse producido en su entorno familiar, amical o de estudios, no es suficiente para sostener una decisión de reproche corroborada. Con respecto a la *declaración de los padres de la agraviada*, indica la Sala Superior que ellos solo reiteran lo expresado por la agraviada , que son testigos indirectos de los hechos; y con respecto a la *declaración de Rosalía Laquise Ore, trabajadora social*, indica la Sala Superior que ella es una testigo de referencia en relación a la información que sobre los hechos le proporcione la madre de la agraviada, que ella explico que no tiene la facultad de entrevistar a los menores y su declaración debe tomarse con reservas en cuanto no da información corroborante*

respecto a los hechos de agresión sexual. *En cuanto a las ideas autolíticas (autolesión)* que realiza la menor, se hace referencia al informe N°1-2018 emitido por Nadia Mariela Kana Maita (tutora del cuarto de secundaria de la institución educativa Solaris), donde la profesional señala que en la hoja de vida del año 2016, noto que la estudiante presentaba ciertos cortes en las manos y que con posterioridad la madre de la menor manifestó que fue víctima de violación sexual, pero la menor explico que fue a causa de una aparente violencia familiar (intrafamiliar); dicha información sustenta la Sala Superior, debió ser materia de una evaluación psicológica en la menor, que permita desentrañar el origen de estas, es decir, si se originan por violencia familiar o violencia sexual, tal actividad no fue realizada por el Ministerio Público, por tanto, mal hizo el Juzgado en asumir o inferir un vínculo de este hallazgo (autolesiones), con los hechos de juzgamiento, cuando no hay prueba de ello. Con respecto a la constancia de atención psiquiátrica, receta médica, recibo de caja y boletas, que corresponderían a atenciones de la menor agraviada, mas no existe ni se ha proporcionado información (prueba actuada en juzgamiento), que vincule los datos proporcionados con los hechos del caso, esto es, que este tratamiento psiquiátrico sea consecuencia del delito que se juzga.

En consecuencia, realizado el análisis de los agravios formulados en relación a la sentencia emitida, se concluye que la prueba periférica actuada no vincula al acusado con los hechos imputados por la agraviada, por tanto, la presunción de inocencia que goza todo ciudadano no fue derrotada en el presente juicio.

4.2.2 Los agravios formulados por el Ministerio Público

El Ministerio Público apelo la condena impuesta al acusado, sin embargo, el juicio de culpabilidad que sostenía la pena fue revocado por la Sala Superior, en consecuencia, los agravios dirigidos al juicio de pena, ya no pueden ser considerados.

4.2.3 Resolución

Se declaro FUNDADO el recurso de apelación formulado por el sentenciado RHMC, en consecuencia, se REVOCO la sentencia N°52-2019, que declaro a RHMC autor del delito contra la indemnidad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad,

en agravio de la menor de iniciales ADQH y REFORMANDOLA se ABSOLVIO a RHMC de los cargos formulados por el Ministerio Publico, asimismo se desestimó la reparación civil.

4.3 Recursos impugnatorios en contra de la Sentencia de Vista N°90-2019

4.3.1 Recurso de Casación del actor civil

Solicito casación en merito al artículo 429 numeral 4 del Código Procesal Penal que establece “si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor”.

En razón a ello, en el recurso se indicó que en cuanto a la fecha del suceso, si quedo claro, pues el padre de la menor agraviada , su madre y la propia menor agraviada, declararon la fecha y que esta la sacan de las boletas de pago y hoja de ruta de camión que manejaba el padre de la menor ; en lo que respecta al acceso carnal, la Sala al interpretar la declaración de la agraviada, solo han leído literalmente lo que obra en el acta de cámara Gesell, que no es otra cosa que un resumen del video de cámara Gesell que si se escuchó y visualizó en juicio de primera instancia, donde la menor agraviada señalo “empezó a penetrarme”, así también, si bien el perito Abel Jara Macedo indico que solo tiene una reacción ansiosa leve, ha de considerarse el tiempo transcurrido que fueron más de dos años desde el ultimo hecho, esto no reduce ni disminuye los hechos que la menor narra, pues estos hechos la menor se los conto primero a su tutora, haciendo parecer que eran hechos de violencia familiar y luego la misma menor aclaro que se trataba de agresiones sexuales y el hecho que la madre no tenga más constancias o boletas de los gastos que realizo para la recuperación emocional de su hija, ello no significa que esta no existiera, por lo cual la interpretación de la Sala Superior es errónea.

No se tomó en cuenta la declaración en juicio oral de la madre de la agraviada, que indico que el Colegio de su hija la empezó a llamar, le dijeron que la menor se hacía cortes en las yemas de sus dedos, en sus brazos, en sus piernas y ella le reclamo a la familia del imputado y estos le indicaron que lo perdonasen, que iban a pagar por lo que el imputado le hizo a su hija; así también en ese mismo sentido fue la declaración del padre de la menor. Se indica que la Sala no ha escuchado toda la declaración del perito Abel Jara Macedo y

del médico legista Verónica Velarde Alva, que si fueron analizados con fundamento en la sentencia de primera instancia; por ello se considera una manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia recurrida. SOLICITANDO que se anule la sentencia de vista y se confirme la sentencia de primera instancia.

4.3.2 Recurso de Casación del Ministerio Público

Se invoca recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal y material e indebida aplicación de dichas garantías, debido proceso, derecho a la prueba- valoración conjunta y motivación de las resoluciones judiciales, motivación aparente e incongruente. También por infracción del artículo 425 inciso 2, haber dado distinto valor probatorio a la prueba testimonial de primera instancia, principio de congruencia recursal.

Se indica que la Sala Superior otorgo diferente valor probatorio a la declaración de psicólogo Abel Jara Macedo, cuando indica que esta no le brinda mayor información relevante que de sustento significativo a los efectos del impacto de los hechos de violación sufridos por la víctima, que para la Sala la reacción ansiosa que presenta la agraviada, es decir cuando la menor llora recordando los hechos, lenguaje corporal o movimiento de manos, son penosos, negativos, el tiempo transcurrido no hay información relevante; se indica que hay una errada interpretación del acuerdo plenario 4-2015, pues debe estarse al caso en concreto, como lo ha señalado el perito psicólogo al examinar a la menor y su resultado fue a la fecha del examen que es un dato indiciario, se ha de tomar en cuenta que la menor ya fue recibiendo tratamiento psiquiátrico con medicación, puesto que venía presentando reacciones más graves de autolesión.

La Sala indica que la información en relación a las ideas autolíticas, debió ser materia de una evaluación psicológica, que permita desentrañar el origen de estas, es decir, si se origina por violación o violencia familiar; sin embargo, no se toma en cuenta que la reacción emocional ansiosa está relacionada a abusos sexuales repetidos desde los 7 años de edad, infiriéndose ello de la pericia psicológica practicado a la menor que descarta la violencia familiar.

La Sala erráticamente señaló que la declaración de los padres de la menor son testigos indirectos, no observando que la madre es testigo de cómo se descubre el hecho, la niña le conto a su madre el hecho de las violaciones desde los 7 años y con respecto al padre, este recuerda que en el último suceso vio a su hija y sobrino saliendo debajo del camión; por tanto, no pueden ser testigos indirectos.

En consecuencia, se solicitó que el Tribunal revisor declare fundado el recurso y se declare nula la sentencia impugnada y se ordene que otro colegiado previo juicio de segunda instancia, emita un nuevo pronunciamiento.

4.4 Sentencia de Casación N°1814-2019

4.4.1 Trámite del Recurso de Casación

La Sala Penal Permanente en su auto de calificación, declaro bien concedido el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Publico y nulo el concesorio e inadmisibles el recurso de casación interpuesto por el actor civil.

4.4.2 Motivo Casacional

Verificar si existe afectación al debido proceso, con relación a la motivación de resoluciones judiciales, debido a que no se habría respetado lo previsto en el numeral 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal, pues se habría restado merito probatorio a las declaraciones del perito Abel Jara Macedo y la testigo Rosalia Laquise Ore, así como lo señalado por los padres de la víctima, entre otros otorgándose valor distinto a lo ponderado por el Juzgado Penal Colegiado de primera instancia.

4.4.3 Fundamentos de Derecho

4.4.3.1 Motivación de las resoluciones judiciales. Los jueces deben de garantizar, dentro de los parámetros de una adecuada protección jurisdiccional, el propósito de sus decisiones, debiendo estar adecuadamente expresadas y respaldadas.

4.4.3.2 Valoración probatoria en segunda instancia. Conforme el artículo 393 del Código Procesal Penal i) solo se valorarán los medios de prueba incorporados legítimamente a juicio, ii) el examen de los medios probatorios se inicia individualmente por

cada uno de ellos y a continuación, globalmente, en conjunto y iii) solo se abordarán los temas objeto de la pretensión impugnativa.

Se infiere, que la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el juez de primera instancia, no puede tener un valor probatorio diferente en segunda instancia, a menos que se presenten nuevas pruebas que pongan en duda su veracidad; la sala penal solo valorara de forma independiente, la nueva prueba actuada en audiencia de apelación y la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada,

4.4.4 Análisis del Caso en Concreto

Es un hecho acreditado en primera instancia que el abuso sexual se cometió sin que existiera testigo directo distinto de la víctima, sin embargo, la declaración del padre de la menor constituye un testimonio directo de un hecho inmediato posterior, pues quedo acreditado que fue el quien los encontró debajo del vehículo luego de consumado el delito. Con relación a la declaración de la madre su valor radica en que fue ella quien instó al padre de la víctima a que fuese a buscar a su menor hija, al advertir que no estaba en la reunión familiar, además de brindar detalles respecto a lo que le dijo su esposo luego de haberla encontrado con el encausado. Así la versión de los padres de la víctima se concatenaba con el relato efectuada por la menor en su entrevista; de ello se desprende que era viable colegir que la agraviada no dio una versión fantasiosa, sino real. La sala superior no le otorgo valor probatorio sin mayor argumento ni analisis de modo razonado y razonable si dichas versiones constituían elementos periféricos que corroboraban la declaración de la víctima, como así lo había estimado el Colegiado de primera instancia, por tanto, se vulnero la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales en este extremo.

En ese orden de ideas en primera instancia se estableció que la menor fue ultrajada sexualmente por el encausado, y para llegar a dicha conclusión, no solo se tomó en cuenta la versión de la víctima, sino además la manifestación del perito psicólogo Abel Jara Macedo, quien explico en su pericia psicológica que al momento de ser evaluada la menor sintio al encausado como la persona que la sometido sexualmente; en ese extremo también se pondero la declaración de la madre de la menor, luego se analizó la afectación

sufrida por la agraviada, en este punto se tuvo en cuenta la pericia psicológica que señaló que en la menor se encontró “una leve afectación emocional ansiosa”; en razón a ello, esta situación fue analizada por el Colegiado de primera instancia, ponderando el informe N°1-2018 expedido por Nadia Mariela Kana Maita, tutora del colegio al que asistía la agraviada, de donde el Colegiado concluyo que desde el año 2014, año en el que la menor ingreso al colegio, esta se mostraba retraída, poco sociable y sensible, lo que era coherente con el abuso sexual sufrido por la agraviada antes, con relación al año 2016, se precisa que la menor presenta cortes en la manos, hecho compatible con otra de las variantes de secuela psicossocial, producto de haber sido víctima de violencia sexual. Finalmente, en cuanto al año 2017, el menor mostro mejoría considerable, debido a que ya estaba recibiendo ayuda psicológica, hechos debidamente acreditados con la constancia de atención en el complejo Hospitalario Moisés Heresi y las recetas de la menor; por ello el Colegiado de Primera instancia concluyo que era perfectamente entendible que la víctima, al ser evaluada por el perito psicólogo (2 años después), no presentase estresor y solamente una leve reacción emocional ansiosa. Frente a ello, la Sala Superior no expreso fundamento alguno que sustente porque dicho razonamiento no era válido y, de este modo, le dio un valor distinto a lo alegado por el referido perito.

Cabe precisar que la sala Superior también cuestiono lo declarado por la trabajadora social Rosalia Laquise Ore, quien elaboro el informe el informe N°66-2017-MIMP, e indico que solo era un testigo de referencia, pues, como ella mismo refirió, no tiene facultad para entrevistar a menores. Al respecto la sala de alzada se equivocó al darle una valoración distinta a lo declarado por la trabajadora social; en efecto, el valor probatorio que el dio el Juzgado Penal Colegiado fue de corroboración respecto a la afectación psicológica de la menor y a la necesidad de ayuda psicológica, con relación a lo que la madre de la víctima le refirió sobre el evento sufrido.

La sala de alzada dio una valoración distinta a la prueba personal y documental, si expresión de motivación razonable que sustente la posición adoptada.

De este modo, al no requerirse un nuevo debate judicial, se emitió una sentencia de casación sin reenvió, conforme al artículo 433 numeral 1 del Código Procesal penal.

4.4.5 Decisión

Se declaro FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Publico, en consecuencia, CASARON la mencionada sentencia de vista y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la sentencia de primera instancia.

CAPITULO II: PROBLEMAS Y ANALISIS

1. Problemas en la Etapa de Investigación Preparatoria

1.1 Plazos Procesales

Acto Procesal	Fecha	Plazo conforme el NCPP	Tiempo tomado por el Ministerio Publico
Apertura de la investigación preliminar	24 de abril del 2017	Por 60 días	58 días
Formalización	21 de junio del 2017	Por 120 días	124 días
Prorroga de la investigación preparatoria	23 de octubre del 2017	Por 60 días	140 días
Conclusión de la investigación preparatoria	12 de marzo del 2018	15 días para presentar la acusación	29 días
Acusación	10 de abril del 2018		

Conforme los plazos establecidos en el Código Procesal Penal, se observa que salvo la prórroga de la investigación preparatoria y la presentación del requerimiento acusatorio, los plazos procesales se han ido llevando con regularidad por el titular de la acción penal; lo que sí es de resaltar es que la última pericia psicológica que se realizó es de fecha 18 de mayo del 2017, por tanto, al tener el Ministerio Publico sus medios probatorios completos, debió presentar su requerimiento acusatorio y no después de un año, teniéndose en cuenta que el delito materia de la investigación es violación sexual a una menor de edad.

En razón a ello el Actor Civil o el Imputado estaban facultados para presentar ante el Juez de Investigación Preparatoria, un control de plazos (Artículo 343 NCPP), ello para agilizar el proceso.

1.2 La prisión preventiva es la última ratio, no la regla general a solicitarse

Con fecha 21 de junio del 2017, el Ministerio Publico solicito se dicte en contra del imputado la medida coercitiva de prisión preventiva, en razón a ello el Juzgado de Investigación preparatoria declaro infundado el requerimiento de prisión preventiva y se dispuso la comparecencia con restricciones , ello en merito a que el Ministerio Publico no

logro acreditar que existan fundados y graves elementos de convicción, ya que, se advierte que de la entrevista en cámara Gesell que el imputado habría cumplido dieciocho años el diecinueve de febrero del dos mil quince y el hecho que se imputa es por la última relación sexual ocurrido presuntamente la última semana de febrero del dos mil quince, siendo además que la versión de la menor agraviada no es persistente y coherente, cuando ella señaló que las relaciones sexuales se habrían producido cuando ella tenía ocho o nueve años, debiendo ser todo ello motivo de esclarecimiento durante la investigación preparatoria.

En razón a lo expuesto, se observará el requerimiento de prisión preventiva conforme lo dispuesto por el ACUERDO PLENARIO 01-2019 /CIJ-116, que, si bien no estuvo vigente al momento de la comisión de los hechos, evidenciara los problemas del Ministerio Público con respecto a la prisión preventiva; **Primero.** - La prisión preventiva es siempre una alternativa excepcional, no puede adoptarse de oficio, ni siquiera de forma particularizada, si no se acredita en el caso en concreto su absoluta necesidad y la imposibilidad de asegurar el proceso por otros procedimientos legalmente previstos, que resulten menos gravosos para los derechos del procesado (Ascencio Mellado José María, 2015); en el caso en concreto, el Ministerio Público solo verificó los presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal y solicitó la medida coercitiva sin previamente verificar que podría caber en el presente caso, otra medida menos gravosa y que también asegurase la presencia del imputado en el proceso, como por ejemplo la comparecencia con restricciones, que previo pago de la caución asegura su cumplimiento, **Segundo.**- Debe obrar sospecha fuerte, definiéndose el término “sospecha”, en el sentido técnico- jurídico, como un estado intermedio de conocimiento, basado en datos inculpatórios obtenidos del curso de la investigación del delito, que autoriza a la emisión de decisiones y la adopción de determinadas medidas (caso Tibi VS Ecuador, 2004). Por otro lado, una sospecha fuerte y una sospecha suficiente son dos cosas diferentes, una sospecha fuerte requiere una alta posibilidad de que el acusado sea declarado culpable, ello como resultado de un estándar probatorio también alto; y una sospecha suficiente, implica una mera oportunidad de

condena. Observándose que en el presente caso solo existe sospecha suficiente, ya que, la imputación no es lo suficiente creíble, verosímil o convincente, infiriéndose ello del video de cámara Gesell, en donde la menor habla en su mayoría de tocamientos y solo en algunos momentos de violación- penetración y a ello se suma que del certificado médico de integridad sexual se concluye que la menor tiene himen complaciente y no hay lesiones genitales, existiendo duda de si es violación o tocamientos, **Tercero.-** El requisito de delito grave, conminado con penas especialmente elevadas, se entiende que conforme el criterio objetivo del legislador, el procesado podría recibir una pena de cadena perpetua o superior a los límites legales previstos, pero ello aun así no resulta suficiente para aprobar una prisión (Sentencia del Tribunal Alemán BVerfGE, Roxin/Schunemann).

2. Problemas en la Etapa Intermedia

Observación a la calificación jurídica realizada por el titular de la acción penal (agravante)

Conforme el auto de enjuiciamiento los hechos se han tipificado en el delito contra la indemnidad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en la Ley N° 30076, artículo 173° inciso 2), concordante con la agravante prevista en el último párrafo del mismo artículo (el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza). Solicitándose la pena de cadena perpetua.

En el caso, la observación va con respecto a la AGRAVANTE, ya que, en los hechos precedentes, concomitantes y posteriores relatados por el Ministerio Público, solo se precisa el vínculo familiar mas no se desarrolla si el agente tuvo a su cargo a la menor, si ejercía autoridad sobre ella o si hubo un abuso de confianza.

Haciendo presente que el Estado está obligado a proporcionar al interesado información que incluya las razones, motivos y las pruebas que sustentan la acusación, así como su interpretación jurídica de los hechos u omisiones; toda esta información deberá expresarse de forma clara, exhaustiva y con suficiente detalle para que el imputado pueda ejercer plenamente su defensa y presentar su explicación de los hechos (Corte IDH. Barrete

Leiva vs. Venezuela, párr. 28). En un espíritu similar, el Tribunal Constitucional, declaró que “todo acusado tiene derecho a conocer los cargos que se imputan de manera específica, definitiva e inequívoca” (STC. 3390-2005-PHC/TC, fundamento 16).

Punto que debió ser explícito e inequívoco en los hechos, debiendo quedar claro, el porqué, si se aplicaría la circunstancia agravante, la pena podría llegar hasta cadena perpetua. La relación familiar por si sola es insuficiente, el imputado también tiene que aprovechar las circunstancias únicas que rodean a la víctima y que esa relación facilite la agresión.

Y como no se desarrolló oportunamente dichos facticos, el Juzgado de primera instancia coligió que como la agraviada no menciono que el acusado la amenazara a ella o a sus padres o hermanos para que no contase lo ocurrido, revela que el acusado no tenía autoridad sobre la menor agraviada de lo cual se aprovechó para perpetrar el ilícito o que existiese un vínculo de confianza del que se abusara para tal finalidad, pese a que eran compañeros de juego; por tanto no sería viable que concurra la agravante.

En ese orden de ideas, en la etapa intermedia al realizarse la AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACION, el Juez de Investigación Preparatoria mediante el control formal de la acusación, debió conforme el artículo 349° inciso b) del Código Procesal Penal, solicitar que el Ministerio Público subsane su acusación con respecto a dichos facticos o en su caso la devolución de la acusación conforme el artículo 352 numeral 2) del Código Procesal Penal. Ello a fin de que el proceso pase a juicio oral correctamente saneado.

Finalmente, conforme lo planteado, la subsanación de la acusación debió ir acorde al **Acuerdo Plenario 5-2019-CSJPE** –de reciente publicación-, respecto a esta temática, resaltó lo siguiente: *“Ante la devolución de la acusación, el Fiscal está autorizado a realizar las reformas, enmiendas o integraciones especificadas en la resolución, observándose que las modificaciones no deben concernir a cuestiones relativas a elementos de hecho, de derecho, elementos de convicción ni presupuestos procesales asociados a la legitimada de la acción penal”*; la **Casación 862-2018, Lima (3-6-2021)** que establece que *la corrección de la acusación está motivada por la necesidad de formular algunas aclaraciones, en lugar*

de reformular la acusación por completo o introducir cambios fundamentales en su contenido original, si ello se hiciese, se estaría vulnerando la formalización de la investigación que primigeniamente se hizo.

3. Problemas en el Juicio Oral.

3.1 Sobre la Desvinculación Jurídica

Conforme artículo 374 del Código Procesal Penal, si el Juez Penal advierte durante el juicio que puede existir una calificación jurídica de los hechos en discusión que no ha sido tenido en cuenta por el Ministerio Público, está obligado a notificarlo tanto al imputado como al fiscal de esta posibilidad, en razón a ellos las partes están habilitadas en el caso que tengan observaciones y no se encuentren preparadas, a solicitar un plazo máximo de cinco días, a fin puedan absolver y presentar prueba necesaria de ser el caso.

Por el principio acusatorio, un cambio de calificación jurídica será inofensivo si el bien jurídico protegido es semejante y si existe identidad de los hechos, circunstancias y lo que realmente se produce en el proceso. Por otro, se va a renunciar a la calificación jurídica hecha primigeniamente cuando existe un error evidente o se trate de un delito menos grave y semejante, no pudiendo el Juez recurrir a un tipo penal no análogo o incorporar circunstancias perjudiciales no citadas en la acusación (Acuerdo Plenario 3-2019, fundamento 14).

Con respecto al caso se observa, que el Colegiado Penal luego de concluida la visualización del CD que contiene la entrevista en cámara Gesell de la menor agraviada, es decir, cuando ya finalizó la actividad probatoria, ya que, no había más medios probatorios que actuar; recién planteó la posibilidad de una desvinculación jurídica, haciendo referencia al delito de tocamientos indebidos, dando a las partes el plazo de 5 días para que presenten sus medios probatorios. Transcurrido los 5 días, continuando con la audiencia de juicio oral, las partes no presentaron nuevos medios probatorios y tampoco acogieron la posibilidad de una desvinculación jurídica.

Conforme lo expuesto, salta la interrogante ¿hubiera sido favorable para el acusado aceptar la desvinculación jurídica y ser juzgado por el delito de tocamientos indebidos?, si ello hubiera sucedido le hubiera favorecido aceptar los hechos por tocamientos indebidos, cuya pena fluctúa conforme la ley 28704 en no menor de cinco ni mayor de ocho años y teniendo presente que el imputado cometió los hechos cuando recién había cumplido los 18 años de edad, no tiene antecedentes y aplicando la responsabilidad restringida, podría haber recibido una pena hasta por debajo del extremo mínimo. Circunstancia que debió ser valorada por su defensa técnica, a efecto, de lograr una pena convertida para el acusado.

En ese orden de ideas, y a efecto, de dar sustento a la tipificación en el delito de tocamientos indebidos, es preciso revisar lo indicado por la menor en cámara Gesell, cuando le preguntan ¿por qué has venido?, ella relata los hechos indicando *“todos estaban en una habitación y la gaseosa estaba en otro cuarto y yo fui a servir y el me agarro y me llevo para afuera y también empezó a manosear y me estaba tocando mis piernas y me estaba tocando y luego mi papá salió supongo porque no veníamos rápido y rápido también me subió el pantalón y me dio papel higiénico y me dijo limpia rápido”*; luego cuando le preguntan cuando sucedió el último hecho la menor indica que fue cuando el acusado tenía 17 años y ella 11 o 12 años, que los hechos sucedieron debajo del carro que *“el me llevo debajo del carro y me sentó en el fierro y después de bajarme el pantalón empezó a tocarme y luego empezó a penetrarme y de ahí escuchamos a mi papá y el rápido me subió el pantalón y me dio un papel higiénico que tenía en el bolsillo y mi papa dijo que están haciendo , él dijo estamos limpiando el carro”*, después le preguntan ¿tu dijiste algo? Ella responde que no, ¿él te dijo algo? No, *esa fue la última vez que me manoseo*. En razón a dicha declaración se puede inferir que con respecto a los hechos suscitados la última semana de febrero del 2015, ella indica en un primer momento que su primo la manoseo, después cuando le vuelven a preguntar indica que la penetro y finalmente responde esa fue la última vez que me manoseo; ante ello queda cierta duda, y más si se tiene en cuenta que los hechos se venían suscitando desde que ella tenía 7 años y su primo era menor de edad, al ser una variedad de circunstancias y lugares y teniendo en cuenta que la entrevista en

cámara Gesell se realizó dos años después del último hecho , se puede colegir que exista la posibilidad de confusión en la menor.

Aunado a ello se tiene Certificado médico legal N°28956- IS, donde se deriva que la menor presenta himen complaciente y no hay actos contra natura; el Protocolo de pericia psicológica N°12930-2017 que concluye que se aprecia en la menor una leve reacción emocional ansiosa. Finalmente, luego de valorar individualmente y en conjunto los medios probatorios que obran, se puede concluir que si era viable la desvinculación jurídica por el delito de tocamientos indebidos.

3.2 Responsabilidad Restringida y su Aplicación en el delito de violación sexual a menor de edad, pese a la prohibición de la norma.

En el presente caso, el acusado cuando cometió los hechos materia de la imputación contaba con dieciocho años de edad, en razón a ello salta la siguiente interrogante, ¿se debería aplicar o no el artículo 22° del Código Penal, pese a su prohibición para el delito de violación sexual?, ¿Es factible dar un trato diferenciado a dos personas de la misma edad que cometen un delito y a una se le reduzca la pena y a otra no?, ¿El grado de madurez va en razón al delito cometido?

Art. 22- Responsabilidad Restringida por la edad

Podrá reducirse ponderadamente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la trasgresión a la norma.

Ahora bien, conforme la revisión de la diferente jurisprudencia, se observa que existen dos posturas, por una lado está la postura que va en base a la doctrina constitucionalista, expresando que existe desigualdad ante la ley cuando la ley, frente a dos supuestos facticos parecidos, trata de manera desigual sin justificación alguna, los requisitos de la prohibición de discriminación, no se trata de una lista cerrada de supuestos, sino de todos aquellos escenarios que pueden producir un trato desemejante que logre un menoscabo del individuo; asimismo esta diferenciación no está reconocida ni responde a fines auténticos (Francisco Balaguer Callejón, 2014, p 85-86).

La diferencia de trato solo será permitida si esta objetivamente justificada, el criterio utilizado para aplicar el artículo 2.2 de la Constitución es el juicio de razonabilidad, que determina que la norma no sea infundada ni injusta (Luis Diez Picazo, 2013, p 187-188). Por otro lado, está la postura que indica que, por la gravedad del delito y la lesión del bien jurídico protegido, no se debe aplicar la responsabilidad restringida en los delitos que excluyo el legislador; en función a ello primero se hará mención a la jurisprudencia que está a favor de la **PRIMERA POSTURA.**

3.2.1 Acuerdo Plenario N°4-2016, que establece que la diferenciación no está constitucionalmente permitida, ya que, el presupuesto del artículo 22 del Código penal, no tiene fundamento en la gravedad del injusto penal sino en el desarrollo del ser humano, por ende, la madurez de una persona no va en función directa a la transgresión cometida.

3.2.2 Recurso de Nulidad 701-2014/Huancavelica, señalo que la disminución de la pena se basa en la edad, es decir la capacidad penal disminuida (culpabilidad), no en el delito cometido, y si nos basáramos en el delito se estaría hablando de la antijuricidad, no siendo ello razonable, ya que, se estaría afectando el derecho a la igualdad.

3.2.3 Casación N°335-2016 Del Santa, señala que en base al principio- derecho de igualdad reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, se debe aplicar de forma general a todos los imputados el artículo 22 del Código penal, asimismo hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional STCN°751-2010-PHC-TC que indica que el juez podrá aminorar la pena, ello por la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22.

3.2.4 Consulta N°1260-2011Junin, el Supremo Colegiado considero que se encuentra aceptado el control difuso efectuado por el segundo párrafo del articulo 22 del Código Penal, ya que, si no fuera así se admitiría una diferencia de trato no permitida constitucionalmente, frente a personas que se encuentran en un mismo contexto. Debiendo el juez actuar de forma proporcional y sin excesos, debiendo ser la pena conveniente al daño producido.

3.2.4 Casación N°291-2019 Ayacucho, la responsabilidad restringida solo procede cuando se verifica la edad del imputado al momento del hecho punible, no requiere una

evaluación más exhaustiva del grado de inmadurez del acusado; esto se debe a que el supuesto factico del artículo 22 del Código penal encuentra su base normativa y causal en la evolución vital del ser humano más que en las peculiaridades y peligro del delito. Con respecto a la reducción de pena, esta no debe ser irracional, debiendo considerarse las circunstancias particulares de cada caso.

3.2.5 El Tribunal Constitucional STC 00009-2007 PI/TC, fundamento 20, ha establecido, que el derecho a la igualdad, es un derecho primordial que no implica un trato igual a los demás, sino más bien consiste en la potestad de las personas de demandar un trato semejante frente a quien se encuentran en una idéntica situación, estando debidamente regulado en el artículo 2 de la Constitución que revela que nadie debe ser discriminado por su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o índole cualquiera.

Existen dos aspectos del derecho a la igualdad, siendo la primera *igualdad ante la ley*, que implica que la norma se debe de aplicar por igual frente a una misma situación, y el segundo es la *igualdad en la ley* del cual se infiere que un mismo órgano no puede despóticamente cambiar el sentido de sus fallos en casos esencialmente parejos; y cuando el Juzgado medite que debe apartarse del precedente, deberá fundamentarlo y motivarlo razonablemente.

Se colige que toda desigualdad constituye una discriminación, siendo directamente vulnerada cuando el trato disímil carezca de justificación, ello va conforme a un estado social y democrático de derecho y el correcto actuar de los poderes públicos.

3.2.6 Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00751-2010 PHC/TC, indico que queda a criterio del Juzgador inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 y si fuera así, podrá reducir ponderadamente la pena.

3.2.7 Tribunal Constitucional en el Expediente N°1908-2005-PHC/TC LIMA, estableció que la aplicación de la responsabilidad penal restringida no es una disposición vinculante ni imperativa, siendo una facultad jurisdiccional que se deja al libre y prudente juicio del juez, pudiendo conforme el artículo 1480 del Código penal de 1942 inciso 2, la

pena reducirse hasta por debajo del mínimo legal. Por otro lado, igualmente hace referencia al Código Penal de 1991, en su artículo 22°, que también regula la responsabilidad restringida, estableciendo que cuando el autor del delito tenga más de 18 años y menos de 21 años, el Juzgador podrá reducirle ponderadamente la pena, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, la gravedad de la acción y la responsabilidad; respondiendo la graduación de la pena a la forma y amenaza del bien jurídico, ello para determinar imprudencia y peligrosidad con que han operado los imputados.

3.2.8 Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Un aspecto notable del sistema de protección de los derechos humanos, que se basa en la jurisprudencia internacional, y plasmado en varios acuerdos internacionales, es el concepto de no discriminación y amparo igual y seguro ante la ley.

Este es un principio de carácter obligatorio, que es esencial para la protección de los derechos humanos tanto en el derecho interno como en el internacional.

Por ende, los Estados deben eliminar de su legislación normas discriminatorias y luchar contra las actuaciones de este carácter, debiendo fortalecerse e instaurar normas y otras medidas que registren la igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una diferencia que carezca de justificación razonable y objetiva.

3.2.9 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018.

Para la Corte la discriminación es cualquier tipo de diferencia, sustracción, limitación o favor que se base en razones, como el color, el sexo, el idioma, la religión, la raza, origen nacional o social, posición económica, u otra condición tenga la intención o el efecto de socavar o anular la capacidad de todas las personas de disfrutar o ejercer sus libertades esenciales y derechos humanos en igualdad de condiciones. La Corte indico que la igualdad es inseparable de la dignidad de la persona, por tanto, cualquier escenario que considere preferente a un grupo y le otorgue gracias, o considere menor a otro grupo y lo trate con discordia o le impida de otra manera de gozar de los derechos reconocidos a quienes no se consideran en tal situación, es incompatible con la idea de igualdad. Asimismo, el principio

primordial de igualdad y no discriminación ha ingresado en la potestad del ius cogens, sobre él reposa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. A si también, la corte ha determinado que los estados deben tomar medidas proactivas para revertir o modificar los contextos discriminatorios, debiendo cuidarse de realizar acciones que vayan dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación.

El artículo 1.1 de la Convención es una norma que establece que los estados que son parte, consideren y legitimen el pleno y libre ejercicio de los derechos allí reconocidos “sin discriminación alguna”, entendiéndose por ello que tiene un carácter general, generando responsabilidad internacional la inobservancia por parte de cualquier estado. Es por ello que existe un lazo sólido entre la necesidad de respetar y asegurar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, el artículo 24 resguarda el derecho a “igual protección de la ley”, es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe que los derechos que comprenden el tratado así como las leyes de cada estado, apliquen la discriminación de derecho; poniéndose por ejemplo cuando un estado discrimina en el respeto a un derecho, quebrantará lo dispuesto en el artículo 1.1 , pero si el estado aplica un amparo desigual de la ley interna, el hecho se analizara a través del artículo 24 de la Convención Americana.

Con respecto a la **SEGUNDA POSTURA** se tiene la **CONSULTA 13848-2016-HUAURA** decreta que la modificatoria interpuesta por la Ley 30076, tiene su soporte legítimo en el ejercicio de la autoridad correccional del estado, su carácter preventivo y el fin retributivo de la pena, vistos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, no puede disputar con el derecho a la igualdad ante la ley advertido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; puesto que, si bien por el principio de igualdad se afirma la integra igualdad de la población ante la ley , de tal modo que nadie puede ser discriminado por razones de raza, sexo, idioma, religión, condición económica o cualquier otra índole, tal igualdad debe ser practicada entre los iguales. En tal entendimiento, no se afectaría el principio de igualdad previsto en la Constitución, al

instaurarse en la ley una lista de ilícitos en los que no corresponde aplicarse la responsabilidad restringida, ya que, por lo peligroso de los hechos y la naturaleza del ilícito penal, la ley puede imponer un procedimiento diferenciado; por esta razón la ley anuncia diferentes clases de penas que son definidas en atención al conflicto de los hechos y naturaleza del bien jurídico resguardado, por esta misma razón resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución que la ley delimite que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal por razón de la edad del agente.

CONSULTA N°19212-2016- LIMA SUR, indica que conforme la ley, hay una lista de delitos para los cuales no se aplica la responsabilidad restringida y que con ello no se afecta el principio de la igualdad reconocido en la Constitución; ya que, por la naturaleza del delito y la gravedad de los hechos, la ley esta facultada para imputar un tratamiento desigual. Ello también se convalida cuando la ley prevé distintas clases de penas de acuerdo a la afectación del bien jurídico protegido. **CONSULTA 11384-2015-HUANCAVELICA**, El colegiado advierte que el empleo de la limitación del beneficio de la pena no se puede juzgar como una medida garrafal o exagerada con afectación a los derechos constitucionales del imputado, pues no puede esquivarse las circunstancias agravantes en que produjo el hecho punible, esto es, con abuso de la situación de superioridad sobre la víctima, aprovechando circunstancias de tiempo, forma o lugar para obstaculizar la defensa de la menor, y en efecto acorde consta de autos, el suceso se cometió en la casa del condenado quien es una persona mayor en fuerza y edad, y actuó transgrediendo la confianza que tenía la menor agraviada de nueve años de edad, por el apego de vecinos que tenían ambos y por la inocencia de la menor, vulnerando así la indemnidad sexual de la víctima con los detrimentos psicológicos que ello le conduce.

Ahora bien, luego de revisadas las dos posturas **SE CONCLUYE** que, por razones de política criminal se pretende respaldar la objetividad del supuesto normativo comprendido en el segundo párrafo del artículo 22º de nuestro Código Penal Sustantivo, por intermedio del cual se aparta al agente de la responsabilidad restringida, en razón de la edad, del beneficio

de reducción de la pena; sin prestar atención, que, al hacerlo se quebrantan derechos fundamentales salvaguardados en el plano supranacional como constitucional; entre ellos, el principio de igualdad ante la ley.

Con respecto al ámbito nacional tenemos a la Constitución que en su artículo 2 inciso 2, registra el derecho a la igualdad y tiene como base la esencia primigenia de la constitución frente a las demás normas del sistema jurídico, gozando de supremacía, ya que es el origen formal de las fuentes del derecho y prescribe el contenido material de las normas y de todo el orden jurídico (Palomino Manchego, José).

En tal sentido por el principio de supremacía constitucional, se infiere que cualquier norma que perturbe en lo formal o sustancial a la constitución es jurídicamente nula, instituyéndose así este principio en el “protector” de la Constitución, coligiendo también que los principios que fomentaron la dación de la Constitución deben primar también sobre todo el ordenamiento jurídico. En tal sentido al vulnerarse el derecho a la igualdad que esta reconocido en la constitución y estando al principio protector de la supremacía constitucional, correspondería la inaplicación de la norma que lo vulnera vía control difuso.

En el ámbito internacional este principio de igualdad ante la ley, resulta ser un derecho primordial, es así que el **Artículo 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos** guarda la noción de igualdad ante la Ley en la siguiente expresión: Todas las personas son iguales ante la ley, por tanto, la protección de la ley es igual sin discriminación, **Artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** señala que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a protección igual ante la ley y **La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 7°** imprime lo siguiente: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin diferencia, derecho a igual amparo de la ley”; disposición que involucra que las normas que conciertan un sistema jurídico se debe de consignar de forma semejante para todos y en todos los escenarios, debiendo regularse cualquier acción o conducta que lo vulnere. Mas aun, no debe existir restricción alguna en materia penal, debiendo aplicarse sin limitación alguna, de lo contrario se estaría aplicando penas de manera excluida al dispositivo, infringiendo así

los fines de la pena, como lo es la resocialización del sentenciado; finalmente se recalca que mientras las personas se encuentren en iguales condiciones y contextos no será necesario que se demande que se establezcan excepciones o privilegios que permitan excluir a unos del ámbito de concesiones circunscritas para otros.

3.3 Motivación Insuficiente de las Resoluciones Judiciales y Valoración Probatoria en Segunda Instancia

3.3.1 Es de observarse que la Sentencia de Vista N°90-2019 no contiene una debida motivación, siendo que por el artículo 139 numeral 5 de la Constitución, la motivación de las resoluciones es una obligación, pudiendo ser concisa, sucinta o en algunos casos por remisión; la motivación requiere que el razonamiento que comprenda, establezca lógica y jurídicamente sus fundamentos, es decir, la ratio decidendi por la que se llega a tal fallo. (Luis Manuel Liza Castillo, 2022). El derecho a la motivación es un presupuesto primordial para el correcto y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

En la sentencia de vista el Colegiado Superior no motivo debidamente el por qué le dio un diferente valor probatorio a los medios probatorios sujetos a inmediatez en primera instancia, no justificando su decisión, incurriendo en deficiencia de motivación externa, infiriéndose de ello que se debió dar un soporte tanto en el derecho como en el contenido fáctico que fluye de la prueba actuada y se debió expresar literalmente por el Juez. Por tanto, la enunciación de la [premisa mayor], como norma para la solución del caso, debe venir del ordenamiento jurídico actual, en tanto que al enunciado fáctico [premisa menor] le corresponde manifestar el contenido probatorio procedente de la actuación de la prueba; por ello, la justificación material o justificación externa no es otra cosa que la explicación de las razones del contenido de la premisa normativa, como de la premisa fáctica.

Ahora bien, con respecto a la motivación externa de las sentencias, ya ha habido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, siendo las siguientes:

Exp. 0896-2009-PHC/TC: Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El examen de la motivación comprueba que las premisas de las que parte el Juez hayan sido verificadas o desarrolladas respecto de su validez fáctica o jurídica. Como lo

expreso Dworkin, ello es común en los casos difíciles, en donde se manifiesta problemas de pruebas o interpretación de la norma, siendo la motivación la garantía para consentir las premisas de las que partió el Juez, por ejemplo si el juez concluyó la existencia de un daño, luego concluyó que ello fue causado por equis, pero no se fundamenta el porqué de la vinculación del hecho con la participación de equis, entonces estamos ante una inobservancia de la justificación de la premisa fáctica y por ende deficiencia de motivación externa.

EXP. N°03433-2013-PA/TC: Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se exhibe cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido comprobadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

Exp. N°0728-2008-PHC/TC: Es una garantía de los justiciables el derecho a una adecuada motivación de las resoluciones judiciales y ello responde a que las resoluciones no se encuentren comprendidas en el mero capricho de los jueces, sino en datos ecuanímenes e imparciales; asimismo se observa que no todo error en la que se incide en una resolución, constituye una vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

3.3.2 Por otro lado, a causa de lo desarrollado en la deficiencia de la motivación externa, se observará también la valoración probatoria en segunda instancia, siendo que por el Artículo 425 del Código Procesal Penal, numeral 2, la Sala de apelaciones solo podrá apreciar independientemente la prueba actuada en audiencia de apelación, y la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada, no pudiendo conferir diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea discutido por una prueba actuada en segunda instancia. Ahora bien, conforme a ello y lo actuado en el expediente que se está analizando, se observa que se ha restado valor probatorio a las declaraciones del Perito Abel Jara Macedo y la testigo Rosalía Laquise Ore, así como lo señalado por los padres de la víctima, entre otros, otorgándose valor distinto a lo ponderado por el Juzgado Penal Colegiado de primera instancia y no se motivó el porqué de dicha valoración y más si se tiene en cuenta

que en segunda instancia no se actuó nueva prueba que objete lo actuado en primera instancia.

En razón a ello, se procederá a comparar el valor probatorio que dio el Colegiado de Primera Instancia con el de Segunda instancia, ello a efecto, de ver la vulneración del artículo 425 del Código Procesal Penal.

MEDIOS PROBATORIOS	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA
<p>Declaración del perito Abel Jara Macedo (peritaje psicológico 12045-2017)</p>	<p>a. <u>Acreditación del acceso carnal y la participación del acusado en el acto delictivo</u></p> <p>La menor en su entrevista con el psicólogo menciona que desde los 7 u 8 años fue sujeto de abuso sexual por parte de Rudy, informo también que en unas tres ocasiones la penetro y que la última vez que la abuso fue en febrero del 2015, observando que la menor narra las mismas circunstancias que en cámara Gesell.</p> <p>b. <u>Acreditación de la afectación sufrida por la menor agraviada</u></p> <p>Al momento de la evaluación se aprecia leve reacción emocional ansiosa, al momento del examen estaba algo ansiosa, durante la entrevista, por ejemplo, movía las manos repetidamente, su tono de voz era bajo, en un momento cuando habla de su primo y dice que lo quería bastante antes de que ocurrieran esos hechos, rompe en llanto, en otros momentos contiene el llanto También expone algunos sentimientos de culpa, respecto del relato el psicólogo encontró espontaneidad. Asimismo, la afectación se ve corroborada también con el INFORME N°01-2018 en donde en la hoja de vida 2016 se consigna que la estudiante presentaba ciertos cortes en las manos, indicando la menor que los cortes se los realizaba desde los 7 años, la CONSTANCIA DE ATENCION DEL COMPLEJO HOSPITALARIO MOISES HERESI, en donde se consigna que la menor desde el año 2018 sigue concurriendo al consultorio de medicina psiquiátrica y la RECETA MEDICA expedida por la Dra. María Gonzales Rivera en donde se consigna los medicamentos que toma la menor.</p> <p>c. <u>Acreditación de las circunstancias periféricas en la declaración en cámara Gesell de la menor agraviada</u></p> <p>El perito psicólogo reafirma que el relato brindado por la menor agraviada es espontaneo, situado en un contexto espacial y temporal específico, además de estar revestido por diversos detalles.</p>	<p>En segunda instancia se indica que la argumentación de primera instancia resulta incoherente e inadecuada para el análisis de la existencia de la prueba periférica que corrobore los hechos brindados por una víctima de violación sexual. Se indica que la pericia psicológica no brinda mayor información o información relevante que de sustento significativo a los efectos o impacto de los hechos de violación sufridos por la víctima.</p> <p>El hallazgo en la agraviada de “reacción ansiosa” sin mayor análisis o examen de profundidad relacionado con los hechos, el tiempo transcurrido u otra información periférica relevante, como aquella que pudiera haberse producido en su entorno familiar, amical o de estudios, no es suficiente para sostener una decisión de reproche corroborada.</p> <p>Con respecto a la atención psiquiátrica, receta médica, recibo de caja y boletas, que corresponden a atenciones de la menor agraviada, mas no existe, ni se ha proporcionado información (prueba actuada en juzgamiento), que vincule los datos proporcionados con los hechos del caso, esto es, que este tratamiento psiquiátrico sea consecuencia del delito que se juzga.</p>

<p>2.- Declaración de la asistente social Rosalía Laquise Ore (CEM)</p>	<p>a. Acreditación de las circunstancias periféricas en la declaración en cámara Gesell de la menor agraviada Quien detalló que la madre de la menor agraviada se apersono al CEM e indico que su menor hija había sido víctima de violación sexual por parte de su primo, asimismo dicha asistente social que, de lo narrado por la madre de la menor, se evidencio que la menor presentaba ideas autolíticas (ideas suicidas).</p>	<p>Es una testigo de referencia en relación a la información que sobre los hechos le proporciona la madre de la agraviada, pues ella explica que no tiene la facultada de entrevistar a los menores. Se indica que la declaración de esta testigo ha de tomarse con reservas en cuanto no da información corroborante respecto de los hechos de agresión sexual. En cuanto a las ideas autolíticas, la información en mención debió ser materia de una evaluación psicológica en la menor, que permita desentrañar el origen de estas, esto es, si se originan en las causas descritas (violencia intrafamiliar o sexual) y si fuera el caso, permita vincular las mismas con los hechos de violación que se juzga. Tal actividad no ha sido realizada por el Ministerio Público, ni por la entidad estatal que acoge estos actos de violencia. Por tanto, mal hizo el Juzgado (primera instancia) en asumir o inferir un vínculo de este hallazgo (autolesiones), con los hechos de juzgamiento cuando no hay prueba de ello.</p>
<p>Declaración de Martha Huanaco Tonccocho</p>	<p>a. Corroboración del lugar y fecha donde sucedieron los hechos y también corroboración de las circunstancias previas y posteriores al hecho delictivo Cuando mi esposo llega de viaje el, el carro lo estacionaba en la puerta de mi casa, el 23 de febrero llega mi esposo a la casa (...). Como siempre era una reunión familiar en la que también estaba Rudy y su familiaestábamos varios en la mesa conversando porque estábamos en una reunión familiar y mi esposo cuando no ve a mis hijas, yo le dije ¿Dónde están las niñas?, deben estar jugando me dice , le digo “Anda busca a las niñas no las veo”, así que regresa y me dice “Mary está ahí, mas no está Daniela me dicen”, entonces yo le digo “corre búscale”, ahí es donde mi esposo sale de mi casa afuera a buscarlos y estaban ahí afuera con Rudy y cuando mi esposo le pregunto ¿Qué están haciendo? Dice que le respondió Rudy estamos juzgado tío, en esa ocasión mi hija también me cuenta que debajo del carro le bajo</p>	<p>La declaración solo reitera lo expresado por la menor. Es testigo indirecto de los hechos</p>

	<p>el pantalón y le empezó a penetrar su pene, debajo del carro, porque el carro es super grande.</p> <p>b. Acreditación de las circunstancias periféricas en la declaración en cámara Gesell de la menor agraviada</p> <p>La madre de la menor en su declaración relato que ella fue la primera persona a quien su hija le conto lo sucedido, y después ella conto lo sucedido a su esposo, que incluso fueron a conversar a la casa del acusado. Lo cual condice con las declaraciones de la menor en cámara Gesell</p>	
<p>4.- Declaración de Serafín Alejandro Quispe López</p>	<p>a. Corroboración del lugar y fecha donde sucedieron los hechos y también corroboración de las circunstancias previas y posteriores al hecho delictivo</p> <p>La última vez que había sido abusada precisamente fue en esa fecha un mes de febrero maso menos el último viaje que hice era el veintidós , veintidós de febrero del dos mil quince, en esa ocasión yo recuerdo que desapareció mi hija Any Daniela con su primo Rudy, pues nos percatamos que ese momento no estaba mi hija, entonces mi esposa me dijo, “ve a buscarla, donde está la niña”, entonces yo fui a buscarla, era oscuro ya , entonces volví dentro de la casa y le dije a mi esposa que no hay, entonces me dijo ¿Cómo no va a ver? Anda regresa, entonces volví otra vez y ahí apareció debajo del carro mi hija, agarrando un papelito con Rudy y le pregunto ¿Qué hace ustedes? Y responden estamos limpiando el carro. Dicha declaración ha sido corroborada aun mas con la BOLETA DE PAGO DEL MES DE FEBRERO DEL 2015.</p> <p>b. Acreditación de las circunstancias periféricas en la declaración en cámara Gesell de la menor</p> <p>El padre de la menor narro como encontró a su hija conjuntamente con el acusado, por inmediaciones del vehículo que conducía. Lo cual condice con las declaraciones de la menor en cámara Gesell</p>	<p>La declaración solo reitera lo expresado por la menor. Es testigo indirecto de los hechos.</p>

Se concluye que el principio por el que se rige la instancia recursiva es el de limitación, refiriéndose ello al límite que tiene el Tribunal Revisor en cuanto al ámbito de la apelación, pues solo le está permitido pronunciarse con relación a la resolución recurrida y a lo que ha sido objeto de controversia por quien recurre. En el debate de la decisión, indubitavelmente, se realizará una nueva estimación del caudal probatorio, pero dicha ponderación debe efectuarse siguiendo las pautas establecidas en el artículo 429 y 393 del Código Procesal Penal.

En efecto en primera instancia, es un hecho acreditado que el abuso sexual se cometido sin que existiese testigo directo distinto de la víctima; sin embargo, la declaración del padre de la menor constituye un testimonio directo de un hecho inmediato posterior, pues quedo acreditado que fue el quien lo encontró debajo del vehículo luego de consumado el delito. Con relación a la declaración de la madre, su valor radica en que fue ella quien instó al padre de la víctima a que fuese a buscar a su hija menor, al advertir que no estaba en la reunión familiar. Así la versión de los padres de la víctima se concatenaba con la versión efectuada por la menor en cámara Gesell, de ello se desprende que era viable colegir que la agraviada no dio una versión fantasiosa, sino real. La sala penal Superior no le otorgo valor probatorio, sin mayor argumento, ni analisis de manera razonable si dichas versiones constituían elementos periféricos razonables que corroboraban la declaración de la víctima, como así lo había estimado el Juzgado de primera instancia.

Con respecto a la declaración del perito psicólogo Abel Jara Macedo, la Sala Penal de Apelaciones le dio un valor distinto a lo alegado por el referido perito; finalmente cabe precisar se también fue cuestionada la declaración de la trabajadora social Rosalía Laquise Ore, pero no hubo ningún razonamiento que valide dicho valor que le dio el Juzgado de segunda instancia.

3.4 Prescendencia del Control Difuso por el Acuerdo Plenario N°4-2016

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los Magistrados al momento de resolver un proceso, encuentran una incompatibilidad entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resolverán la causa conforme a la primera, debiendo las sentencias expedidas elevarse en consulta a la Sala Constitucional y social, solo si no fueran apeladas. En merito a ello, en el presente caso, si la sentencia de primera instancia no hubiese sido apelada, el caso se hubiera elevado en Consulta a la Sala Constitucional y Social, a efecto se determine si se aplicó correctamente el control difuso, pero ahora obra la siguiente interrogante, si ya hay toda una línea jurisprudencial y el Acuerdo Plenario 4-2016 de las Salas Penales, ¿sigue siendo necesario elevar en consulta

un proceso en el que se inaplique el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por ser inconstitucional?

Frente a esa interrogante es preciso revisar la CASACION N°1057-2017-CUSCO que señala “ *Cuando existe jurisprudencia penal-especial pacífica consolidada y/o vinculante aplicable, en este caso el Acuerdo plenario 4-2016, se faculta a los jueces penales a relegar la aplicación del control difuso*”; CASACION N°1672-2017-PUNO y CASACION N°214-2018-EL SANTA, que establecieron que “*Las contradicciones existentes entre las Ejecutorias Supremas de la Sala Constitucional y Social Permanente y de otro lado el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, se disiparán en función a tres pautas 1) Especialidad- juicio específico vinculado a la rama del derecho en la que se inserta el precepto legal examinado, 2) Temporalidad- momento de expedición de las sentencias, 3) Técnica de resolución de conflictos normativos en el Derecho Penal- regla jurídica precisa, propia del derecho penal. Por estas consideraciones se incidió en una injusta aplicación de las reglas constitucionales, básicamente el principio de igualdad ante la ley y el principio de favorabilidad penal, así como el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal, se inaplica infundadamente del mencionado Acuerdo Plenario*”.

Conforme la jurisprudencia ya analizada , concuerdo que no es necesario elevar en consulta a la Sala Constitucional y Social cuando se inaplique el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, ya que, ya existe una línea jurisprudencial a favor del derecho a la igualdad y ello se consolido con el Acuerdo Plenario 4-2016 de las Salas Penales, el mismo que estableció como doctrina legal sus criterios expuestos y expreso que los Magistrados del Poder Judicial, por el principio de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si expresan nuevas y disímiles valoraciones jurídicas respecto de las ya desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema.

Conclusiones

1.- Por el Principio “protector” de la Constitución, cualquier norma inferior que afecte en lo sustancial o formal a la Constitución será legalmente inválida.

2.- A lo largo del tiempo ha habido numerosas críticas doctrinarias así como pronunciamientos judiciales de distinta perspectiva sobre la aplicación o inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, ello con respecto a los delitos que se excluyen; razón por la cual, las Salas Penales de la Corte Suprema emitieron el Acuerdo Plenario N°4-2016/CIJ-116, que estableció como doctrina vinculante que resulta inconstitucional por afectar el derecho a la igualdad la aplicación de la excepción contenida en el artículo 22 del Código Penal, por ende no se debe aplicar por los jueces.

3.- La responsabilidad restringida implica un tratamiento especial, puesto que se basa en la condición personal del procesado, es decir, su edad, ubicándose en la “capacidad de culpabilidad”, dejando de ser relevante la antijuricidad.

4.- Resulta discriminatorio, inconstitucional y arbitrario, la diferencia de trato fundada en la naturaleza del delito, por ende, al existir colisión entre una norma constitucional y otra legal, correspondería la aplicación del control difuso por los jueces; pero si concurre jurisprudencia penal-especial firme y/o vinculante aplicable, en este caso el Acuerdo plenario 4-2016, se permite a los jueces penales a relegar la aplicación del control difuso.

5.- En segunda Instancia el colegiado se puede apartar de las conclusiones probatorias de primera instancia, solo si se trata de pruebas documentales, preconstituidas y anticipadas, que al no estar sujetas a la inmediación pueden ser valoradas de distinta forma; por otro lado, si se trata de prueba personal, no será posible el cambio del sentido del fallo, a menos que la valoración haya incurrido en notorio error o haya sido desvirtuada por nueva prueba.

6.- De acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, todos son iguales ante la ley y tienen, sin diferencia, derecho a igual amparo de la ley; disposición que

involucra que las normas que conciertan un sistema jurídico se debe de consignar de forma semejante para todos y en todos los escenarios, debiendo regularse cualquier acción o conducta que lo vulnere.



Referencias Bibliográficas

Balaguer, F. (2014). *La constitución del algoritmo*. Fundación Manuel Giménez Abad.

file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Balaguer_Callejon_F_2022_La_constitucion_del_algor.pdf

Cáceres Julca, R.E e Iparraguirre, R (2018). *Código procesal penal comentado*.

Carbajal Mayta, K.Y, Raya Muñico, L (2019). *Inaplicación de la responsabilidad restringida y sus implicancias en el principio de igualdad ante la ley en el Juzgado penal colegiado de Huancayo 20218*. Tesis para optar el título de abogado, Universidad Peruana los Andes.

Castillo Zavaleta, D.R, Ramírez Alejo, J.A (2019). *Inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del código penal peruano, vía control difuso en delitos de violación sexual*. Tesis para optar el título de abogado, Universidad Nacional de Trujillo.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Compendio sobre la igualdad y no discriminación, Estándares Interamericanos*.

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>

Corte interamericana de derechos humanos, *Caso Tibi Vs. Ecuador*,

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 14: igualdad y no discriminación*. 1-188.

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>

Corte Suprema del Perú. *Acuerdo plenario 01-2019*. LP Pasión por el derecho.

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Acuerdo-plenario-1-2019-CIJ-116-Legis.pe_.pdf.pdf

Corte Suprema del Perú. *Acuerdo plenario 4-2016*. LP Pasión por el derecho.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Acuerdo-Plenario-4-2016-CIJ-116-LP.pdf>

El Peruano, diario oficial del bicentenario. *Buscador de casaciones*

<https://diariooficial.elperuano.pe/Casaciones>

El Peruano, diario oficial del bicentenario. *Ley 28704*, pag.316149

<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28704.pdf>

Gracia Toma, V (2008). *El derecho a la igualdad*. Revista institucional N°8 de la Academia de la Magistratura, pág. 109.

https://sistemas.amaq.edu.pe/publicaciones/revistas_institu/revista8.pdf

Juristas editores E.I.R.L 2024. *Código penal*.

Juristas editores E.I.R.L 2024. *Nuevo código procesal penal*.

Konrad adonaver stiftung. *Jurisprudencia del tribunal federal Alemán*,

https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

Oyarse Delgado, J. (2019). *Responsabilidad restringida por la edad en la comisión de delitos graves y la jurisprudencia en las Salas de la Corte Suprema*.

Universidad Nacional San Martín de Porres.

<https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/VJ/article/view/1717/1754>

Quispe Salsavilca, D. *El deber de independencia e imparcialidad, su relación con la debida motivación y factor tiempo en la actividad Jurisdiccional*. Tesis doctorada de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5810/QUI_SPE_SALSAVILCA_DAVID_DEBER_INDEPENDENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Santa Cruz, JC. *Notas sobre la interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal*. Academia de la Magistratura.

Talavera Elguera, P. *Jurisprudencia vinculante y relevante*. Editorial pacífico.

Tribunal Constitucional, *Centro de estudios constitucionales.*

<https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sistematizacion-jurisprudencial/busqueda/>

