

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA
LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

MATERIA CIVIL:

**INFORME DE EXPEDIENTE N° 01507-2013-0-2001-JR-FC-02
DIVORCIO POR CAUSAL**

MATERIA PENAL:

**INFORME DE EXPEDIENTE N° 04222-2016-13-0401-JR-PE-01
ACTOS CONTRA EL PUDOR**

AUTOR: Bach. JHIMIELL JHON CABALLERO CULCA

ASESOR: Dr. GUILLERMO ALEXANDER CRUZ VEGAS

**TRUJILLO – PERÚ
2022**

HOJA DE FIRMAS

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi familia y a Dios porque son las personas más importantes de mi vida y que siempre me brindaron su apoyo incondicional y me alentaron a seguir adelante con más fuerza y poder cumplir con mis objetivos y lograr seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por brindarme la inteligencia y la sabiduría para terminar con éxito mi carrera profesional y por brindarme las fuerzas necesarias para salir adelante.

Agradezco a mi familia por nunca abandonarme y siempre estar presente en todos mis logros y por nunca dejarme caer para poder lograr cumplir mi meta de llegar a ser un profesional.

RESUMEN

El presente trabajo de Suficiencia Profesional, ha sido realizado con el fin de obtener el título de abogado; el cual abarca dos materias fundamentales en el Derecho, que son el derecho Civil y Penal.

En derecho Civil, se ha desarrollado la siguiente materia: *Divorcio por Causal*, basado en el expediente N° 01507-2013-0-2001-JR-FC-02; proceso incoado por Eugenia Mamani Mamani contra el señor Walter Silva Mechato; el cual se ha desarrollado a lo largo del presente informe de suficiencia profesional.

En derecho Penal, se ha desarrollado el presente informe basado en la carpeta fiscal N° 04222-2016-13-0401-JR-PE-01, cuya materia es *Actos contra el pudor*, tipificado en el artículo 176-A del Código Penal, en el cual se aprecia que el investigado Erick Carlos Cruz Peláez, es detenido, por el presunto Delito Actos contra el pudor, en agravio de la menor con iniciales J.J.S.A. y se constatará en el presente informe de Suficiencia profesional.

Se han estudiado los presentes casos, en los cuales se han realizado observaciones, análisis y aportes a lo largo del presente trabajo de Suficiencia Profesional para la obtención del título de abogado.

Palabras clave: Divorcio por causal, derecho civil, actos contra el pudor, derecho penal.

ABSTRACT

The present work of Professional Sufficiency, has been carried out in order to obtain the title of lawyer; which covers two fundamental subjects in Law, which are Civil and Criminal Law.

In Civil Law, the following matter has been developed: Divorce by Cause, based on file No. 01507-2013-0-2001-JR-FC-02; process initiated by Eugenia Mamani Mamani against Mr. Walter Silva Mechato; which has been developed throughout this professional proficiency report.

In Criminal Law, this report has been developed based on the fiscal folder No. 04222-2016-13-0401-JR-PE-01, whose subject is Acts against modesty, typified in article 176-A of the Penal Code, in which it is appreciated that the investigated Erick Carlos Cruz Peláez, is arrested, for the alleged Crime Acts against modesty, to the detriment of the minor with initials J.J.S.A. and it will be stated in this Professional Sufficiency report.

The present cases have been studied, in which observations, analyzes and contributions have been made throughout the present work of Professional Sufficiency to obtain the title of lawyer.

Keywords: Divorce by cause, civil law, indecent acts, criminal law.

MATERIA CIVIL:

INFORME DE EXPEDIENTE N° 01507-2013-0-2001-JR-FC-02
DIVORCIO POR CAUSAL

INDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
Agradezco a Dios por brindarme la inteligencia y la sabiduría para terminar con éxito mi carrera profesional y por brindarme las fuerzas necesarias para salir adelante.	4
Agradezco a mi familia por nunca abandonarme y siempre estar presente en todos mis logros y por nunca dejarme caer para poder lograr cumplir mi meta de llegar a ser un profesional.	4
Palabras clave: Divorcio por causal, derecho civil, actos contra el pudor, derecho penal.	5
INDICE	8
INTRODUCCIÓN	12
CAPITULO I	13
1. DATOS DEL EXPEDIENTE	13
2. SITUACION PLANTEADA AL CASO	13
3. ASPECTOS DOCTRINARIOS SUSTANTIVOS	17
3.1. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	17
3.2. CONCEPTO DE DIVORCIO	18
3.3. CAUSALES DE DIVORCIO	19
3.4. TIPOS DE DIVORCIO	20
3.5. EFECTOS LEGALES	22
3.6. INDEMINIZACIÓN	22
3.7. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL	23
3.8. LEGISLACIÓN COMPARADA	24
4. ASPECTOS PROCESALES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL	26
4.1. COMPETENCIA	26
I. EL PROCESO DE CONOCIMIENTO	26
II. PRETENSIONES QUE SE TRAMITAN EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO.	27
III. EL DIVORCIO POR CAUSAL EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO	28
IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS.	28
V. LOS SUJETOS DEL PROCESO.	29

a.	EL JUEZ	29
b.	PARTES PROCESALES	29
VI.	ETAPAS DEL PROCESO	30
a.	DEMANDA	30
b.	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	31
c.	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	32
d.	RECURSO DE APELACIÓN	32
e.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA	33
f.	RECURSO DE CASACIÓN	33
	CAPITULO II	34
I.	ANALISIS DEL EXPEDIENTE	34
1.	SINTESIS DE LA DEMANDA	34
2.	SINTESIS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN	36
i.	CONTESTACION DE DEMANDA:	37
ii.	RECOVENCIÓN	42
3.	SINTESIS DE LA ABSOLUCION DE TRASLADO DE RECOVENCIÓN	46
4.	SINTESIS DE SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	46
I.	FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:	47
II.	SOBRE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA	49
III.	SOBRE CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO	50
IV.	SOBRE LA TENENCIA Y REGIMEN DE VISITAS	51
5.	SINTESIS DE APELACION DE SENTENCIA INFUNDADA	52
I.	Fundamentos del Agravio:	52
II.	Fundamentos de derecho	53
6.	SINTESIS DE LA SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA	54
7.	SINTESIS DE RECURSO DE CASACIÓN	54
8.	SINTESIS DE RESOLUCIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN	55
	CAPITULO III	57
1.	ACTUACION DE LOS ACTORES DEL PROCESO	57
1.1.	DE LA DEMANDANTE	57
1.2.	DEL DEMANDANDO	58
2.	APRECIACIONES FINALES	58
a.	SOBRE LA DEMANDA	58

b.	SOBRE LOS ACTOS PROCESALES PREVIOS A LA SENTENCIA	58
	i. DEL DEMANDANTE _____	58
	ii. DEL DEMANDADO _____	58
	iii. DEL JUZGADOR: _____	59
c.	SOBRE LAS SENTENCIAS _____	59
	i. PRIMERA INSTANCIA _____	59
	ii. SEGUNDA INSTANCIA _____	59
	iii. CASACIÓN _____	60
d.	SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS ACTORES DEL PROCESO ____	60
	i. LA DEMANDANTE _____	60
	ii. EL DEMANDADO _____	60
	iii. ACTUACION DEL JUEZ _____	60
	iv. ACTUACION DE LA SALA SUPERIOR _____	61
	v. ACTUACION DE LA CORTE SUPREMA _____	61
3.	Bibliografía _____	61
CAPITULO I _____		66
1.	Planteamiento del problema _____	66
1.1.	Datos Generales: _____	66
1.2.	Los hechos materia del caso: _____	66
1.3.	Determinación del Objeto del Proceso _____	67
1.4.	Delito de actos contra el pudor y Violación sexual: _____	67
CAPITULO II _____		69
2.1.	Alcances doctrinarios del delito Actos contra el pudor: _____	69
	a. Contexto social de actos contra el pudor: _____	69
	b. Concepto de actos contra el pudor: _____	70
2.2.	Análisis del caso concreto en su aspecto sustantivo: _____	78
	a. Sujeto Activo: _____	78
	b. Sujeto Pasivo: _____	78
	c. Bien Jurídico Protegido: _____	78
	d. Juicio de tipicidad: Acción típica _____	78
	e. Objeto del delito: _____	78
	f. Tipicidad subjetiva: _____	78
CAPITULO III _____		79
3.1	Alcances doctrinarios del delito Violación Sexual: _____	79

a. Contexto social de Violación sexual: _____	79
3.2. Análisis del caso concreto en su aspecto sustantivo: _____	84
a. Sujeto Activo: _____	84
b. Sujeto Pasivo: _____	84
c. Bien Jurídico Protegido: _____	85
d. Objeto del delito: _____	85
e. Tipicidad subjetiva: _____	85
CAPITULO IV _____	86
Análisis Procesal: _____	86
1. Alcances Procesales según el Proceso común: el Nuevo Código	
Procesal Penal: _____	86
1.1. Competencia: _____	86
1.2. Iter Procesal: _____	87
1.2.1. Investigación Preparatoria:	87
1.2.1.1. La noticia criminis:	88
1.2.1.2. Las diligencias Preliminares:	88
1.2.1.3. La Formalización de la investigación Preparatoria:	90
1.2.1.4. Las medidas de coerción: prisión preventiva:.....	92
1.2.2. La etapa intermedia:	94
1.2.2.1. El sobreseimiento:	96
1. Los alegatos de apertura:.....	106
2. La conclusión anticipada:	106
3. La nueva prueba:	107
4. La actuación Probatoria:	107
5. Los alegatos de cierre:	109
6. La sentencia:	110
7. Recurso de apelación	134
8. Sentencia en segunda instancia:	142
ii. La casación en el Perú: un nuevo recurso:.....	153
CAPITULO V _____	175
Apreciaciones finales _____	175
1. Apreciación Personal de la Actuación de las Partes _____	175
2. Apreciación Personal de la Actuación del Órgano	
Jurisdiccional.....	176
3. Apreciación del Expediente _____	177
Bibliografía _____	180

INTRODUCCIÓN

El presente informe se desarrolla de acuerdo con el Expediente en Materia Civil signado con el número N° 01507-2013-0-2001-JR-FC-02 proceso incoado por Eugenia Mamani Mamani contra el señor Walter Silva Mechato, sobre Divorcio por Causal.

El presente informe ha sido estructurado en tres capítulos: En el Primer Capítulo se indicará la Situación Planteada de la causa materia de análisis y los aspectos doctrinarios procesales regulados en el presente caso.

En el Segundo Capítulo, se hará referencia al análisis del expediente, descripción de los hechos y comentarios de cada etapa procesal realizándose un análisis de las actuaciones procesales más relevantes y los sujetos intervinientes en el trámite del presente proceso.

En el Tercer Capítulo, se exponen las actuaciones de los actores del proceso y las apreciaciones finales del desarrollo global del proceso, actuación de los sujetos procesales y de los órganos jurisdiccionales a cargo en las diferentes instancias.

CAPITULO I

1. DATOS DEL EXPEDIENTE

- **Expediente:** 01507-2013-0-2001-JR-FC-02
- **Distrito judicial:** PIURA
- **Provincia / Distrito:** PIURA
- **Instancia:** JUZGADO DE FAMILIA
- **Juez:** CRISTHIAN LANDIVAR CASTILLO
- **Especialidad:** FAMILIA CIVIL
- **Fecha de ingreso:** 17/07 /2013
- **Proceso:** CONOCIMIENTO
- **Materia:** DIVORCIO POR CAUSAL
- **Demandante:** EUGENIA MAMANI MAMANI
- **Demandado:** WALTER SILVA MECHATO

2. SITUACION PLANTEADA AL CASO

- ✓ El caso analizado tiene como fecha de inicio el 17 de julio del 2013, mediante la demanda interpuesta por Eugenia Mamani Mamani,

quien interpone demanda de Divorcio por causal contra el señor Walter Silva Mechato, con finalidad que se declare la disolución del vínculo matrimonial indemnización por daño y prejuicios a favor de la recurrente y acumulativamente se determine la tenencia y consiguiente régimen de visitas de mi menor hija Nattiel Silva Mamani de cuatro años de edad, así como la liquidación de sociedades de gananciales y en consecuente el Divorcio Absoluto.

- ✓ Una vez ingresada la demanda, el proceso es asignado al Segundo Juzgado de Familia de Piura, quien mediante Resolución N.º 01 de fecha 18 de julio de 2013 admite a trámite, vía de proceso de conocimiento la demanda de Divorcio las causales de violencia física y psicológica, injuria grave e imposibilidad de hacer vida en común y acumulativamente, tenencia y Régimen de visitas contra su esposo Walter Silva Mechato interpuesta por la recurrente, en consecuencia, se declara improcedente la acumulación la pretensión consistente en la liquidación de la sociedad gananciales, se tiene por ofrecidos los medios probatorios propuestos y por señalado el domicilio procesal que se indica para su oportunidad notificación,
- ✓ Mediante Resolución N° 02, de fecha 06 de agosto de 2013, el Segundo Juzgado de Familia de Piura se tiene por apersonado a la parte demandada al señor Walter Silva Mechato, señalando también su domicilio real.
- ✓ Mediante escrito N° 01 de fecha 03 de septiembre del año 2013 se presenta contestación de demanda y reconvención sobre tenencia de la menor hija.
- ✓ Mediante Resolución N° 03 de fecha 04 de setiembre de 2013 se resuelve, por contestada la demanda en los términos expuestos por parte de Walter Silva Mechato y por ofrecidos los medios probatorios propuestos, se admite la reconvención formulada por el recurrente sobre divorcio por causal de conducta deshonrosa que hace

insoportable la vida en común e indemnización por daño moral en la suma de S/ 100,000.00 nuevos soles a favor del reconvincente y asimismo Tenencia de la menor Natiel Silva Mamani; y téngase por ofrecidos los medios probatorios propuestos. Se corre traslado a la demandante por el plazo de treinta días hábiles para que absuelva la reconvención con arreglo de ley, bajo apercibimiento de declarársele rebelde en este extremo.

- ✓ Mediante escrito de fecha 23 de octubre del 2013 se Absuelve traslado de reconvención a fin de que sea declarada INFUNDADA.
- ✓ Mediante Resolución N° cinco de fecha 24 de octubre de dos mil trece se tiene por contestada la reconvención en los términos que se exponen por parte de Eugenia Mamani Mamani, declárese en rebeldía al Ministerio Publico por no haber contestado la demanda dentro del plazo legal, declárese saneado el presente proceso y valida la relación jurídica procesal existente entre las partes, plazo de 3 días a fin de precisar los puntos controvertidos.
- ✓ Mediante escrito de fecha 05 de noviembre del 2013 la demandante Eugenia Mamani Mamani cumple con mandato a fin de precisar los puntos controvertidos.
- ✓ Mediante Resolución N° 07 de fecha 08 de noviembre de 2013 resuelve fijar como puntos controvertidos del presente proceso, primero: determinar si procede amparar la demanda de Divorcio por las causales de Violencia Física y psicológica, injuria grave e imposibilidad de hacer vida en común., determinar si corresponde amparar la pretensión de tenencia y régimen de visitas.
- ✓ Mediante escrito de fecha 24 de enero 2014 el demandado Walter Silva Mechato solicita régimen de visitas provisional.
- ✓ Mediante escrito de fecha 10 de julio 2014 el demandado Walter

Silva Mechato quien ofrece prueba extemporánea.

- ✓ Mediante resolución número veinticuatro de fecha 26 de setiembre del 2014 se dicta Sentencia de Primera instancia declaro infundada la demanda de divorcio por causales de violencia física y psicológica, injuria grave e imposibilidad de hacer vida en común interpuesta por Eugenia Mamani Mamani, fundada la reconvencción de divorcio por causal de conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común; en consecuencia disuelto el vehículo matrimonial, así como el fenecimiento de la sociedad de gananciales, fundada en parte la demanda de pretensión accesorias de indemnización, fijándola en dos mil nuevos soles a favor del cónyuge inocente la tenencia a favor de la progenitora, fíjese como régimen de visitas a favor del progenitor los sábados de 3:00 p.m a 7:00 y domingo de 12:00 am a 5:00 pm con externamiento y el del cumpleaños del demandado y de la menor de 10:00 a.m. a 1:00 p.m sométase a la demandante, demandado y a la menor a una terapia psicológica.
- ✓ Escrito de fecha 06 de octubre del 2014 la demandante solicita apelación de sentencia infundada.
- ✓ Resolución N° veinticinco de fecha siete de octubre del año dos mil catorce resuelve conceder con efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por Eugenia Mamani contra la resolución número veinticuatro (sentencia) de fecha 26 de setiembre de dos mil catorce.
- ✓ Resolución N° treinta de fecha veintiuno de enero Sentencia de Segunda Instancia, resuelven revocar la sentencia contenida en la Resolución N° 24 de fecha 26 de setiembre de 2014, en el extremo que declara: 1) Infundada la demanda de divorcio por la causal de violencia psicológica, interpuesta por Eugenia Mamani Mamani contra Walter Silva Mechato. Reformándola se declare fundada la demanda de divorcio por causal de violencia psicológica, en

consecuencia, fundada su pretensión indemnizatoria fijando por dicho concepto la suma de mil nuevos soles que deberá ser cancelado por el demandado Walter Silva Mechadoa favor de la demandante Eugenia Mamani Mamani. Asimismo, se confirma en lo demás que contiene.

- ✓ Recurso de casación interpuesto por el demandado Walter Silva Mechato contra la sentencia de vista contenida en la resolución número treinta obrante a fojas doscientos sesenta, de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, emitida por la segunda sala especializada en lo Civil de la Corte superior de justicia de Piura.

- ✓ Resolución de recurso de casación de fecha 10 de marzo de dos mil dieciséis tiene como decisión infundada el recurso de casación de fojas doscientos ochenta y siete, interpuesto por Walter Silva Mechato, NO CASARON la resolución de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos sesenta.

3. ASPECTOS DOCTRINARIOS SUSTANTIVOS

3.1. EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La palabra divorcio deriva del término latino "Divortium" cuyo significado consiste en separación, hecho que revela o describe básicamente aquella actitud de dos cónyuges que, habiendo estado juntos un tiempo, decidir seguir sus vidas por caminos diferentes. (Matamala cabello, 2003), señala en cambio que, la palabra divorcio encuentra su etimología en el vocablo "Divertere" que significa que cada quién sigue su propio camino o va por su propio lado. Así pues, (Muro Rojo, 2003) ha definido al divorcio como aquella figura jurídica que denota la disolución de la unión matrimonial, expresada y decretada por los magistrados en existencia de los esposos, a solicitud de uno de ellos o inclusive hasta de ambos.

Por su parte, (Plácido V., 2013) contempla el divorcio como un mal social que ha sido incorporado a la normatividad y aceptado por la sociedad para evitar problemas, a veces de transcendencia. Explica el autor que el divorcio es un mal, pero un mal necesario, que tiene que pasar para evitar inmoralidades de mayor alcance. Se considera un mal menor al compararlo con mantener un

vínculo matrimonial dañino para los cónyuges, sus hijos, demás parientes e incluso para la sociedad. Sin embargo, cabe precisar que existen fundamentos difíciles de conocer para conocer la razón del porque los cónyuges deciden divorciarse teniendo en cuenta que son situaciones frecuentes, bajo razones que conllevan a influenciar en ello, como es el entorno familiar, personal, cultural, religión, entre muchos otros factores; pero conforme el tiempo va transcurriendo, se van incrementando mayores causas o razones que justifican también ello. (Julia, 2000)

La norma civil peruana ha considerado en su artículo 333° como causales para poder solicitar el divorcio las siguientes: el adulterio, la violencia sea esta física o psicológica, los atentados que se cometen en contra de la vida del cónyuge, la injuria grave, aquellas situaciones donde se da el abandono injustificado del domicilio conyugal, las conductas deshonorosas, el uso habitual e injustificado de sustancias que atentan contra la salud, tales como las drogas o sustancias que generen toxicomanía, las enfermedades graves específicamente de transmisión sexual que se hayan producido después de celebrarse el matrimonio, la homosexualidad, la condena por delito intencional, la imposibilidad de hacer vida en común, dentro de la que se encuentra la incompatibilidad de caracteres entre ambos cónyuges, la separación de hecho de los cónyuges que se producen durante un período mínimo de dos años y de cuatro años para aquellos casos en que los cónyuges hayan procreado hijos, y estos sean menores de edad.

No obstante, frente a estas causales consideramos que, la redacción de estas, afecta la dignidad de la persona, del cónyuge, al presionarlo a exponer cuestiones de índole moral, íntima y de salud, entre otras; exponiéndolo al desprecio de los demás y de la sociedad en general, más aún de su propia familia. Es un deber del Gobierno Peruano garantizar la protección de la familia a través de la normatividad jurídica; sin embargo, la mejor manera de hacerlo es sin perjudicar la individualidad y las garantías que le corresponde a cada persona, como es a una tranquilidad sin restringirse su libertad. Es verdad que existen muchas causas quienes inciden en la disolución del vínculo matrimonial, pero esto no es justificación para transgredir la autonomía de la voluntad del cónyuge al obligarlo a expresar la causa por la que ya no quiere seguir unido a su pareja, ya que, se estaría exponiendo cuestiones privadas que quizá el no desea manifestar.

3.2. CONCEPTO DE DIVORCIO

(Peralta Andia, 2008) expresa que “el divorcio absoluto, divorcio vincular, divorcio ad vinculum, o simplemente divorcio, es la

disolución del matrimonio valido en vida de los esposos, y habilitada a los divorciados para contraer nuevas nupcias”.

Para la Doctora Cabello (Julia, 2000) indica:

1°) El elemento objetivo, es el cese efectivo de la vida conyugal, apartamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, incumplimiento del deber de cohabitación;

2°) elemento subjetivo, es aquella intención de interrumpir la convivencia mediante la separación, por tanto, no se amerita la causal cuando es por efecto de cuestiones laborales, requiriéndose el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges, acotándolo así el propio texto legal modificadorio, en su parte final; y

3°) elemento temporal, se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si el cónyuge no tiene hijos o estos son mayores de edad y cuatro años si tiene hijos menores.

3.3. CAUSALES DE DIVORCIO

La norma civil peruana de 1984 señala que entre las causas del divorcio se encuentran reguladas en el artículo 333°, en donde tipifica 13 causales que pueden ser alegadas en un proceso de divorcio. Nuestra Corte Suprema, a través del Recurso de Casación N° 2239-2001-Lima, conocido por la Corte Suprema de Justicia señala que cuando se refiere al divorcio, esta trata sobre disolución final del vínculo matrimonial, con el que se declara judicialmente haber generado sobre alguna de las causas previstas en la norma, teniendo como consecuencia la finalidad de las obligaciones que nacen del vínculo matrimonial, en caso de que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial. (Varsi Rospigliosi, 2011)

Por otro lado, la Casación N° 1358-2005-Lima se ha constituido nos ilustra respecto a las clases de divorcio, refiriendo que en el artículo 333° se puede interpretar en 3 tipos de divorcio: primero, en que el accionar de uno de los esposos resulta afectado afirmando que el otro haya incurrido en alguna de las causales establecidas en los numerales del 1 al 7, conocido como divorcio-sanción; segundo, que el accionar de uno de los esposos que no resultará afectado en busca de lograr una solución en aquellos casos en que no exista razones que sustenten, de acuerdo al artículo 333° enmarcado dentro del grupo del conocido divorcio-remedio, y tercero, el ejerza su derecho de acción para encontrar una situación conflictiva que se encuentre contemplada en el inciso 12, el cual si bien pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que no se busca un culpable, sino enfrentar una situación en donde se incumplen los deberes conyugales, referido a al caso de la separación de hecho, el cual fue introducido a nuestro orden

normativo a través de la ley N° 27495, con la modificatoria al artículo 333° del código civil.

En el desarrollo de las causales, empezando por el inciso 1 del artículo 333° tenemos al adulterio, el cual encuentra una íntima relación con la potencial afectación de la esfera de la intimidad familiar, por cuanto, en la realidad nacional, cuando un proceso de divorcio se hace público se encuentra latente una sobre exposición de la infidelidad entre cónyuges, la misma que no debería salir de la esfera familiar. Ante este panorama, el expediente N° 3532-1996 de la sala N° 6 ha optado por manifestar una conceptualización del adulterio, señalando que esta consiste en aquel acto sexual que realiza uno de los esposos con otra persona que no es la pareja matrimonial vulnerando la fidelidad que es un deber fundamental en el matrimonio, de modo que el esposo (a) que haya sido afectado tienen la opción legal para acreditar esta causal con las precauciones que revistan la gravedad manifiesta y la precisión de los hechos concretos que le hayan causado dicho agravio.

3.4. TIPOS DE DIVORCIO

(Chiabra, 2011) Al analizar este artículo dice que; el art. 333° consagra dos tipos de divorcio:

- 1. El divorcio sanción o subjetivo;**
- 2. El divorcio remedio u objetivo.**

El divorcio sanción se sustenta en el dolo o culpa imputable a uno de los cónyuges que incumple los deberes que le impone el matrimonio, de ahí que se le denomina también divorcio por causas inculpatorias; se encuentra regulado en los incisos uno al once del artículo 333° de nuestro Código Civil.

En la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio, el divorcio remedio no se sustenta en causas inculpatorias, sino en el fracaso matrimonial que ha dado lugar a que los cónyuges vivan separados de hecho o separados convencionalmente, en ambos casos sin voluntad de reconciliación (está regulado en los incisos doce y trece del art. 333 de nuestro Código Civil).

Desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges limitándose el Juez a constatar el hecho objeto del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley. No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente, en el que se incumplen los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provocó la

situación. El divorcio es considerado como remedio, en el sentido que es una salida del conflicto conyugal en el que no pueden, no quieren o no saben asumir el proyecto existencial de efectuar la vida en común, de naturaleza ética que la unión matrimonial propone. Así el divorcio remedio no indaga el porqué del fracaso matrimonial, ni quien es imputable tal o cual, hecho, lo que sí importa es que se ha generado una ruptura conyugal o quiebra matrimonial, la cual se pone de manifiesto ante la imposibilidad, o la extraordinaria dificultad de alcanzar las funciones esenciales del matrimonio, ya que tal situación impone un sacrificio superior a los que razonablemente es exigible de acuerdo a las condiciones sociales imperantes.

Un sector de la doctrina divorcista proponen establecer una causal genérica, donde se establezca que, ante el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, se dará paso al divorcio, a esta teoría podría denominarse quizás divorcio quiebre. Como podemos observar, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio sanción como de divorcio remedio, adaptándose así a las doctrinas modernas. Es aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio.

A) Divorcio – Remedio Restringido: Cuando la ley restringe, bajo enunciado bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

B) Divorcio – Remedio Extensivo: Que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador, o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial. A diferencia del divorcio –sanción, el diverso –remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna.

En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio–sanción y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente). (Hawie, 2015)

El pedido lo pueden presentar ambos cónyuges, o solo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos

como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges, sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello debe meditar necesariamente la comisión de hechos ilícitos. (Ramos, 1990)

3.5. EFECTOS LEGALES

El divorcio tiene lugar en la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutivo, por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales- es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son:

- Cohabitación
- Fidelidad
- Asistencia mutua
- El cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agredido al suyo (Art. 24° del Código Civil).

3.6. INDEMINIZACIÓN

El Código peruano consagra de manera expresa la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados tanto de la separación de hecho como del divorcio. No obstante, existe un sector de la doctrina que rechaza esta posibilidad, pues se estima que implicaría lucrar con la deshonra, en especial en el caso de adulterio. Esta posición ha sido contestada bajo el argumento de que los hechos que pueden dar lugar a la separación, pueden ser circunstancias que se han generado por violar obligaciones derivadas del matrimonio. En este sentido, si estos hechos, además de ser ilícitos ocasionan un daño al otro cónyuge, dan

lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar. Bajo este razonamiento, debe tenerse presente que tal reparación no tiene nada de inmoral, pues no se trata de obtener un beneficio a costa de un hecho que resulta contrario al ordenamiento, sino de resarcirse de los perjuicios ocasionados por la conducta del culpable, sea directamente por los propios actos de éste, o indirectamente como consecuencia del divorcio. (Zolezzi Ibárcena, 2001)

Regulación. - Se encuentra regulado en el segundo párrafo del art. 345° A, del Código Civil que a la letra dice: El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 Y 352, en cuanto sean pertinentes.

Características. - En primer lugar, los cónyuges tienen derecho a la indemnización de los daños, tanto materiales como morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación. Asimismo, la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges.

En este sentido, no procede la indemnización en los supuestos en que la separación se hubiese producido de mutuo acuerdo, o cuando aquella tenga su origen en el hecho de un tercero (el mandato del juez, por ejemplo).

De otro lado, debe tenerse presente que la responsabilidad a que venimos aludiendo es de naturaleza eminentemente extracontractual, aun cuando se tratara de la indemnización derivada de la disolución anticipada de la sociedad conyugal. Debe descartarse la posibilidad de que la indemnización constituya un efecto de producción obligatoria en las separaciones con atribución de culpa a uno de los cónyuges.

Ello obedece a que las sanciones que se pudieran imponer al cónyuge que originó la separación, no excluyen la indemnización de los daños y perjuicios, habida cuenta que dicha sanción tiene naturaleza sancionatoria, mientras que la indemnización es de naturaleza reparatoria.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el pedido de separación por causales objetivas no constituye un hecho antijurídico; por tanto, no genera obligación de reparación. (Parodi Remón, 2005)

3.7. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR

CAUSAL

Es de resaltar que en el proceso de divorcio, con arreglo a lo previsto en el artículo 481° del Código Procesal Civil, es parte el representante del Ministerio Público, por el que no emite dictamen. El Ministerio Público en su carácter de representante social, sin descargo de las atribuciones que constitucionalmente tiene encomendadas de perseguir los delitos, asume también diversas responsabilidades en la tramitación no solo de los procesos penales, sino en los diversos juicios del orden civil y familiar, vigilando en todo momento el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, más aún en los juicios en donde se vean involucrados menores incapaces y los relativos a la familia, al estado civil de las personas, sucesorio y todos los casos en que por disposición de la ley vigente tiene el deber de intervenir. (J., 2012)

3.8. LEGISLACIÓN COMPARADA

A. ARGENTINA:

El Código Civil argentino señala las siguientes normas relacionadas a la causal de imposibilidad de hacer vida en común: Cap. Xii - Del Divorcio Vincular Art.214.- Son causas de divorcio vincular. 1ro. Las establecidas en el artículo 202; 2do. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204. Art.215.- Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236. Art.216.- El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

Cap. Xiii De Los Efectos Del Divorcio Vincular Art.217.- La sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212. Los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 3574, último párrafo.

Cap. Xvi De Las Acciones Art.227.- Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

B. GUATEMALA:

El Código Civil guatemalteco señala las siguientes normas relacionadas a la causal de imposibilidad de hacer vida en común:

14) Modificación Y Disolución Del Matrimonio: Separación a). Definición Es la interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo jurídico matrimonial, por acto unilateral, por acuerdo mutuo o decisión judicial. Art. 154 C.C.

b). Clasificación

1. 1. Separación de Hecho: Cuando uno de los cónyuges abandona el hogar por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto de cesar la vida común, sin mediar resolución Judicial; y,

1. 2. Separación por Mutuo Acuerdo entre los cónyuges: La cual no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, y concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

1.3. Por Voluntad de uno de los Cónyuges por causa determinada (Legal: Es la declarada judicialmente y modifica en matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia y de la vida en común).

c) Causas Determinadas Para La Separación O Divorcio Art. 155 C.C. 1.1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.

1.2. Malos tratamientos de obra, riñas, y disputas continuas, injurias graves y ofensas al honor, conducta que haga insoportables la vida en común.

1.3. Atentado de uno de los cónyuges contra el otro o los hijos.

1.4. Separación o abandono voluntario de la casa conyugal o ausencia inmotivada por más de un año.

1.5. Que la mujer de a luz a un hijo concebido antes del matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento.

1.6. Incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.

1.7. Negación de Asistencia y alimentación.

1.8. Hábitos de juego o embriaguez y uso de estupefacientes.

1.9. Denuncia calumniosa de un cónyuge a otro,

1.10. Enfermedad grave, contagiosa e incurable

1.11. Esterilidad incurable posterior al matrimonio.

1.12. Enfermedad Mental

1.13. Separación de personas declarada en sentencia firme.

DIVORCIO

a). Definición Es la institución por medio de la cual se rompe y disuelve en absoluto el matrimonio legítimamente contraído y deja a los cónyuges en libertad de contraer nuevo matrimonio.

b). Clasificación:

1. 1. Por Mutuo Acuerdo de los cónyuges: Es aquel en el que interviene la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo

matrimonial, fijando ellos mismos las bases de su divorcio y únicamente el juez velará porque no se viole la ley.

1. 2. Por Voluntad de uno de los Cónyuges: Es el que se decreta a partir de la existencia y comprobación de las causales determinadas por la ley para la disolución del matrimonio.

Regulación Legal: Artículos del 153 al 172 del Código Civil; del 426 al 434 del Código Procesal Civil y Mercantil.

C. PANAMA: El código de Familia de Panamá⁵, no señala necesariamente la imposibilidad de hacer vida en común, pero sí de aproximaciones a la institución; a saber:

“Artículo 212.- Son causas de divorcio:

2°.- El trato cruel o psíquico, si con él se hace imposible la paz y el sosiego doméstico”. Con dicho tenor incumpliríamos la exigencia contenida por el quinto considerando de la resolución casatoria en examen, si fuera el caso, toda vez que la misma requiere especificidad en la determinación de la causal y la mostrada por el ordenamiento panameño en apariencia, involucra en una misma causal, las situaciones que conocemos como violencia física o psicológica, pero a la vez, el agregado de hacerse por ello imposible la paz y el sosiego doméstico, señalan que en dichas condiciones, la convivencia normal familiar no resulta posible.

4. ASPECTOS PROCESALES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

4.1. COMPETENCIA

I. EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

"El proceso patrón, modelo o tipo, en donde se ventilan conflictos de intereses de mayor importancia, con trámite propio, buscando solucionar la controversia mediante una sentencia definitiva, con valor de cosa juzgada que garantice la paz social". (C., 2003)

" Se trata de un tipo de proceso en el que se tramitan asuntos contenciosos que no tengan una vía procedimental propia y cuando, por la naturaleza o complejidad de la pretensión, a criterio del juez, sea atendible su empleo conforme lo señale el Art. 475° del C.P.C." (M., 2006)

El proceso que tiene por objeto la resolución de asuntos contenciosos que contienen conflictos de mayor importancia

o trascendencia; estableciéndose como un proceso modelo y de aplicación supletoria de los demás procesos que señale la ley (Córdova, 2002).

En la Sección cuarta del Código Procesal Civil se inicia con la actividad regulada del Proceso de Conocimiento, en la cual contiene: demanda y emplazamiento, contestación y reconvencción; excepciones y defensas previas; rebeldía; saneamiento del proceso y audiencia conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamientos probatorios. El proceso de conocimiento se sujeta a los requisitos que se establecen, en dicha sección, para acto correspondiente.

II. PRETENSIONES QUE SE TRAMITAN EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO.

- Procedencia del proceso de conocimiento en el Artículo 475 Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que: No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación;
- Sobre el inciso 5 del artículo 475º la ley señala: Procesos de divorcio y separación de cuerpos por causal (artículo 480º a 485º C.P.C); Nulidad de cosa juzgada fraudulenta (artículo 178º C.P.C.). Código Civil: Demanda de nulidad o anulación de acuerdos de las fundaciones (inciso 9 del artículo 104º); Desaprobación de cuentas o balances y de irresponsabilidad por incumplimiento (Art. 106º in 32 fine); Desaprobación de cuentas en el comité (Art. 122º); Fraude del acto jurídico en actos onerosos (Art. 200º); nulidad del matrimonio (artículo 281º); Desaprobación de cuentas del tutor (artículo 542º); Petición de herencia (artículo 664º); Nulidad de partición con preterición de algún sucesor (artículo 865º).
- Ley General de Sociedades (Ley 26887): Indemnización daños y perjuicios que estén vinculada con la impugnación de los acuerdos de la Junta General (artículo 146º); Acción de nulidad

y caducidad de acuerdos nulos (artículo 150º); Acción de los acreedores dirigida contra los liquidadores, después de la extinción de la sociedad, si la falta de pago se ha debido a culpa de estos (artículo 422º).

III. EL DIVORCIO POR CAUSAL EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

El divorcio por causal específica se ampara en vía de proceso de conocimiento, (art. 480, primer párrafo, del C.P.C.). “Según lo determina nuestra norma adjetiva civil en su artículo 480º, deberán tramitarse por vía de conocimiento los casos de separación de cuerpo o divorcio por causal, fundamentados en las causales sostenidas en el artículo 333º incisos 1 al 12 de nuestra norma sustantiva”. Se constituye un asunto contencioso el divorcio por causal, por tal razón debe tramitarse por vía de proceso conocimiento, en virtud de las causales prescritas en nuestro Código Civil, artículo 333 inciso del 1 al 12.

El divorcio por causal, es la clase de divorcio más generalizada, aunque también la que mayores conflictos ofrece entre los cónyuges. Se dice que es por causal porque en efecto, debe concurrir cualquiera de las únicas hipótesis establecidas por la ley (Art.333 C.C.) para que surja el derecho en favor del cónyuge afectado a plantear la demanda judicial. El divorcio por causal implica una verdadera batalla judicial, pues se trata de demostrar, con suficiente prueba, la presencia del hecho constitutivo de causal. Por esa razón la norma procesal abre un procedimiento más amplio, el denominado “Proceso de Conocimiento” (Aguilar Llanos, 2010)

IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS

A decir de (Peralta Andia, 2008) define que, la fijación de puntos controvertidos es una etapa del proceso civil que se realiza inmediatamente después de la etapa conciliatoria, y obviamente cuando ésta ha fracasado por cualesquiera de las causas previstas en la ley; por tanto, siempre tiene lugar durante el desarrollo de una Audiencia, sea ésta Conciliatoria o de Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio para el proceso de conocimiento, Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación para el proceso abreviado, o Audiencia Única para los procesos Sumarísimo

y Ejecutivo, éste último cuando se ha formulado contradicción. Debemos entender que se refieren a los hechos sobre los cuales existen discrepancias entre las partes. Es que son los hechos los que van a ser objeto de los medios probatorios; son los hechos los que van a ser materia de probanza.

En el proceso, los puntos controvertidos se originan de los hechos postulados para dar consistencia a la pretensión en el desarrollo del contradictorio; en virtud de ello es necesario que se prueben los hechos afirmados, en tal sentido se requiere probar los hechos afirmados, los mismos que serán discutidos, quedando excluidos de los hechos confesado, los notorios, los que tengan a su favor presunción legal, los irrelevantes y los imposibles. (H., 2013)

V. LOS SUJETOS DEL PROCESO

a. EL JUEZ

El juez es aplicador del derecho a una situación concreta; es decir, a la que es motivo de enjuiciamiento. Para ello existe una especificación del método para hacerlo, uno lógica única, la interpretación y aplicación de las normas de trabajo, así como los principios establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, los Juzgados Especializados Mixtos conocen sobre: Asuntos en materia que no sean de competencia de otro juzgado Acciones de Amparo de Hábeas Corpus Pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos Pretensiones relativas al derecho de familia, sean estas de índole conyugal, sociedad paterno filial, derecho alimentario, tutelar, adopción, de niños y adolescentes, infracciones a la ley penal cometidos por niños y adolescentes¹.

b. PARTES PROCESALES

En todo proceso, intervienen dos partes: una que pretende en nombre propio o en cuyo se pretende la actuación de una norma legal, denominada actora, y otra frente a la cual esa conducta es exigida, llamada demandada. La presencia de esas dos partes en el proceso es una consecuencia del

¹ <http://historico.pj.gob.pe/Cortesuperior/cortes.asp?opcion=funciones>

principio de contradicción, de donde se deduce que los llamados procesos voluntarios no podemos hablar de actor o demandado, dado que las pretensiones son coincidentes.

Las partes son los litigantes en un proceso y se rigen por los principios de igualdad, contradicción, dualidad y buena fe o lealtad procesal. Derecho Procesal, es parte el sujeto jurídico que pretende o frente a quien se pretende una tutela jurisdiccional concreta y que, afectado por el pronunciamiento judicial correspondiente, asume plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso. (Castillo, T., & R., 2006)

Por ello, cuando en el proceso actúan representantes, la parte procesal verdadera es siempre el representado. En el proceso penal, es la persona que pide y aquella frente a la que se pide al titular del órgano jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso.²

VI. ETAPAS DEL PROCESO

a. DEMANDA

La demanda sirve para que la parte actora fije el objeto del proceso, en función del predominio del principio dispositivo.

Es el acto fundamental para iniciar el proceso y a través de ella el actor plantea al juez su versión del litigio, formulando concretamente sus pretensiones.

Es el acto procesal por el cual una persona, que se constituye por la misma en parte actora o demandante, inicia el ejercicio de la acción y formula su pretensión ante el órgano jurisdiccional.

Acción: facultad o poder que tienen las personas para provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales a fin de que resuelvan sobre una pretensión litigiosa Pretensión: o reclamación específica que hace el demandante y que formula en contra del demandado.

Demanda: es el acto en concreto con el que el actor inicia el ejercicio de la acción y expresa su pretensión o reclamación contra el demandado. Jurídicamente la demanda es concebida como el acto mediante el cual se inicia el proceso, por tanto, es posible afirmar que este acto introductivo es el instrumento necesario para ejercitar la acción y la pretensión del demandante

La demanda puede presentarse por escrito o por comparecencia, cuando se trate de juicios de mínima cuantía

²² (Enciclopedia jurídica, 2014)

ante los juzgados de paz, o bien de juicios sobre algunas controversias familiares ante los juzgados de lo familiar.

En todos los demás casos, la demanda sólo podrá formularse por escrito y deberá reunir ciertos requisitos. (Ariano, 2006)

b. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

1. El juzgado ante quien se conteste la demanda deberá ser aquel que haya admitido la demanda y ordenado el emplazamiento del demandado, con independencia de que este último pueda cuestionar la competencia del juzgado, a través de la declinatoria o la inhibitoria.

2. El nombre y apellidos del domicilio que señale para oír notificaciones y recibir documentos y valores. Puede autorizar para oír notificaciones en su nombre a personas con cédula profesional para ejercer la profesión de licenciado en derecho o con carta de pasante.

3. El demandado deberá referirse a cada uno de los hechos aducidos por el actor en su demanda, confesándolos o negándolos, o bien expresando los que ignore por ser propios. Sólo se pueden confesar o negar hechos propios, es decir, aquellos hechos en los que se haya intervenido cuando se trate de hechos que no sean propios del demandado, éste deberá aclarar simplemente que los ignora o que los desconoce por no ser propios.

4. El silencio y las evasivas del demandado hacen que se tengan por confesados en forma ficta los hechos sobre los que no suscite la controversia.

5. Esta confesión ficta no opera cuando se trata de conflictos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas, así como en los casos en que el emplazamiento se haya hecho por medio de edictos. En estas hipótesis, el silencio o las evasivas producen una negación ficta de los hechos no discutidos.

6. El demandado deberá expresar cada uno de las excepciones que tenga, cualquiera que sea su naturaleza, las

cuales sólo podrá hacer valer precisamente al contestar la demanda. El demandado deberá precisar cuál es, o cuáles son las actitudes que asume frente a la demanda.

7. La firma del demandado o de su representante; si estos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital y un tercero firmará en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.

8. Es conveniente que en la contestación a la demanda, el demandado exprese sobre los fundamentos de derecho invocados por la parte actora en su demanda, y que precise los preceptos legales y las tesis de jurisprudencia en los que base su contestación.

9. Que el demandado exprese sus puntos petitorios. El demandado debe hacer acompañar a la contestación los documentos en los que funde sus excepciones, los demás documentos probatorios, los que acrediten la personería jurídica, así como las copias simples o fotostáticas de la contestación a la demanda y de los documentos anexos para cada una de las partes.

c. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sentencia es una resolución emitida por el juzgador, es el veredicto de toda la valoración y los actuados en el proceso y da la razón o el derecho a las partes obligando a cumplir a la otra parte.

El autor del Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales publicado por la AMAG, la sentencia es: “una resolución jurídica, es aquella, sea de carácter administrativa o judicial, que pone fin a un conflicto mediante una decisión fundamentada en el orden legal vigente” (Aranzamendi, 2005)

d. RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación se caracteriza porque sólo está concebido para afectar a través de él autos o sentencias, es decir, resoluciones en las cuales haya una decisión del juez originado en un análisis lógico-jurídico del hecho, o de la norma aplicable al hecho; a diferencia del decreto que sólo es

una aplicación regular de una norma procesal impulsarla del proceso.

La apelación se puede interponer contra una resolución o parte de ella. Es decir, admitiendo que una resolución puede contener más de una decisión judicial, es posible que sólo alguna de ellas sea considerada agravante y equivocada (con vicio o error) por una de las partes, siendo así, ésta podrá apelar precisando que sólo lo hace respecto de parte específica de la resolución y no sobre su integridad. (Jurídica., 2007)

e. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Es una resolución judicial realizado por un Juez a través del cual se pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

f. RECURSO DE CASACIÓN

A través del recurso de casación se pretende cumplir una función pedagógica, consistente en enseñar a la judicatura nacional en general, cuál debe ser la aplicación correcta de la norma jurídica.

Asimismo, la función pedagógica alcanza, además, a la interpretación correcta de la norma jurídica. Esto es posible dado que el recurso de casación implica la existencia de una Corte de casación, vale decir, de un órgano jurisdiccional que con carácter especializado se dedique a "casar". Dada la transcendencia del recurso, todos los países que lo tienen regulado, conceden esta facultad casatoria al órgano jurisdiccional más elevado.

Otro fin del recurso de casación es lograr la uniformización de la jurisprudencia nacional. Íntimamente ligado al fin descrito en el párrafo anterior, la casación pretende que las

decisiones judiciales, al organizarse alrededor de las pautas que la Corte de casación da, encuentren organicidad y unicidad, la que a su vez debe producir varios efectos secundarios.

Así, la uniformidad de la jurisprudencia permitirá que no se inicien procesos que de antemano se advierte no van a tener acogida en los órganos jurisdiccionales. Si mientras se sigue un proceso se expide una decisión casatoria en otro con elementos idénticos, se podrá alegar a favor en éste y con considerable contundencia- el criterio de la corte de casación.

CAPITULO II

I. ANALISIS DEL EXPEDIENTE

1. SINTESIS DE LA DEMANDA

La demanda es presentada el 17 de julio 2013, por la demandante Eugenia Mamani Mamani contra el demandado Walter Silva Mechato, en dicha demanda se pretende que se declare la disolución del vínculo matrimonial indemnización por daños y perjuicios a favor de la recurrente y acumulativamente se determine la tenencia y consiguiente régimen de visitas de mi menor hija Nattiel Silva Mamani de cuatro años de edad, así como la liquidación de sociedad de gananciales, y consecuentemente el divorcio absoluto que en su oportunidad celebraron. Los fundamentos facticos de la demanda fueron:

- ✓ Que, con fecha 27 de agosto del 2004, las partes contraen matrimonio en la municipalidad distrital del “El Tallan” Piura, de esa unión procrean a su hija Nattiel Silva Mamani de cuatro años de edad.
- ✓ Que desde los primeros años de matrimonio el demandado manifestó su carácter familiar, maltrato físico y psicológico. Los años transcurrieron y pensando que él iba a cambiar y que su hija necesitaba criarse con su padre, ha venido soportando año tras

año sus maltratos.

- ✓ La demandante se dio cuenta que el demandado no solo la maltrataba a ella, sino que ejercía maltrato psicológico sobre su hija pues sabe que es lo que más ama en el mundo, el clima familiar se ha tornado tenso pues el demandado llega ebrio como ha sido el día 06 de julio del 2013 (día del maestro), es agresivo ya pesar de mi pedido que cambie, el hace caso omiso.
- ✓ Conforme a las declaraciones certificadas que adjunto como medio probatorio el demandado me tilda de prostituta, versiones que son absolutamente falsas pues mi profesión es de fisioterapeuta por ello y al encontrarme cansa de tales insultos que denigran mi condición de madre es que solicito el divorcio absoluto por la causal de injuria grave.
- ✓ En cuanto a la sociedad de gananciales debo de indicar que solo existe como bien el inmueble en donde domiciliarnos en A.H. Los Albarobos III Etapa Mz:D Lote 20 Piura.
- ✓ Con fecha diecisiete de junio del presente año se celebró Audiencia Única, sobre Violencia familiar expediente 815-2013, Primer Juzgado Familia de Piura.

Fundamentación Jurídica fueron:

- Art. 289° del Código Civil
- Art. 333° Inc 2 y 11° del Código Civil

Los medios probatorios fueron:

- ✓ Acta de matrimonio de la Recurrente con el demandado celebrado ante la Municipalidad Distrital de "El Tallan".
- ✓ Acta de nacimiento de Nacimiento de Nattiel Silva Mamani de cuatro años de edad.

- ✓ Copia simple de acta de audiencia de fecha 17 de junio del presente año, sobre violencia familiar.
- ✓ Copia certificada de mi declaración realizada en la Comisaria de los Algarrobos.
- ✓ Copia certificada de declaración de mi hermana Mary Sol Mamani Mamani realizada en la Comisaria de los algarrobos.
- ✓ Copia certificada de declaración del demandado Walter Silva Mechato realizada en la Comisaria de los Algarrobos.
- ✓ Copia certificada de denuncia policial de fecha 09 de mayo del año 2013, sobre actos de violencia familiar.
- ✓ Copia simple literal sobre inmueble.
- ✓ Acta del teniente gobernador Pablo Tejada Llance sobre verificación sobre nuestra separación física.
- ✓ Memorial firmado de vecinos de la demandante que da fe de la conducta intachable.
- ✓ Declaración jurada de mi vecina Rosa Marcelo Silva que da fe de mi trabajo social en una congregación religiosa y el desempeño de mi profesión de cosmetóloga y fisioterapeuta.
- ✓ Declaración jurada de Jesús María Sullon Sernaque compañera de estudios que da fe de mi conducta intachable y el desempeño de mi profesión de cosmetóloga y fisioterapeuta.
- ✓ Declaración jurada de Mary Sol Mamani Mamani, quien es mi hermana que ha podido constatar los maltratos físicos y psicológicos del cual fui víctima por años y a manifestado mi conducta intachable y el desempeño de mi profesión de cosmetóloga y fisioterapeuta.

2. SINTESIS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y

RECONVENCIÓN

i. CONTESTACION DE DEMANDA:

El demandado absuelve el traslado de la demanda con fecha 03 de setiembre del 2013, con finalidad de que se declare infundada la demanda de divorcio por las causales de violencia física y psicológica, injuria grave e imposibilidad de hacer en común, asimismo infundada la demanda de tenencia y régimen de visitas.

Fundamentos hechos de la demanda fueron:

- ✓ Respecto al primer punto de la demanda, es verdad que he contraído matrimonio con la demandante, fruto de dicha relación tenemos una hija llamada Natiel.
- ✓ Respecto al segundo punto de la demanda, es totalmente falso lo que expone, mi persona no tiene carácter violento, al contrario soy una persona pacífica y comprensiva, es falso que la haya maltratado; en su denuncia y su declaración brindada en la Comisaría de los Algarrobos no indica tal maltrato, sino los celos de mi parte, ella pretende sorprender, arguyendo que ha soportado años de maltratos pues nunca ha existido tal hecho, de ser así existiera una denuncia contra mi persona por maltratos físicos o psicológicos.
- ✓ Antes de tomar conocimiento de la conducta de mi cónyuge hemos vivido una vida tranquila, incluso hasta celebramos en cumpleaños de mi cuñada Marisol como se acredita con la fotografía que adjunto y hemos celebrado el nuevo año del 2012 como se acredita con la fotografía que se adjunta.
- ✓ El demandado tenía buenas relaciones con su familia, pues inclusive hacía giros de dinero para ayudarlas tal como se acredita con los depósitos de giros realizados a la hermana de mi cónyuge ramiro

Mamani Mamani y a la esposa de esta benedicta Quispe escobar.

- ✓ La demandante mediante mi apoyo económico siempre ha tenido empleada para ayudarle en casa.
- ✓ La demandada recibió ayuda económica del demandado para que estudie cosmetología, así como el pago de instalación de una peluquería para su beneficio, apoyándole también en gestionar su licencia de funcionamiento del mismo acreditándolo con copia legalizada.
- ✓ Con relación al tercer punto de la demanda, no es verdad lo que alega la actora que haya ejercido maltrato psicológico sobre ella y mi hija. Nunca he llegado ebrio a mi domicilio incluso siendo músico y no tomo bebidas alcohólicas porque no acostumbro, más aun porque sufro de gastritis. La demandada se contradice cuando menciona que no me gustan las fiestas y reuniones sociales, y luego dice que llego ebrio a mi casa.
- ✓ Respecto al cuarto punto de la demanda, es falsa que a la demandante la haya injuriado con el calificativo de prostituta, ella y su hermana mienten con la finalidad de dar fin a la relación matrimonial imputando una causa atribuida a mi persona, lo cual debe ser desamparada porque la relación matrimonial se ha quebrando por la conducta deshonrosa y relaciones de infidelidad que mantiene con otra persona; las mismas que descubrí en el mes de febrero del 2013 por primera vez al leerle un mensaje que desde su celular enviaba a otra persona injustificadas de mi domicilio durante las noches cuando yo salía a trabajar, lo que motivo los reclamos justificados de mi parte, los cuales nunca ella desmintió los reclamos justificados de mi parte, estos

nunca desmintió y al contrario se confirmaron al escuchar grabaciones de conversaciones que realizaba durante las noches por celular desde mi casa con dicha persona; ante mis reclamos fungió de víctima de maltrato psicológico y me denunció por violencia familiar con la finalidad de obtener el divorcio por causal imputable a mi persona.

- ✓ Sobre el quinto punto de la demanda, los bienes de la sociedad de gananciales, la vivienda, es de mi exclusiva propiedad, el cual adquirí en soltería en enero del 2000 y el matrimonio se realizó el 30 de agosto del 2004, no perteneciendo a la sociedad de gananciales. Los demás bienes que obran en domicilio conyugal han sido comprados por mi persona.
- ✓ Respecto al sexto punto de la demanda, el proceso sobre violencia familiar, este aún se encuentra tramitado ante el primer juzgado de familia, este aún se encuentra en trámite, no puede ser prueba en el presente proceso al no existir una sentencia con localidad de cosa juzgada.
- ✓ Respecto a los medios probatorios que ofrece la demandante hago las siguientes observaciones, la hermana de mi cónyuge es parte interesada en el resultado del proceso, su declaración es parcializada y afirma hechos falsos, es una persona sin gratitud pues viviendo en mi domicilio tiene comportamiento hostil y adverso a mi persona; los memoriales y declaraciones juradas que presenta han sido elaboradas previamente por su parte y luego los ha hecho firmar de favor previamente por su parte y luego los ha hecho firmar de favor a las personas; respecto al acta de constatación de separación de cuerpos es un documento que carece de valor, pues

el teniente gobernador no tiene competencia para emitir tal documento, los hechos que consignada son falsos y no han sido tomados en presencia de esta parte.

Fundamentos Jurídicos fueron:

- Código Procesal Civil, artículos 424° y 425° respecto a los requisitos de la demanda.
- Tuo de la Ley N° 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar, D.S. 006-97-JUS, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre a) cónyuges e) ascendientes f) descendientes.
- Medios probatorios de la contestación de demanda:
- Se ordene se practique una pericia psicológica y psiquiátrica en el centro de rehabilitación para enfermos mentales- CREM- Clínica San Juan de Dios Castilla, a la demandante con la que se acredite que no se sufre de ningún daño psicológico por su supuesta causa de violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico.
- Se Ofrece que se ordene se practique una pericia psicológica y psiquiátrica al demandado que establezca si tiene una personalidad o perfil de persona violenta, lo cual sea una limitación para mantener una relación conyugal y paterno filial en el Centro de rehabilitación para enfermos mentales CREM- Clínica San Juan de Dios.
- Ofrezco la exhibición que deberá hacer la demandante del diploma, título o certificado de

capacitación en fisioterapia con la cual se acreditará que no posee tal capacitación que alega la demandante.

- Recibos de transferencia de dinero a través de Western Unión de mi persona al hermano de la demandante señor Ramiro Mamani Mamani y a su esposa Benedicta Quispe Escobar con lo cual se acreditan los buenos relaciones con la familia de mi cónyuge en el cual yo les brindaba mi apoyo económico.
- Ofrezco la declaración del Sr. Segundo Taboada Mejías, integrante más antiguo del grupo musical Mariachis Guadalajara sobre las relaciones con mi cónyuge en el grupo musical.
- Copia legalizada de la licencia de funcionamiento del establecimiento comercial Peluquería unisex Angely en la cual soy el titular, con la cual se acredita que mi persona apoyó a la actora para instalar el negocio.
- Fotografía con mi cuñada Marisol Mamani Mamani en el día de su cumpleaños del año 2012 junto a mi persona y a mi hija Natiel.
- Fotografía de reuniones familiares con mi esposa, hija y su hermana en el día de mi cumpleaños y en año nuevo del 2012 que deberán ser reconocidas por el demandante.
- Fotografía de mi cónyuge en casa de mi madre, donde esta ella, mi madre, hermanos y sobrinos, que acredita buenas relaciones con mi familia.
- Video con mi cónyuge bailando en casa, con lo cual se acredita buenas relaciones entre cónyuges bailando.
- Un Cd de audio y su transcripción que contiene

grabaciones de audio de conversaciones realizadas por mi cónyuge Eugenia Mamani Mamani, realizadas en el periodo Marzo a julio 2013.

ii. RECOVENCIÓN

El demandado interpone reconvencción con fecha 03 de setiembre del 2013, con finalidad de que declare infundada la demanda de Tenencia formulada por la cónyuge respecto a la menor hija Natiel Silva Mamani y reconvegno solicitando se otorgue la tenencia a esta parte por ofrecer mejores condiciones para su bienestar, educación y desarrollo personal.

Fundamentos facticos de la reconvencción fueron:

- i. No es verdad que mi persona haya maltratado en alguna oportunidad a mi hija Natiel Silva Mamani. Ello se verificará de la pericia psicológica que se debe practicar a la menor y a esta parte, único argumento que expone mi cónyuge en su demanda en el punto tres para obtener la tenencia.
- ii. La demandante no es idónea para ejercer la tenencia de mi menor hija por las siguientes razones:
 - a. No tiene amor respecto a mi hija, pues en varias oportunidades me ha reclamado y obligado a atenderla, aduciendo que mi culpa se sentía frustrada al haber yo querido tenerla, ya que ella nunca quiso tener hijos, ante esa actitud de rechazo a mi hija, todo el tiempo que estoy en el hogar le brindo toda mi atención al saber el desprecio que ella le tiene a mi hija. Ello deberá verificarse en la pericia psicológica que se le practique a la demandante y a mi menor hija.
 - b. Tiene una actitud de descuido hacia mi hija, pues tal como se observa en el video de filmación desde el

exterior de mi domicilio, ella en vez de llevarla personalmente a su centro educativo, la envía en una moto taxi sola en la parte posterior sin tener en cuenta su edad (04) años y el riesgo que corre de sufrir un accidente o que el sujeto que llega a visitarla al domicilio a solas y a puerta cerrada dentro de mi domicilio que llevarla a su colegio que esta ubicada a cinco cuadras de mi domicilio a solas y a puerta cerrada dentro de mi domicilio que llevarla a su colegio que esta ubicada a cinco cuadras de mi domicilio teniendo en cuenta que su trabajo es independiente y en casa como se verifica en el video ofrecido en la contrademanda de divorcio anexo 1.a.

- c. La madre de mi hija le causa maltrato psicológico al enseñarle expresiones y conductas de odio hacia mis familiares, conforme audio que acompaño en la cual le inculca ideas negativas y a decir expresiones que no son buenas para su formación.
- d. También se escucha en los audios que la madre de mi hija conversa con una tercera persona con la cual me es infiel en presencia de mi hija, en los audios que he presentado de la contestación de divorcio se escucha a mi niña que está con su mamá en el momento que ella habla con un sujeto.
- e. La madre de mi hija siempre me ha amenazado con llevarse a mi hija a su país (Bolivia) para alejarla de mi lado, sabiendo que la quiero tanto, en dicho país la adversidad climática hará que mi hija sufra mucho.

Como padre tengo mejores condiciones morales y materiales para brindar una mejor alimentación educación y crianza de mi hija, conforme a la siguiente:

- ✓ A mi hija le brindo siempre mucho amor, lo cual no le brinda su madre. Ello se puede verificar con la

filmación y fotografías que se ofrecen como medios probatorios.

- ✓ Poseo una personalidad ecuánime, cariñosa, de amplia solvencia moral, con elevados valores que garantizan una crianza de mi hija con mucho amor, cuidado, atención de sus necesidades y una buena educación. Se acreditará con pericia psicológica que se practique a esta parte, la misma que se ha ofrecido.
- ✓ Soy una persona responsable, trabajo permanentemente y tengo sueldo fijo que asegura la satisfacción de las necesidades de mi hija en todos sus aspectos, soy docente nombrado en el colegio militar Pedro Ruiz Gallo.
- ✓ Tengo casa propia adquirida en soltería, lo cual permitirá que mi hija crezca en el mismo domicilio que hasta ahora siempre ha vivido sin sufrir inadaptación al cambiar de domicilio si viviera con la mamá ella no ofrece vivienda para vivir con mi hija.
- ✓ Mi hija no siente la ausencia de su madre, pues siempre que ha viajado bajo a su país (Bolivia) no le ha afectado, se ha quedado bajo mi cuidado sin extrañar a su madre, ella no ha llevado por el clima que es bajo cero.
- ✓ Mi persona contrato una trabajadora del hogar para atender a mi hija desde que nació y lo seguiré haciendo para que lo cuide y atienda durante el tiempo que salgo a trabajar.

Fundamentos Jurídicos de la constatación de demanda

- ✓ Código Procesal Civil, artículos 424° y 425° respecto a los requisitos de la demanda.
- ✓ Código del niño y del Adolescente:

- ✓ Artículos 81°, en la cual se regulan las facultades al juez para resolver la tenencia cuando no hay acuerdo entre los padres:
- ✓ Artículo 84°, se fija como criterio para la tenencia de los niños menores de 03 años, que permanecerán con su madre, deduciéndose de esta norma que mayores a esta edad el juez deberá resolver con cuál de los dos padres permanecerá.

Medios Probatorios:

- ✓ Ofrezco la pericia psicológica y psiquiátrica que se realizara a esta parte que se ha ofrecido como medio probatorio en la contestación de demanda de divorcio.
- ✓ CD de video del trato y relaciones con mi hija Natiel Silva Mamani
- ✓ CD de audio de su transcripción que contiene grabaciones de audio de conversaciones realizadas por la demandante.
- ✓ CD que contiene grabaciones de audio y video filmadas por el Señor Osmin Glanpierre Sullon Ayala.
- ✓ Pericia psicológica de parte practicada a mi menor hija realizada por el psicólogo Wilmer Atarama.
- ✓ Ofrezco se realice una visita social a mi domicilio para verificar la situación en que en mi hogar vive mi menor hija.
- ✓ Reporte de salidas de mi cónyuge a Bolivia.
- ✓ Ofrezco certificado de trabajo.
- ✓ Ficha registral del bien inmueble de mi propiedad.
- ✓ Pliego interrogatorio.

3. SINTESIS DE LA ABSOLUCION DE TRASLADO DE RECOVENCIÓN

La señora demandante absuelve traslado de reconvencción con fecha 23 de octubre del 2013, solicitando sea declarada INFUNDADA.

- a. Causal de conducta deshonrosa: es falso que el demandado haya venido cumplimiento con sus deberes conyugales y padre, pues en reiteras oportunidades tuve que acudir a la comisaria para pedir ayuda y protección para mi menor hija.
- b. Es totalmente falso lo alegado sobre supuestos mensajes del celular de la demandante con contenido amoroso, pues no se ha podido probar.
- c. Todo lo expuesto en la reconvencción formulada carece de sustento factico y jurídico encuadrándose en un ilícito penal pues el demandado incorpora videos y grabaciones ilegítimas, que no pueden ser admitidas por su juzgado.

Medios probatorios:

- ✓ Copia de Auto Admisorio de demanda de violencia familiar interpuesta por la fiscalía de familia de Piura.
- ✓ Resolución N° seis de fecha once de junio del presente año en donde se le refiere al demandado cumpla con las medidas de protección dictadas.
- ✓ Denuncia policial en la comisaria de la familia de los algarrobos.
- ✓ Oficio N° 883-2013 el reconocimiento médico legal
- ✓ Cinco fotografías donde se aprecia daños físicos ocasiones por el demandado.
- ✓ Denuncia policial
- ✓ Mensajes de textos en donde se observan insultos y amenazas por el demandado.

4. SINTESIS DE SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Los argumentos más importantes contenidos en la sentencia de primera instancia son:

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:

i. Causales de divorcio – Aspectos doctrino legales

El artículo 349 del código civil establece “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12 en tal sentido en este caso, al haber demanda y reconvencción relativa a las causales del divorcio, previamente a resolver el caso en concreto menester establecer el marco normativo y doctrinario de las tres causales invocadas. Así tenemos.

A. De la causal de violencia física y psicológica: el divorcio por la causal de violencia física y psicológica está establecido en el artículo 333° inciso segundo del código civil cuando dispone: Son causas de separación de cuerpos 2) la violencia física o psicológica que el juez apreciara según las circunstancias” siendo además que el mismo cuerpo de leyes, en el ar. 339° parte pertinente-respecto a la caducidad de la acción.

- *Casación N° 207-T-97-Lambayeque, el peruano, 03/04/98. P.600)*
- *Corte superior de justicia de lima sala N° 6 Exp. N° 77-98*

B. Injuria Grave: Art. 333° inciso cuarto del código civil, respecto a la caducidad de la acción lo siguiente: la acción basada en el artículo 333 incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras los hechos que la motivan.

C. Imposibilidad de hacer vida en común: en principio debe atenderse a que la defensa de la persona humana y el respeto su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado, de conformidad con el Artículo 1° de la Carta fundamental,

D) Conducta deshonrosa: si la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonrosa y si en efecto toma insoportable la convivencia. Se considera que configura esta causal al dedicarse a la prostitución, al proxenetismo a la delincuencia, a la comercialización de drogas, al despilfarrar bienes del matrimonio, a la delincuencia, comercialización de drogar, etc.

- Determinación judicial de la causal de divorcio: violencia física y psicológica, injuria grave e imposibilidad de hacer vida en común, conducta deshonrosa.

De todo el acervo probatorio y las conclusiones que de ellas se han extraído podemos establecer que no existían antecedentes de violencia o conflictos acreditados, entre las partes sino hasta poco antes de la interposición de la demanda y de la revisión de la demanda podemos advertir que no está fundamentada ni acredita de manera específica que actos se refieren a cada causal invocada, siendo el único elemento probatorio incorporado la existencia del proceso judicial N° 815-2013, sobre violencia familiar, pero de los cuales en realidad no se puede advertir la existencia de una real afectación o violencia familiar, no obstante ha habido cuestionamiento de la personalidad pasivo agresiva del demandante (que aun cuando no ha sido incorporado como medio probatorio el protocolo de pericia psicológica) de igual forma no nos permite establecer en este proceso la existencia de violencia, porque de los elementos recabados para que opere el divorcio, esto es a diferencia del motivo de los motivos de los procesos de violencia familiar, no son suficientes para concluir que ese fue el motivo.

En suma las circunstancias del presente caso no nos permite apreciar la violencia”, en todo caso su determinación y protección frente a ello, de existir, debe realizarse en el proceso respectivo, sino que mas bien, lo que se evidencia es que la ruptura de la relación se produjo por la conducta deshonrosa de la demandada, quien mantenía una conducta inapropiada al permitir entrar a su casa a una tercera persona de sexo masculino y cerrar las puertas de su casa y negocio, lo cual era visto por los vecinos, inclusive la señora María Asunción García Gómez y el señor Osmin Gianpierre Sullon Ayala, han corroborado lo que otros medios probatorios como audios y CD indicarían, esto es la relación inapropiada con tercera persona, con expresión de adjetivos hacia su esposo, y no respetando el hogar conyugal manteniendo conversaciones a altas horas de la noche con contenido que la incrimina como deshonra para su esposo.

En esas circunstancias es muy probable pues que las sospechas de su esposo por referencias de la conducta inapropiada de su esposo y el descubrimiento de dichas conductas hayan causado el denominado punto de quiebre de la relación. Ello es lo que habría generado la imposibilidad de hacer vida en común, no evidenciándose injuria grave entendida como provocación constante,

violencia familiar o imposibilidad de hacer vía en común como motivos del divorcio, puesto que, en todo caso, estas situaciones habrán ocurrido con posterioridad, por ende, reafirmamos la idea de que la causal que se configura en este caso es la reconvenida por el demandado. Ahora bien, el hecho que se haya dejado constancia, según documento del teniente gobernador del AH los algarrobos, se encuentran separados desde enero de 2012, no enerva la idea anterior, puesto que seguían viviendo bajo el mismo techo, seguían casados, y ningún manifestó su intención de divorciarse, al menos no está acreditado en dicho momento, y la demandante no demandó or la supuesta violencia allí indica, es decir, ese último aspecto además de haber caducado a la fecha de interposición de la demanda, no está acreditado pudiendo ser únicamente una declaración unilateral de parte, que no genera convicción para establecer el denominado “punto de quiebre” De la relación que origino la causa de divorcio. En todo caso seguían vigentes los deberes de respeto y fidelidad.

En tal sentido, esa conducta deshonrosa ha determinado el incumplimiento o suspensión de los deberes conyugales, como el de asistencia mutua, fidelidad, entre otros, que ha desembocado en diversas denuncias policiales y hasta judiciales de ambas partes sobre violencia familiar, y conflictos lo que genera que al haber demanda al respecto, el juzgador aplicando la ley intervenga, declarando un divorcio que en la realidad ya no cumple su finalidad, siendo únicamente impeditivo de lo que cada cónyuge quisiera realizar por su cuenta. Es que hay que tener en cuenta, que no se puede obligar a quienes han contraído matrimonio, a que sigan vinculados formalmente cuando las razones que los condujeron a tomar esa decisión habrían cambiado, es por ello, que la ley bien ha regulado, más allá de aspectos de doctrina espiritual o religiosa, causales por las cuales, al no existir acuerdo sobre los términos del divorcio, existen causales por las cuales, al no existir acuerdo sobre los términos del divorcio, existen causales para declarar el divorcio, según la perspectiva y posición en que cada parte se encuentre. Además, se evidencia adicionalmente el elemento subjetivo de “no intención de reconciliación”, lo que se aúna a la idea de que el divorcio debe ser declarado.

II. SOBRE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

En el presente caso, tenemos que existía una relación conflictiva entre el señor Walter y la señora Eugenia, por

la conducta deshonrosa de esta, quien faltando a los deberes conyugales introdujo en el hogar conyugal a una tercera persona cuando nadie se encontraba y con las puertas cerradas de su vivienda y negocio, dando “que hablar” a los vecinos, habiéndose comprobado que inclusive mantenía con dicha persona conversaciones inadecuadas, de lo cual se infiere una relación sentimental extramatrimonial, dirigiéndose con expresiones peyorativas hacia el demandante como “tunche” y hasta se evidenciaría las intenciones de procreación de un hijo con aquel. Ello se tradujo en la afectación emocional natural que habría padecido el demandante al enterarse de la situación con el consiguiente malestar psicológico, laminariamente acredita con el informe psicológico.

Entonces concluimos que el cónyuge inocente es el señor Walter Silva Mechato, quien tiene que cargar con las consecuencias morales y de apreciación de la sociedad y su entorno; por la conducta deshonrosa de su esposa. Y es que debemos tener en cuenta que, como señala Ferrer “la separación en si misma es susceptible de ocasionar daño moral, como podría ocurrir con la frustración de un proyecto de vida, lo que puede derivar en agobio y depresión por la pérdida de una vida conyugal normal, o por la pérdida de la compañía y asistencia espiritual de su cónyuge, que lo pueda llevar a la soledad así como de su colaboración para la educación de los hijos, pudiendo asimismo sufrir alteraciones profundas en sus hábitos de vida social o profesional, etc.” Situaciones que se han configurado en el presente caso.

En tal sentido, corresponde asignarle una indemnización prudencial ascendente a Dos mil y 00/100 Nuevos Soles (S/. 2000.00) que se compensaría del daño moral ocasionado, no pudiendo asignarle una suma mayor, puesto que no han concurrido otras circunstancias graves ni se ha acreditado una mayor afectación que la ya concluida.

III. SOBRE CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO

Fenecimiento de La Sociedad de Gananciales

Habiéndose determinado la procedencia y fundabilidad, del divorcio petitionado por la causal de conducta deshonrosa, conforme a las consideraciones precedentes y constituyendo el fenecimiento de la sociedad de gananciales una accesoria legal, **debe de declararse su fenecimiento**, la misma que se retrotrae a la fecha de la separación de hecho para los efectos de las relaciones

entre los cónyuges, sin perjuicio del efecto para los terceros, que surgirá a partir de la fecha de su inscripción en el registro.

IV. SOBRE LA TENENCIA Y REGIMEN DE VISITAS

Hemos establecido que posterior a los hechos que produjeron el divorcio se ha producido una situación conflictiva entre el matrimonio silva. Mamani, habiéndose producido la separación de hecho en setiembre de 2013, habiéndose quedado la demandada y desde dicho momento no lo dejaría ver a su hija, según ella misma ha reconocido en la audiencia única, por ende, a fin de tener mayores elementos de convicción debemos permitirnos a los medios probatorios. En tal sentido, tenemos:

a) según informe social respecto a la casa de la señora Eugenia Mamani Mamani, Informe Psicológico se ha indicado que respecto a la niña Nattiel Silva Mamani.

b) según certificado de movimiento migratorio la señora Eugenia Mamani Mamani, registra movimiento migratorio a Bolivia y Ecuador en los años 2001, 2003, 2004, 2005, 2007 y 2012.

c) Certificado de trabajo, el jefe del área de personal del colegio militar "Pedro Ruiz Gallo", ha indicado que el señor Walter Silva Mechato es trabajador nombrado de dicha institución, desde el mes de marzo de 1999 hasta la fecha.

d) Acta de continuación de audiencia en la que se observó video y audios referidos a que el demandante mantenía una relación paterno filial adecuada con su hija, la demandada indispone frente a su hija a los familiares del demandante con su hija, la demandada indispone frente a su hija a los familiares del demandante.

En tal sentido verificamos que la niña Nattiel ha desarrollado un ambiente familiar con ambos padres hasta los 04 años es decir por ello es natural que se identifique con ellos, que se sienta confundida o influenciada respecto a la decisión de con quién.

RECONOZCASE LA TENENCIA de la niña Nattiel Silva Mamani, a favor de la progenitora doña Eugenia Mamani Mamani.

FIJESE como Régimen de visitas a favor del progenitor Walter Silva Mechato, los días sábados de 3:00 p.m a 7:00 p.m. y los días domingos de 12 pm a 5 pm con externamiento, el día del padre, navidad y año nuevo de 10:00 de la mañana a 2:00 p.m el día del cumpleaños del demandante y de la niña Nattiel, de 10:00 a 1:00 pm

pudiendo coordinar una celebración conjunta por parte de los padres.

SOMETASE tanto el señor Walter Silva Mechato como la señora Eugenia Mamani Mamani, y la niña Nattiel Silva Mechato, a un **TERAPIA PSICOLOGICA**, a fin de que los primeros superen aspectos negativos de su personalidad y/o afectaciones emocionales, y ambos asuman su rol de padres frente a la separación, con solución adecuada de temas relacionados a su hija, así como la niña pueda internalizar progresivamente a su actuación filial.

5. SINTESIS DE APELACION DE SENTENCIA INFUNDADA

I. Fundamentos del Agravio:

La sentencia incumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y sancionada de los medios probatorios aportados al proceso.

El quo justifica su decisión de sentencia aduciendo en su fundamento el cual es totalmente contradictorio dado que al ver puesto en conocimiento la sentencia de vista emitida por la segunda sala especializada de la corte superior de justicia de Piura en el expediente N° 00815-2013-2001-JR-FC-01 que en los considerandos noveno, decimo y decimo primero para dar a demostrar la violencia física y psicológica de la que fui víctima, la cual ha sido invocada como una de las causales de mi demanda de divorcio.

- ✓ Noveno Considerando de la sentencia de vista. Se concluye del protocolo de pericia psicológica realizado a la demandante y demandado, se puede apreciar que se presenta en la agraviada indicadores de afectación emocional caracterizado por rasgos de ansiedad asociado a violencia familiar, asimismo respecto del demandado se tiene que tiene una actitud narcisista no acepta fácilmente la crítica se deja llevar por sus emociones y sus impulsos. Lo que podemos concluir que doña Eugenia Mamani Mamani si ha sido víctima de violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico por parte de Walter Silva Machato.
- ✓ En el considerado Decimo Primero de la Sentencia de

vista, se aprecia certificado médico legal N° 011004 de fecha 13 de diciembre realizado a Doña Eugenia Mamani Mamani, en el cual se concluyó que esta presentó huellas de lesiones traumáticas corporales externas conscientes de origen contuso por mecanismo activo directo. De manera que se puede acreditar que la agraviada además fue víctima de maltrato físico, sin embargo, por tratarse el presente proceso sobre maltrato psicológico, dicho medio probatorio contribuye acreditar la conclusión esbozada en el considerando anterior.

- ✓ Al determinar todo lo expuesto, al haber determinado la existencia de maltrato psicológico en agravio de Doña Eugenia Mamani Mamani corresponde revocar la sentencia en grado declarando fundada la demanda.
- ✓ Respecto a los audios y seis transcripciones de los mismos no se deberían tener en cuenta.
- ✓ Por carecer de eficacia probatoria pues dichos medios probatorios han sido obtenidos sin la autorización de la demandante, lo que constituye una prueba prohibida por mi derecho a la intimidad regulado en nuestra constitución política del Perú
- ✓ Con respecto a los videos ofrecidos por la parte demandada, no se están probando en ningún momento que exista alguna relación inapropiada. Con alguna tercera persona como muy erróneamente lo establece muy por el contrario se ha tomado en cuenta las declaraciones testimoniales ofrecidos en mi demanda.

II. Fundamentos de derecho

- ✓ Art, 364 del Código procesal civil
- ✓ Art. 365 del código procesal civil
- ✓ Art. 373 del código procesal civil

6. SINTESIS DE LA SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La sala especializada en lo civil de la corte superior de justicia de Piura, mediante resolución número treinta de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, revoca la sentencia que declara infundada la demanda de divorcio por causal de violencia psicológica interpuesta por la demandante y reformándola la declaro fundada, en consecuencia fundada la pretensión indemnizatoria de mil con 00/100 nuevos soles que deberá pagar el demandado a favor de la demandante, confirmar en lo demás que contiene, sustentando que

La apelante puso a conocimiento la sentencia de vista recaída en el expediente N° 815 – 2013 que declara fundada la demanda por violencia familiar en contra de la demandante, el cual fue agregado a autos mediante resolución.

El demandante señala que dicha sentencia ha sido materia de casación sin embargo no es tema dilucidar la decisión final sobre aquel proceso, sino tomar en cuenta si existió valoración o no del juzgado respecto a dicho documento ofrecido por la apelante como medio probatorio y si hubo pronunciamiento respecto a ello en la sentencia materia de apelación.

Se concluye que no se valoró el documento indicado en el que la sala determinó la existencia de maltrato psicológico en agravio de la demandante pese a haber sido admitida, por lo que corresponde amparar la demanda solo en el extremo de divorcio por la causal de violencia psicológica,

Por equidad, corresponde señalar como monto indemnizatorio a favor de la demandante, la suma de mil nuevos soles y revocar la apelada solo en el extremo que desestima la demanda de divorcio por la causal de violencia psicológica debiendo ampararse y confirmarse en lo demás que contiene.

7. SINTESIS DE RECURSO DE CASACIÓN

Infracción normativa del artículo 139 incisos 3) y 5) de la constitución política del estado.

Sostiene que la sentencia materia de casación no contine argumentos de hecho ni de derecho que justifiquen la decisión final, ya que lo resuelto por la sala de mérito no se basa en prueba alguna, sino en argumentos facticos y jurídicos. En la audiencia de pruebas de primera instancia se acreditó mediante testigos, audios se basa en prueba alguna, sino en argumentos facticos y jurídicos. En la audiencia de pruebas de primera instancia se acreditó mediante testigos, audios y videos, que la demandante tuvo una conducta deshonrosa, la

cual motivo el quiebre de la relación conyugal, sin embargo, aquella alego la existencia de maltrato psicológico. Señala que la resolución de vista solamente se hace mención a la sentencia de vista recaída en el expediente N° 815-2013, que declaro fundada la demanda de violencia familiar, en modalidad de maltrato psicológico, seguida contra el recurrente, medio probatorio que no fue ofrecido en la demanda ni sometido a contradictorio en la audiencia de pruebas.

Además, dicho pronunciamiento no tiene la calidad de firme, pues contra aquel se ha interpuesto recurso de casación conforme se acredita. Asimismo, la resolución de primera instancia que declaro fundada la reconvenición de divorcio por la causal de conducta deshonrosa que hace insostenible la vida en común, interpuesta por el recurrente, se sustentó en la infidelidad de su ex cónyuge, acredita con la transcripción de audios y declaraciones de testigos, las cuales no son evaluadas en la sentencia de vista ni se señala medio de prueba que enerve tal hecho.

8. SINTESIS DE RESOLUCIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN

Se expide Sentencia de Casación N° 1300-2015 PIURA, con fecha diez de marzo de dos mil dieciséis, sobre el recurso de casación interpuesto por el demandado Walter Silva Mechato. Señala que efectivamente el pronunciamiento de las instancias de mérito de amparar la pretensión del reconviniente (conducta deshonrosa) se sustenta en que la demanda Eugenia Mamani Mamani, habría mantenido conductas inapropiadas al permitir ingresar a su casa a una tercera persona sexo masculino y cerrar las puertas de su casa y negocio, lo cual habría sido fehacientemente acreditado, decisión ampliamente motivada conforme a los estándares que establece el tribunal constitucional: como lo ha precisado este colegiado en reiterada jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista:

a) Fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso sino la explicación y justificación de porque tal caso se encuentra, o no, dentro de los supuestos que contemplan tales normas.

b) Congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos de falla y las pretensiones formuladas por las partes.

c) que por si misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...) “ sentencia del tribunal constitucional N° 4348-2005-PA/TC) la recurrida en sus considerandos 17,18 y 19 motiva las razones por las cuales resuelve disolver el matrimonio por dicha causal y es que en realidad dicho extremo no está en discusión, sino que es un preámbulo a los argumentos del recurrente para cuestionar el amparo del divorcio por la causal de violencia psicológica propuesta por la demandante.

La decisión de amparar la demanda de la accionante por violencia psicológica, tiene su sustento en el proceso numero 00815-2013, en dicho proceso, se examinó los Protocolos de Pericia realizados a doña Eugenia Mamani Mamani los días once de marzo y diez de marzo de dos mil trece que determino que esta presenta malestar emocional asociado a hechos denunciados (..), se encuentra inmersa en una dinámica de violencia familiar de tipo bilateral (violencia de ambas partes) tiene una relación de pareja conflictiva y disfuncional tiene una personalidad compulsiva así como de las declaraciones vertidas por las partes por la agraviada en la que manifiesta “todos los días me insulta con palabras que ofenden mi situación de mujer (...) palabras que me ofenden y como sabe que acá en Perú no tengo familia me bota de la casa, los motivos es que el es un enfermo de celos yo salgo a trabajar y a parte cosmetóloga me desempeño como terapeuta y a el le molesta, no le gusta mi trabajo, que coadyuvaron al órgano jurisdiccional a declarar fundada la demanda de violencia familiar en la modalidad de maltrato psicológico interpuesta por el ministerio publico contra Walter silva mechato en agravio de Eugeniaa Mamani Mamani.

Ahora es necesario precisar de que dicho proceso N° 00815-2013 si ha sido materia de pronunciamiento por parte del juzgado pero que en una incorrecta apreciación determino que no existía violencia familiar. Por tanto, no es cierto, lo acervado por el recurrente en el sentido de que no fue ofrecido como medio probatorio, además que su autenticidad ha sido ratificada tácitamente con la copia certificada, adjuntada por el mismo recurrente en el que se aprecia que se tiene por presentado su recurso de casación instrumental que de ninguna manera podría pasar por alto, si tenemos en cuenta que una de las causales de la demanda incoada por la demandante es el divorcio por violencia psicológica.

Finalmente respecto del argumento del recurrente de que el pronunciamiento del proceso de violencia familia no tiene una decisión firme, al haberse presentado recurso de casación, en nada puede soslayar la decisión vertida en este proceso para

amparar el divorcio por la causal de violencia psicológica, cuando se tiene como sustento los protocolos de Pericias Psicológicas que advierten categóricamente afectación emocional asociado con violencia familiar, así como las declaraciones vertidas en aquel proceso.

DECISIÓN:

Infundado el recurso de casación interpuesto por Walter Silva Mechato, NO CASARON la resolución de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince.

CAPITULO III

1. ACTUACION DE LOS ACTORES DEL PROCESO

1.1. DE LA DEMANDANTE

El demandante, si bien planteó una demandada de divorcio por las causales de violencia física o psicológica, injuria grave, imposibilidad de hacer vida en común, indemnización por daños y perjuicios, así como el régimen de visitas a favor de su hija Nattiel Silva Mamani y la liquidación de la sociedad de gananciales, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones: Refiere que con fecha veintisiete de agosto de dos mil cuatro contrajo matrimonio civil con Walter Silva Mechato, en la que procrearon una hija de nombre Nattiel Silva Mechato, en la que procrearon una hija de nombre Nattiel Silva Mamani. Indica que su esposo siempre mostro un carácter violento, sufriendo de maltrato físico y psicológico, así como su menor hija. Señala que, por su ocupación de fisioterapia, su esposo la tilda de prostituta, motivo por el cual solicita el divorcio por causal de injuria grave.

Considero que el proceso civil de conocimiento si fue la vía procedimental idónea para interponer el divorcio por causal, así mismo dicha causal que invoco la demandante si tenía sustento

pues existía un proceso de violencia familiar con número de expediente 00815-2013.

1.2. DEL DEMANDANDO

El demandado contesta la demanda alegando que es falso que una persona violenta y nunca ha maltratado a su esposa, lo cual en mi opinión era falso pues esto se corrobora mediante denuncia que se instauró contra su persona por maltrato físico o psicológico. Asimismo, indica que apoya a la recurrente económicamente y gestiona la licencia de funcionamiento para instalar una peluquería en el domicilio conyugal, que el quebramiento de su vínculo matrimonial se debe a su conducta deshonrosa, al serle infiel con otra persona, encontrándole mensajes a su celular de un tercero y grabaciones de conversaciones que realizó desde su domicilio con una tercera persona.

Asimismo, el demandado también reconviene el divorcio por la causal de conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, más indemnización por daño moral ascendente a cien mil nuevos soles y la tenencia de la menor

2. APRECIACIONES FINALES

a. SOBRE LA DEMANDA

El acto procesal de la demanda contiene los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por las normativas aplicables al caso, se admite a trámite en vía proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria, de manera que al no contener errores de forma o de fondo, su presentación fue calificada de manera positiva originando la expedición del auto admisorio.

b. SOBRE LOS ACTOS PROCESALES PREVIOS A LA SENTENCIA

i. DEL DEMANDANTE

- La demandante realizó los siguientes actos procesales:
- Escrito de demanda.
- Absuelve traslado de reconvenición
- Prueba extemporánea
- Apelación de sentencia infundada

ii. DEL DEMANDADO

- El demandado realizó los siguientes actos procesales:
- Contestación de la demanda.
- Reconvención de tenencia de hija menor.
- Solicitud de régimen de visitas provisional.
- Ofrece prueba extemporánea.
- Absuelve traslado de apelación.
- Escrito de interposición de recurso extraordinario de casación.

iii. DEL JUZGADOR:

- Antes de la expedición de la sentencia primera instancia, el juzgador realizó actos procesales básicos y obligatorios dentro del esquema del proceso de conocimiento, como son:
 - Auto admisorio, que consiste en el acto procesal de calificación de la demanda que pretende verificar si se cumplen cuanto menos las condiciones de la acción (legitimidad para obrar e interés para obrar) y los presupuestos procesales (competencia del juez, capacidad procesal y requisitos de la demanda). En el caso de autos, se pueden verificar los requisitos establecidos, por lo que se emitió correctamente el auto que admite a trámite la demanda.
 - Auto de Saneamiento Procesal, que consiste en una especie de segundo filtro, donde el juez verifica nuevamente los presupuestos procesales y las condiciones de la acción que revisó al calificar la demanda, pero aunado a esto, verifica si el emplazamiento de la demanda fue válido, y, finalmente, verifica si existen vicios o defectos procesales que acarreen nulidad posterior. En el proceso de análisis, el juez, verifica dichas circunstancias y declara correctamente la validez de la relación jurídica procesal y por ende el saneamiento del proceso.

c. SOBRE LAS SENTENCIAS

i. PRIMERA INSTANCIA

La sentencia expedida por el juzgador estuvo redactada conforme a lo que la doctrina denomina elementos esenciales que son: parte expositiva, parte considerativa, y, parte resolutive. En la expedición de la sentencia de primera instancia, se puede concluir que, el juzgador realizó una incorrecta motivación de su decisión, no tuvo en cuenta valorar el documento N ° 81-2013 que declara fundada la demanda de violencia familiar.

ii. SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia de vista expedida por la Sala especializada en lo civil, no siguió el razonamiento del juzgado de primera instancia, esto por cuanto, llegó a la conclusión de revocar la sentencia que declara infundada la demanda de divorcio por causal de violencia psicológica interpuesta por la demandante y reformándola la declaro fundada, en consecuencia, fundada la presentación indemnizatoria de mil nuevos soles que deberá pagar el demandado.

iii. CASACIÓN

La resolución que declara infundado el recurso de casación es correcta y objetiva, existió una correcta interpretación de la citada normativa sobre los medios probatorios expuestos por las partes.

d. SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS ACTORES DEL PROCESO

i. LA DEMANDANTE

En cuestiones de formalidad de los actos procesales, el demandante, al incoar el proceso, cumplió con presentar su demanda con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la normativa.

Sin embargo, respecto al tema de fondo, su sustento jurídico fue suficiente bajo interpretación de la normativa.

ii. EL DEMANDADO

En cuestiones de formalidad de los actos procesales, el demandado, cumplió con las exigencias sustantivas y procesales de la contestación de la demanda, reconvenición de tenencia de hija menor, solicitud de régimen de visitas provisional, ofrece prueba extemporánea, absuelve traslado de apelación, escrito de interposición de recurso extraordinario de casación.

Así mismo, respecto al tema de fondo, su sustento fue consistente, en cada uno de los escritos presentados, es por ello, que en la primera instancia fallo a su favor.

iii. ACTUACION DEL JUEZ

Para la emisión de la sentencia el juez cumplió con los requisitos fijados por ley sobre el contenido de las resoluciones como es la estructuración de la redacción en parte expositiva, considerativa y resolutive.

Sin embargo, respecto del fondo de su decisión considero que la sentencia no cumplió con las características sustanciales de motivación y congruencia, por cuanto no realizó una adecuada interpretación del medio probatorio de la demandante sobre el expediente N ° 00815-2013.

iv. ACTUACION DE LA SALA SUPERIOR

Para la emisión de la sentencia los magistrados cumplieron con los requisitos fijados por ley sobre el contenido de las resoluciones de vista como es la estructuración de la redacción en parte expositiva, considerativa y resolutive. Sin embargo, respecto del fondo de su decisión considero que la sentencia de vista si cumplió con las características sustanciales de motivación y congruencia, a diferencia del juzgado de primera instancia, pues esta no realizó una adecuada interpretación de la normativa materia de Litis, lo que produjo como consecuencia que la Sala superior revoque su fallo.

v. ACTUACION DE LA CORTE SUPREMA

La función principal de la Corte Suprema, es la creación de una nueva norma, que tendrá calidad vinculante para las demás instancias. A través del recurso de casación se pretende cumplir una función pedagógica, consistente en enseñar a la judicatura nacional en general, cuál debe ser la aplicación

Debo concluir que la Corte Suprema de Justicia de la Republica sala civil permanente tomo como decisión amparar la demanda de la accionante por violencia psicológica tomando sustento en el los protocolos de pericias psicológicas de la demandante.

3. Bibliografía

- Aguilar Llanos, B. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: San Marcos E.I.R.L.
- Aranzamendi, L. (2005). *Investigación jurídica. De la ciencia y el conocimiento científico*. Lima: Grijley.
- Ariano, E. (. (2006). *Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacifico.
- C., F. (2003). *Derecho de Sucesiones* . Lima: PUC.

- Castillo, J., T., L., & R., y. Z. (2006). *Razonamiento judicial, interpretación,*. Lima: ARA Editores.
- Chiabra, M. (2011). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia.* Lima: Gaceta jurídica S.A.
- Córdova, J. (2002). *El Proceso Civil. Problemas fundamentales del proceso.* Lima: Tinco.
- H., & P. (2013). *El Derecho de Familia en la jurisprudencia del Tribunal CONSTITUCIONAL.* lima: Gaceta Juridica.
- Hawie, I. (2015). *Manual de jurisprudencia de derecho de familia .* Lima: Gaceta jurídica .
- J., C. d. (2012). *El proceso civil. .* Lima: Ara Editores.
- Julia, C. C. (2000). *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú.* Lima: PUC. Jurídica., G. (2007). *Código Civil Comentado: Tomo II Derecho de Familia.* Lima: Gaceta jurídica.
- M., G. (2006). *Instituciones del Derecho Civil.* Lima: Gaceta Juridica .
- Matamala cabello, C. J. (2003). *Derecho de Familia.* Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Muro Rojo, M. y. (2003). *Concepto e Divorcio.* Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Parodi Remón, C. (2005). *El derecho procesal del Futuro.* Lima: San Marcos.
- Peralta Andia, J. R. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil.* Lima: Idemsa.
- Plácido V., A. F. (2013). *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia.* Lima: Gaceta Juridica.
- Ramos, C. (1990). *Acerca del divorcio.* Lima: Acerca del divorcio.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. .* Lima: Gaceta jurídica.
- Zolezzi Ibárcena, I. (2001). *El proceso civil.* Lima: Industrial Gráfica.

MATERIA PENAL:

INFORME DE EXPEDIENTE N° 04222-2016-13-0401-JR-PE-01

ACTOS CONTRA EL PUDOR

ÍNDICE

ÍNDICE	7
CAPITULO I	66
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	66
1.1. DATOS GENERALES:	66
1.2. LOS HECHOS MATERIA DEL CASO:.....	66
1.3. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO	67
1.4. DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR Y VIOLACIÓN SEXUAL:.....	67
CAPITULO II	69
2.1. ALCANCES DOCTRINARIOS DEL DELITO ACTOS CONTRA EL PUDOR:	69
A. CONTEXTO SOCIAL DE ACTOS CONTRA EL PUDOR:.....	69
B. CONCEPTO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR:.....	70
2.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN SU ASPECTO SUSTANTIVO:	78
A. SUJETO ACTIVO:.....	78
B. SUJETO PASIVO:.....	78
C. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:.....	78
D. JUICIO DE TIPICIDAD: ACCIÓN TÍPICA.....	78
E. OBJETO DEL DELITO:.....	78
F. TIPICIDAD SUBJETIVA:.....	78
CAPITULO III	79
3.1 ALCANCES DOCTRINARIOS DEL DELITO VIOLACIÓN SEXUAL:	79
A. CONTEXTO SOCIAL DE VIOLACIÓN SEXUAL:.....	79
3.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN SU ASPECTO SUSTANTIVO:	84
A. SUJETO ACTIVO:.....	84
B. SUJETO PASIVO:.....	84
C. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:.....	85
D. OBJETO DEL DELITO:.....	85
E. TIPICIDAD SUBJETIVA:.....	85
CAPITULO IV	86

ANÁLISIS PROCESAL:	86
1. ALCANCES PROCESALES SEGÚN EL PROCESO COMÚN: EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL:	86
1.1. COMPETENCIA:	86
1.2. ITER PROCESAL:	87
1.2.1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:	87
1.2.1.1. LA NOTICIA CRIMINIS:	88
1.2.1.2. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES:	88
1.2.1.3. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:	90
1.2.1.4. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN: PRISIÓN PREVENTIVA: ...	92
1.2.2. LA ETAPA INTERMEDIA:	94
1.2.2.1. EL SOBRESEIMIENTO:	96
1. LOS ALEGATOS DE APERTURA:	106
2. LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA:	106
3. LA NUEVA PRUEBA:	107
4. LA ACTUACIÓN PROBATORIA:	107
5. LOS ALEGATOS DE CIERRE:	109
6. LA SENTENCIA:	110
7. RECURSO DE APELACIÓN	134
8. SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA:	142
II. LA CASACIÓN EN EL PERÚ: UN NUEVO RECURSO:	153
CAPITULO V	175
APRECIACIONES FINALES	175
1. APRECIACIÓN PERSONAL DE LA ACTUACIÓN DE LAS PARTES	175
2. APRECIACIÓN PERSONAL DE LA ACTUACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL	176
3. APRECIACIÓN DEL EXPEDIENTE	177
BIBLIOGRAFÍA	180

CAPITULO I

1. Planteamiento del problema

1.1. Datos Generales:

1. **N° de expediente** : 04222-2016-13-0401-JR-PE-01
2. **Investigado** : Erick Carlos Cruz Peláez
3. **Agraviada** : J.J.S.A.
4. **Delito** : Actos contra el pudor.

1.2. Los hechos materia del caso:

- **Circunstancias del delito de Actos contra el Pudor:**
Que en el año 2013 y cuando la menor agraviada tenía la edad de 9 años el denunciado en el interior del inmueble ubicado en Villa Continental, en diversas oportunidades efectuó tocamientos en los senos y vagina de la menor agraviada por debajo de las ropa, conforme lo narra la menor agraviada en la entrevista única en cámara Ghesell “me tocaba mis pechos y mi parte genital por debajo de la ropa”, precisando la menor agraviada que la persona que realiza ello es tu tío.
- **Circunstancias del delito de Violación sexual:**
Que el día 29 de mayo del 2016 al promediar las 22:40 horas aproximadamente el denunciado se apersonó al inmueble ubicado en la asociación Villa Continental O (prima) lote 04 distrito de Cayma, que resulta ser el domicilio de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A. de 12 años de edad, tocando la puerta indicándole a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor, empujando a la menor agraviada a la cama y le tapó la boca echándose encima de la menor bajándole su pantalón e introduciendo su pene dentro de su vagina, siendo que la menor trataba de patearlo para defenderse, oportunidad en la que ingreso el menor de nombre Gean carlos Aicatuero quien ha referido en su

declaración que ingreso al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas es así que vio al denunciado encima de la menor agraviada abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movían encima de ella, luego el menor grito. El denunciado se paró y la abuela de la menor agraviada Marina Emerita Peláez Quispe subió a la habitación viendo que la menor agraviada estaba llorando, la misma le dijo que le habían manoseado y violado, el denunciado escapó del lugar de los hechos.

1.3. Determinación del Objeto del Proceso

El objeto del proceso es determinar si existió el delito de tocamientos indebidos y violación sexual en contra de la Agraviada J.J.S.A.

1.4. Delito de actos contra el pudor y Violación sexual:

- **Artículo 176-A.- Actos contra el pudor**

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo, sobre el agente o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas, actos de connotación sexual en cualquier parte de su cuerpo o actos libidinosos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de quince años.

Artículo 177.- Formas agravadas

En cualquiera de los casos de los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A:

1. Si el agente procedió con crueldad, alevosía o para degradar a la víctima, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo en el respectivo delito.

2. Si los actos producen lesión grave en la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

3. Si los actos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena será de cadena perpetua.

En los casos de los delitos previstos en los artículos 171, 172, 174, 176 y 176-A la pena se incrementa en cinco años en sus extremos mínimo y máximo si concurre cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 170, segundo párrafo.

Si el agente registra cualquiera de las conductas previstas en los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A mediante cualquier medio visual, auditivo o audiovisual o la transmite mediante cualquier tecnología de la información o comunicación, la pena se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo aplicable al delito registrado o transmitido.

- **Violación de menor de edad:**

Artículo 173.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.

Debe quedar claro que antes de la modificatoria legal mediante la ley 30838, la redacción del tipo era distinta, pues la pena de cadena perpetua se imponía a quien acceda carnalmente a una persona menor de diez años.

CAPITULO II

2.1. Alcances doctrinarios del delito Actos contra el pudor:

a. Contexto social de actos contra el pudor:

A través de los tiempos vemos que las penas en cuanto al delito de actos

contra el pudor han ido siendo modificadas por el motivo de la coyuntura social que se está atravesando por los altos índices de delitos cometidos contra la libertad sexual tal como lo señala el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017) en su documento: "En el país, se han registrado 20 mil 428 denuncias por comisión de delitos contra la libertad en el año 2016; se aprecia incremento de 1 mil 698 denuncias con relación al año 2015".

El delito de actos contra el pudor es un tema de gran trascendencia en la actualidad, su marco jurídico involucra vínculo familiar, círculo social de amigos, compañeros de trabajo e incluso a la sociedad en su conjunto, relaciones que, por la cercanía, muchas veces conllevan a que se sobrepasen los límites de confianza; es decir, el olvido del respeto y de la admiración, para llegar a presentar conductas ilícitas en contra de alguna de las personas con las que se convive. (Sánchez, 2004)

Estos hechos, de por sí, causan un perjuicio físico o psicológico en la víctima, los medios para que se dé el delito de actos contra el pudor de persona son la violencia o amenaza grave en contra de la víctima (adolescente mayor de 14 años o mujer mayor). (García, 2004) La edad se debe tomar en cuenta como regla general, toda vez que, si la víctima tiene menos de 14 años, esta conducta se subsumiría en el artículo 176-A del Código Penal; en tal sentido, se debe tener en cuenta que una conducta ilícita (como los tocamientos indebidos y libidinosos) ocasiona daño físico y moral en la víctima, y esto genera como consecuencia mujeres vulneradas en su integridad personal, que, en

vez de ejercitar la acción penal, no denuncian por miedo o por vergüenza. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias, como el alcoholismo, la drogadicción, problemas psicológicos o fisiológicos y falta de educación o de orientación sexual, respecto de los agresores; y vergüenza, miedo, falta de comprensión de los familiares, desconocimiento de la punibilidad del delito y falta del ejercicio de la acción penal, respecto de la víctima. Por consiguiente, se considera fundamental que la realidad social y su captación por la norma y el ordenamiento jurídico sean valorados por el valor justicia, y esto solo se logrará si el ordenamiento normativo privilegia los derechos de las mujeres agraviadas, brindándoles protección en la medida en que sea necesario (Castillo alva, 2002)

b. Concepto de actos contra el pudor:

Según, Ramiro Salinas Siccha, define al pudor como “el contexto personal de recato del que goza toda persona en la sociedad, cuando deseamos, indefectiblemente, vivir con decencia, decoro y honestidad” (Salinas, 2008) A criterio de Carmona salgado la define como “aquel sentimiento de desagrado que la víctima logra experimentar hacia el sujeto que intenta gozar de el sin su consentimiento.”). Continuando, Creus carlos, la define como “aquel valor social que se da en una comunidad y, en la medida que la comunidad lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen; o bien como un sentimiento de decencia sexual que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros.” (Creus, 1990) Carmona salgado la define como “el respeto físico por nosotros mismos que se extiende a una persona independientemente de su sexo o vida sexual o como el derecho a la rectitud o prudencia en las costumbres sociales atientes al sexo” (Sánchez, 2004) Se entiende por actos contrarios al pudor, todo acto inverso a las buenas costumbres (pudor) el cual ha sido practicado de manera intencional y directa sobre una persona sin su aprobación o contra su voluntad, tales como por ejemplo, el conjunto de tocamientos, rozamientos,

fricciones y todo tipo de maniobras realizadas por el sujeto activo, contra el cuerpo, en su totalidad, del agraviado o víctima; así mismo, como aquellas actitudes que tiene el sujeto activo de este delito, para forzar a efectuar tocamientos o actos lujuriosos contra el sujeto pasivo, sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de un tercero, especialmente en sus genitales o en una zona pasible de excitación sexual, comúnmente llamada zona erógena, con el único afán o propósito de dar rienda suelta a sus bajos instintos orientados a obtener una satisfacción que complazca su propia lujuria.

Incluye una circunstancia agravante determinante de mayor pena, basada en una posición de garantía derivada de diversas relaciones de carácter institucional; así, como en las características mismas del desvalor de la acción que contenga un carácter degradante para la víctima; finalmente, que se produzca un grave daño en la salud física o mental de la víctima, siempre y cuando el agente delictivo haya podido prever el resultado más grave producido, apela por tanto a la figura del delito preterintencional, de común idea con una orientación político criminal seguida de forma paulatina en el tiempo (Caro, 2002) Lo referente a los inimputables o a los incapaces, es decir, aquellas personas que por sufrir de ciertas deficiencias psico-motrices no están en capacidad de comprender el alcance, contenido y efectos del acto sexual. El legislador omitió su inclusión en esta figura penal, sin considerar que estos sujetos que padecen de algún tipo de trastorno mental, se encuentran en una posición de indefensión al igual que los menores de edad; como se sostuvo anteriormente en un estado de especial "vulnerabilidad". (San Martín, 2001)

(Sánchez, 2004) de tal forma que se sigue una suerte de asistemática regulación punitiva, pues por un lado, el legislador en atentados más graves a la libertad sexual (acceso carnal sexual), tal como se desprende del artículo 172° no les reconoce capacidad legal de consentimiento a efectos penales y, por otro lado, en ofensas sexuales, "abusos sexuales", que revelan un contenido menor del injusto típico, les niega protección penal, por lo tanto, asume la Ley en

esta ocasión que los inimputables sí ostentan capacidad de autodeterminación sexual, pues su consentimiento en el marco de los actos contra el pudor sí surte efectos jurídicos, a fin de desvirtuar el carácter penalmente antijurídico de la conducta.

Es de recibo, que el legislador ni siquiera reparo en este aspecto, pues la forma superficial y apresurada, de cómo procede en los procesos formativos de la ley penal, lo sustrae de una visión integral y sistemática del ordenamiento penal, sin poner ni siquiera en discusión las repercusiones normativas que pueden provocar reformas por no decirlo "parciales" y "aisladas", en tanto se legisla en materia penal de acuerdo a coyunturas político -sociales específicas. (Talavera, 2011). Con todo, el legislador debe reconducir la formulación político criminal de forma sistemática, tomando como base la plenitud del ordenamiento jurídico, a fin de evitar antinomias de esta naturaleza, que afectan el principio de igualdad constitucional y, por otro contribuyen a una desprotección de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

(Mantilla, 2003)

- **Sujetos:**

Para referirse a los sujetos que se relacionan con este delito, hay varios legisladores que coinciden que solo intervienen dos sujetos: Sujeto activo (agresor) y el sujeto pasivo (agredido). Sin embargo, hay quienes dicen que existe una tercera persona que vendría hacer el Estado, ya que él es quien se encarga de aplicar las penas respectivas. Pero para un mejor detalle de los sujetos, se tendría que analizar sus definiciones respectivas.

- ***El sujeto activo:***

“Es el individuo que realiza la acción u omisión descrita por el tipo penal. Como hemos dicho, existen delitos comunes (los puede realizar cualquier sujeto) y delitos especiales (donde el sujeto

tiene que poseer cualidades especiales para poder realizar la acción típica)”.

○ **El sujeto pasivo:**

“Aquí cabe una división, distinguiendo entre: sujeto pasivo de la acción (persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo); y el sujeto pasivo del delito (es el titular o portador del interés cuya esencia constituye la del delito -bien jurídico protegido-). Generalmente, los sujetos coinciden, pero hay casos en los que se los puede distinguir, como por ejemplo art. 196, referido a la estafa, una persona puede ser engañada (sujeto pasivo de la acción) y otra recibir el perjuicio patrimonial (sujeto pasivo del delito). Un caso diferente se presenta en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, donde necesariamente el sujeto pasivo de la acción y del delito coincide. Distinguir al sujeto pasivo no sólo posee importancia constructiva, sino también trascendencia práctica: de quien sea el sujeto pasivo puede depender: o la impunidad o no del autor (art. 208: excusas absolutorias); la posibilidad de atenuar o agravar la pena (v.gr. art. 110: infanticidio, art. 107: parricidio); que se brinde el consentimiento; otros efectos legales (v.gr. art. 111, 2° párrafo)”. Estado. - “Es el encargado de aplicar la sanción penal (pena o medida de seguridad), luego de haberse acreditado la comisión del delito y la responsabilidad del sujeto activo, otorgando la reparación civil al sujeto pasivo”. (Castillo, 2002)

• **Conducta típica:**

- ✓ Castillo (2002) se refiere a la acción típica como: “Los actos contrarios al pudor tal como se encuentran configurados en nuestra legislación están compuestos, desde el punto de vista objetivo, por dos elementos: uno positivo, referido a la efectiva realización de una conducta sexual lo que la ley llama actos contrarios al pudor y otro negativo que exige la realización de un acto distinto al acto sexual u otro análogo. Agregándose un requisito subjetivo fundamental, el cual

se relaciona con la condición negativa, y que consiste en que el autor obre sin propósito de causar el acto sexual” (Rosina, 2016).

- ✓ Si se analiza lo descrito por Castillo, se aprecia que la acción típica está relacionada con el hecho de realizar la acción descrita por el Código Penal, es decir, lo descrito por la normativa sustantiva. Por lo tanto, la acción típica será la omisión o comisión que un autor se dirige a realizarla.
- ✓ “La doctrina de manera unánime se encuentra de acuerdo en reclamar en los actos contrarios al pudor la necesidad de contactos físicos, aproximaciones o tocamientos corporales o el uso del cuerpo de la víctima. Asimismo, se exige de manera obligatoria el involucramiento de otra persona en un contexto sexual determinado, elemento que está lejos de ser solo un requisito impuesto por la ciencia penal, toda vez que dicha exigencia se encuentra recogida en la misma legislación. Lo dicho trae como consecuencia el hecho que no constituye delito ni se realiza el injusto cuando solo hay palabras de por medio y no un contacto corporal por más lujuriosas, impúdicas o de elevado contenido sexual que sean” (Rosina, 2016). La doctrina fija los parámetros y análisis de cómo es que se lleva a cabo el delito de Actos contra el pudor, y su acción verbal se encuentra en actos libidinosos que llevan a la otra persona a sentirse intimidado; si bien no hubo un acto sexual, la sola intimidación del otro, en tocamientos que no deben darse hace que se configure el delito.
- ✓ “El delito puede ser cometido tanto si el contacto o aproximación corporal se produce por la acción del autor en el cuerpo de la víctima como si ésta actúa en el cuerpo del autor. La ley no exige no configura la realización del injusto a partir de que solo el autor despliegue su comportamiento criminal sobre la estructura somática del sujeto pasivo. Por otro lado se amplía la tradicional aplicación del delito en análisis que anteriormente se limitaba a las acciones sexuales activas o pasivas, incorporándose los casos en los que se obliga a la víctima a realizar conductas sexuales sobre su propio cuerpo, por ejemplo, a masturbarse, tocarse los senos, introducirse objetos en la vagina o en el ano, etc.” (Rosina, 2016).

- ✓ Cabe precisar que, en este tipo de delito, no solo basta que el sujeto activo realice el acto sexual al sujeto pasivo, sino que el solo hecho del acercamiento o actos como masturbarse en frente de otro, ya es un delito del cual es materia de análisis. (Saavedra, 2018)

- **Bien Jurídico:**
 - ✓ En relación al caso de qué es lo que pretende protegerse en estos casos de delito y es que en realidad de habla del “Pudor Público”. Pero qué es lo que dicen los legisladores con respecto al Pudor Público, así se tiene a:
 - ✓ (Peña A. , 2007) “se refiere a la penalización del contenido de índole obsceno al constituir un comportamiento con reprobación ético social”
 - ✓ (Bramont-Arias Torres, 1990) el Pudor Público es una valoración social resultante de “determinadas pautas morales convencionales que disciplinan el comportamiento sexual de las personas”
 - ✓ Como se aprecia, el bien jurídico protegido “Pudor Público”, es guardar cordura en tanto al comportamiento de las personas a nivel social, como menciona Bramont Arias y García Cantizano se trata de disciplinar el comportamiento sexual y este comportamiento depende de la educación que haya recibido entorno al respeto y las buenas costumbres.
 - ✓ Entonces, desde esta perspectiva el Pudor, de acuerdo a la definición descrita por la RAE “Honestidad, modestia, recato”, es lo que se intenta proteger, no solo a las personas mayores, sino aquellas menores de edad que de alguna forma suelen tener menos reacciones de protección ante ellas mismas, sintiendo miedo, inseguridad y amenazadas por terceros. (Saavedra, 2018)

- **Tipicidad subjetiva:**

(Castillo, 2002) menciona que los delitos “Acto contra el pudor”, son delitos que pertenecen a una conducta dolosa, ya que solo requiere la voluntad del sujeto para cometer el ilícito penal. Sin embargo; Bramont Arias- Luis Miguel, recalca que esto tipos de delitos no solo se manifiestan dolosamente, sino que también tiene que ver en su

estado de culpa, ya que a veces el autor del delito tiene un deber de cuidado de acuerdo a la función que tiene frente a su sociedad.

En el delito que es materia de análisis, por lo general obedecen a un tipo doloso, ya que el autor es consciente de su accionar en estos tipos de actos, sin respetar a las personas que son tentadas por sus deseos libidinosos; haciendo de ello tocamientos indebidos a un tercero.

- **Tentativa y consumación:**

Bramont Arias Torres señala que el delito se consuma en el momento que se ejecuta el acto contrario al pudor con el menor de catorce años, aunque el agente no haya logrado satisfacer sus propias apetencias libidinosas. Basta, por consiguiente, el simple contacto corporal entre el sujeto activo y pasivo para que el delito se considere consumado. La tentativa no es posible, porque tan pronto como ha tenido comienzo la ejecución del acto contrario al pudor, el delito queda consumado” (Rosina, 2016)

“ (Peña a. , 2010) refiere que el delito se consuma con la realización del acto impúdico sobre el cuerpo del menor. No se necesita para los efectos de la perfección delictiva, la satisfacción del apetito sexual e, inclusive puede faltar esta finalidad. Si la finalidad era en realidad el acceso carnal sexual, y por motivos ajenos a la voluntad de autor, no puede concretizarse, será una tentativa del artículo 173º; tal como se ha sostenido, no es jurídicamente admisible que acontezca un concurso ideal entre ambas figuras típicas, pues la realización de los tocamientos indebidos, sobre las partes íntimas de la víctima, constituyen ya el inicio de los actos ejecutivos del injusto penal de violación de menores, pues dicha conducta se consume en la otra, al importar el adelantamiento de la conducta típica, una lesión anterior u anticipado al bien jurídico tutelado” (Rosina, 2016).

Al analizar las aportaciones de Bramont Arias Torres y Peña Cabrera, la consumación del delito queda establecida en el solo hecho del mero tocamiento a la menor de edad, el solo hecho de tocarla ya se ha

consumado el delito; por lo tanto, en este delito no cabe duda en detenerse a analizar si hay tentativa o no, ya que se podría definir como delitos de mera actividad, es decir, el solo realizar los tocamientos ya permite la consumación del delito.

- **Concurso de delito:**

“Los diversos actos lúbricos con la misma víctima, pero en diferentes momentos constituyen varios delitos independientes entre sí, se configuran un concurso real homogéneo. Si son realizados sobre distintas personas, habrá tantos delitos como sujetos pasivos, lo cual luego de la reforma producida en el artículo 50º del CP, genera resoluciones punitivas de mayor drasticidad, al margen de la incoherencia planteada normativamente en el artículo 49º del CP – delito continuado” (Rosina, 2016)

Esto significa que, si la misma persona que llevó a cabo el delito de análisis, comete otro delito con la misma persona, habrá concurso de delitos, aplicados y regulados de acuerdo al Código Penal de su tipificación.

- **Sanción penal:**

Art.176º-A.- Actos contra el pudor en menores de 14 años:

“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170º, realiza sobre un menor de 14 años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor e siete ni mayor de diez años.

2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve.

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en algunas de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad”.

2.2. Análisis del caso concreto en su aspecto sustantivo:

a. Sujeto Activo:

En el presente caso, como se desprende de los hechos materia de imputación el sujeto que vulneró el bien jurídico el pudor público en agravio de una menor cuando esta tenía nueve años de edad fue Erick Carlos Cruz Peláez.

b. Sujeto Pasivo:

Entendiendo que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, podemos establecer que fue la menor de iniciales J.J.S.A.

c. Bien Jurídico Protegido:

El bien Jurídico es el pudor público.

d. Juicio de tipicidad: Acción típica

En el presente caso, se produjo vulneración del pudor público cuando la víctima tenía nueve años, y el imputado tocaba sus senos y parte genital de la menor agraviada al interior del inmueble donde ella vive.

e. Objeto del delito:

Sobre quien recae la acción del sujeto agente en el presente caso es el cuerpo de la menor.

f. Tipicidad subjetiva:

Este delito pertenece a una conducta dolosa, ya que solo requiere la voluntad del sujeto para cometer el ilícito penal. Sin embargo; esto tipos

de delitos no solo se manifiestan dolosamente, sino que también tiene que ver en su estado de culpa, ya que a veces el autor del delito tiene un deber de cuidado de acuerdo a la función que tiene frente a su sociedad, en el presente caso no hace falta aludir a la reiteración y circunstancias propias del caso para comprobar la existencia de un acto intencional.

g. Consecuencia Jurídica:

El ministerio público solicita Diez años de pena privativa de libertad más el pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil, por daño a la persona S/. 5,000.00 cinco mil nuevos soles y daño moral S/. 5,000.00 cinco mil nuevos soles.

CAPITULO III

3.1 Alcances doctrinarios del delito Violación Sexual:

a. Contexto social de Violación sexual:

La regulación del delito de violación sexual de menor, tiene una importancia trascendental dentro del esquema jurídico mundial, siendo considerado un delito grave porque compromete una serie de derechos que forman parte de los derechos fundamentales del ser humano. Quienes cometen este delito son denominados “violadores sexuales”. Estos agresores hacen uso de la fuerza (física o emocional) para dominar o amedrentar a sus víctimas, con el fin de satisfacer su deseo o impulso sexual. Un factor determinante para que se tipifique el delito de violación es la falta de consentimiento por parte de la víctima.

Se podría afirmar que, es el delito más reprochable socialmente, y que las víctimas por lo general son personas menores de edad, de bajos recursos; en la comisión de este delito los agentes activos actúan con pleno conocimiento de su conducta es ilícita; pues para la comisión del delito no es necesario que el agresor tenga pleno conocimiento jurídico de que la conducta es sancionada; más aún si se trata de un menor

indefenso incapaz de mostrar resistencia ante el ataque sexual. (García, 2004)

b. Concepto de Violación sexual:

“La violación es la imposición de la cópula sin consentimiento, por medios violentos. Se caracteriza el delito en estudio, por la ausencia total de consentimiento del pasivo y la utilización de fuerza física o moral. (Mantilla, 2003)

Este concepto se refiere al tipo básico del delito. La cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, esto es, no se limita a cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere el vaso por el que se produzca la introducción.

Respecto del sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal, de manera que la violación puede cometerse en personas del sexo masculino o femenino, menor de edad o adulto, púber o impúber, de conducta digna o indigna, en fin, en cualquier sujeto.

La violencia puede ser física o moral, por violencia física se entiende la fuerza material que se aplica a una persona y la violencia moral consiste en la amenaza, el amago que se hace a una persona de un mal grave presente o inmediato, capaz de producir Intimidación.

Debe existir una relación causal entre la violencia aplicada y la cópula, para que pueda integrarse cuerpo del delito y probable responsabilidad. (San Martín, 2001)

• **Sujetos:**

Para referirse a los sujetos que se relacionan con este delito, hay varios legisladores que coinciden que solo intervienen dos sujetos: Sujeto activo (agresor) y el sujeto pasivo (agredido). Sin embargo, hay quienes dicen que existe una tercera persona que vendría hacer el Estado, ya que él es quien se encarga de aplicar las penas respectivas. Pero para un mejor detalle de los sujetos, se tendría que analizar sus definiciones respectivas.

- **El sujeto activo:**

El delito de violación sexual puede ser cometido por cualquier persona, sea varón o mujer independientemente del sexo que posea. Cualquiera puede atentar contra la libertad sexual de otro empleando violencia o amenaza. Concluyendo, se puede afirmar que actualmente de acuerdo con nuestra legislación tanto varón y mujer son iguales lo cual parece adecuado dentro de un estado moderno y pluralista, en tanto cualquier sujeto puede ser protagonista de violación sexual. (Castillo alva, 2002)

- **El sujeto pasivo:**

Menor (varón o mujer) que tenga las siguientes edades:

- *Menor (varón o mujer) de 14 años de edad.*
- *Menor (varón o mujer) entre 14 años y menos de 18 años de edad.*
- *De 18 años a más años de edad.*

En el primer caso, el sujeto pasivo, solo debe ser accedido carnalmente, pues no es necesario o relevante el medio que se use.

En el segundo caso de entre catorce a más de dieciocho años, el sujeto podría ser víctima de una violación por violencia, como agravante del tipo del artículo 170, poniéndola en estado de inconciencia o usando violencia amenaza, coacción.

- **Conducta típica:**

El acción típica entonces consiste en que mediante la violencia o amenaza obligar a una persona a tener relaciones sexuales las cuales pueden ser por la vía natural, contranatural, por la vía oral, cabe resaltar que el Art. 170 del C .P nos señala que para que se plasme el delito no necesariamente requiere de la penetración del miembro viril del hombre , sino que puede darse la penetración por algún objeto o parte de cuerpo,

esto se dio a raíz del caso muy sonado en nuestro país en donde un Doctor Cirujano Plástico acometió sexualmente a su víctima, una vedette famosa, pero con una prótesis de miembro viril, este caso motivó a legislador para implementar la figura antes descrita.

En caso de los menores de edad la situación cambia , ya que las relaciones sexuales realizadas entre un mayor de edad y un menor de 14 años se conocen como Violación Sexual Presunta, es decir en este caso ya no importa que haya violencia o amenaza para la comisión del delito, incluso no importa que haya consentimiento o no, ya que en estos casos la voluntad de los menores de edad no importa. En caso de los menores de 18 años y mayores de 14 se da la figura del Estupro o seducción, aquí sí importa la voluntad del menor pero se toma en cuenta que esta no haya sido viciada o motivada por las promesas engañosas de la pareja. (Monge Fernández, 2004)

- **Bien Jurídico:**

En los delitos contra la libertad sexual violación sexual el legislador intenta proteger el derecho a la libertad sexual, entendida en un doble sentido: derecho de autodeterminación sexual en las personas mayores de edad, y derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores de edad. El primer caso, de acuerdo con (Peña Cabrera R. , 2002), se refiere al derecho que tiene toda persona de auto determinarse sexualmente y de rechazar la intromisión de dicha esfera a terceras personas cuando no medie consentimiento. Vale decir, la facultad que tiene una persona que ha superado la mayoría de edad de disponer de su cuerpo en materia sexual, que le permite elegir la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que se va a realizar el acto sexual. Distinto es el caso de las personas menores de edad o los incapaces, en donde el bien jurídico que se ampara es la intangibilidad sexual o indemnidad sexual. Se trata de sujetos que no pueden determinarse sexualmente porque aún no tienen libertad sexual. Siguiendo a Peña Cabrera, se busca resguardar el desarrollo normal de la sexualidad, manteniéndola libre de la intromisión de terceros.

- **Tipicidad subjetiva:**

El sujeto debe actuar dolosamente, direccionando su voluntad con conocimiento de que su conducta lesiona el bien jurídico. Esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad en la comisión del evento ilícito. Se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento que con la realización de las acciones voluntarias que pone en movimiento la violencia o que origina la amenaza grave, alcanzara su objetivo, cual es satisfacer su apetito sexual, poniendo en un comportamiento pasivo a la víctima, con la finalidad que soporte el acceso carnal sexual no requerido. (Peña Cabrera R. , 2002)

- **Medios Operativos:**

Violencia, amenaza, para la violación sexual de una persona mayor de 14 años. El delito de violación sexual se constituye como la realización del acto sexual mediante violencia o amenaza, por lo tanto, lo que se castiga no es la cópula en sí, sino el empleo de esos medios. Sin embargo, no toda violencia reúne la calidad de típica según el artículo 170 del Código Penal; deberá reunir ciertos requisitos para ser considerada como tal. (Caro Coria, 2000)

Por violencia debe entenderse la fuerza física ejercida sobre una persona con la finalidad de practicarle el acto sexual. Debe quedar claro que la violencia debe ser un medio para lograr el coito, aunque luego de consumarse el hecho la víctima aliente al agente a continuar con la cópula; por lo tanto, será comprendida en el tipo penal la conducta del agente que implique el coito mediante violencia, a pesar que el sujeto pasivo encuentre, posteriormente, satisfacción sexual al ser penetrado. Asimismo, se presenta un supuesto de violación cuando exista resistencia de la víctima sobre el modo del acto sexual que el agente pretende realizar. El sujeto pasivo presta su consentimiento para ser accedido por vía vaginal y el agente accede violentamente por vía anal.

La amenaza es el anuncio de un mal grave e inminente o de un daño injusto que infunde miedo a la víctima produciéndole una inhibición de

su voluntad, lo que conlleva a que ésta realice lo que el intimidador quiere. Se produce, entonces, una alteración en el proceso normal de motivación. La amenaza típica debe reunir ciertas condiciones. De esta manera, la amenaza debe ser **grave**, es decir que el mal que se anuncia debe ser de tal entidad que infunda temor a la víctima. Actualmente los medios operativos se han ampliado debido a que, mediante ley 30838 de noviembre de 2018, se ha considerado como tales violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento. El engaño es el medio que se utiliza en el delito de seducción, y cuando se trate de menor de catorce años, el medio es irrelevante, pues estamos en un delito **resultativo** donde lo importante es que exista el acceso, pues el “consentimiento de la víctima” es irrelevante. (Castillo Alva, 2002)

- **Sanción penal:**

Pena privativa de la libertad de cadena perpetua por el supuesto vínculo familiar. Debe quedar claro que antes de la modificatoria legal mediante la ley 30838, la redacción del tipo era distinta, pues la pena de cadena perpetua se imponía a quien acceda carnalmente a una persona menor de diez años.

3.2. Análisis del caso concreto en su aspecto sustantivo:

- a. **Sujeto Activo:**

En el presente caso, como se desprende de los hechos materia de imputación el sujeto que vulnera la bien jurídica indemnidad sexual en agravio de una menor cuando esta tenía doce años de edad fue Erick Carlos Cruz Peláez.

- b. **Sujeto Pasivo:**

Entendiendo que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, podemos establecer que fue la menor de iniciales J.J.S.A. quien fue afectada en su indemnidad o intangibilidad sexual.

c. Bien Jurídico Protegido:

El bien Jurídico es el correcto y adecuado desarrollo sicosexual de la menor J.J.S.A., pues fue objeto de un acceso carnal.

d. Objeto del delito:

Sobre quien recae la acción del sujeto agente en el presente caso es el cuerpo de la menor.

e. Tipicidad subjetiva:

Como se sabe el delito de violación sexual es un delito eminentemente doloso, es decir, debe existir en el sujeto agente el conocimiento (aspecto cognitivo) y la voluntad (aspecto volitivo), para la realización del tipo penal objetivo; en el delito de violación sexual no se admite la modalidad culposa, ello se puede deducir de la lectura literal del artículo 170 y 173 del código penal; en el presente caso hace falta aludir a la reiteración y circunstancias propias del caso para comprobar la existencia de una acto intencional. No existe la presencia de algún error de tipo, que permita anular el dolo del agente, en el presente caso.

f. Consecuencia Jurídica:

Con respecto a la consecuencia jurídica el delito de violación sexual, y teniendo en cuenta que los hechos se realizaron con el vínculo familiar que en este caso existe, se solicita cadena perpetua.

CAPITULO IV

Análisis Procesal:

1. Alcances Procesales según el Proceso común: el Nuevo Código Procesal Penal:

1.1. Competencia:

La competencia debe entenderse como el límite de la jurisdicción (Peña Cabrera R. , 2002). En el proceso penal acusatorio existe una división de funciones, así tenemos que la etapa de investigación preparatoria la dirige la fiscalía, mientras que la etapa intermedia es conducida por el Juez de investigación preparatoria y el juicio oral es dirigido por el Juez del juicio oral (Freyre, 2011) .

En el proceso penal común existe la competencia Judicial por la función, por la jerarquía, por la materia y por el territorio.

En el Presente caso, debemos explicar que como se sabe en el caso del derecho procesal penal desde el año 2007 se puso en vigencia el nuevo código procesal penal, denominado también Código Procesal Penal de 2004. Este código adjetivo tienen tres etapas bien marcadas: investigación preparatoria donde el fin es la obtener los elementos de descargo para determinar si acusa o no acusa se verifica aquí el principio de objetividad fiscal; la siguiente etapa es la etapa intermedia conocida como una etapa bifronte, pues permite controlar la investigación y a la vez también preparar el juicio; por último la etapa del juicio oral, a decir del Código Procesal, la etapa estelar del proceso, allí se actúa la prueba bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción y concentración, es allí donde se decide la culpabilidad del acusado. (Peña R. , 2002)

La investigación preparatoria como lo sabemos es dirigida por el Ministerio Público, la etapa intermedia es dirigida por el juez de investigación preparatoria y el juicio oral es dirigido por el juez penal unipersonal o el juez penal colegiado.

1.2. Iter Procesal:

1.2.1. Investigación Preparatoria:

La investigación preparatoria es la primera etapa del proceso penal acusatorio común, mediante esta etapa lo que se busca es que la fiscalía logre acopiar elementos de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si acusa o requiere un sobreseimiento (Peña a. , 2010).

Esta etapa es dirigida por el Ministerio Público, y se subdivide en dos sub etapas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha, también llamada investigación preparatoria formalizada (Peña a. , 2010). En esta etapa el Juez de investigación preparatoria cumple una función, como Juez de control o Juez de garantías, pues es a él al que se debe recurrir cuando se vulneran derechos del imputado y de las partes en general.

Este Juez de investigación Preparatoria que no dirige la investigación, sino que la supervigila tal cual un Juez Constitucional, le asisten algunas atribuciones tales como: ordenar la imposición de medidas de coerción, la prueba anticipada, controlar el cumplimiento de los plazos, resolver sobre la constitución de las partes, entre otras.

En el presente caso, la investigación preparatoria es dirigida por la Segunda Fiscalía Provincial de Arequipa – Octavo despacho de Investigación.

1.2.1.1. La noticia criminis:

La noticia criminis, o también llamada criminal, está dada por aquella comunicación que se haga a la autoridad competente sobre la comisión de cualquier ilícito penal. Así pues, esta noticia puede ser por parte del agraviado, por parte de cualquier ciudadano, cuando no tengan obligación de denunciar (acción popular), o de quienes tengan obligación de denunciar, por ejemplo, los funcionarios en ejercicio de su función, también puede ser que La Policía nacional se lo comunique a la fiscalía, para cual está obligado hacerlo de la manera más inmediatamente posible e inclusive se puede conocer de un delito de oficio.

En el presente caso, La madre de la menor agraviada la señora Fiorella Alcaturo Peláez interpone la denuncia, donde se oficia y pone de conocimiento de la fiscalía los hechos objeto de la denuncia.

1.2.1.2. Las diligencias Preliminares:

Las diligencias preliminares es una sub etapa que también recibe la denominación de investigación preparatoria desformalizada, la cual tiene como objetivo la realización de las diligencias más urgentes e inaplazables de la investigación que van a conducir al fiscal a determinar si la investigación debe formalizarse y continuar o si, por el contrario, debe archivarse.

Si se decide lo primero, se emite la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Caso contrario, esto es, si se archiva el caso por parte de la fiscalía, el agraviado o denunciante puede interponer el recurso de elevación de actuados, en el plazo de cinco días hábiles. Este recurso es resuelto por el fiscal superior (Peña a. , 2010), lo resuelto por este es cosa decidida y evitará que se vuelva a denunciar el hecho salvo que exista pruebas nuevas (Peña a. , 2010).

El CPP 2004, se encargó de regular la duración de esta sub fase de la investigación preparatoria; en ese sentido el artículo 334 del catálogo adjetivo aludido establece que:

De la glosa anterior podemos fácilmente distinguir que las diligencias preliminares cuentan con tres plazos a saber (Peña a. , 2010):

a) El plazo con detenido: la norma aludida expresa claramente que cuando una persona ha sufrido una detención, esta no puede durar más de veinticuatro horas o quince días, según corresponda. Para entender este plazo debemos recurrir al artículo 2.24. f de la constitución política del Perú, para determinar en qué casos la duración es veinticuatro horas y en qué casos la duración puede ser hasta 15 días. De ello se desprende entonces que cuando haya un detenido por delitos de terrorismo, tráfico de drogas o espionaje la duración no podrá exceder de los quince días, pero cuando la detención obedezca a la realización por parte del detenido de otros delitos diferentes a los citados (tráfico de drogas terrorismo o espionaje) el plazo de duración de las diligencias preliminares máximo de 48 horas, antes 24 horas. Lo que es importante destacar en este punto es que el plazo de quince días o 24 horas no quiere decir que la fiscalía debe tomarse todo ese plazo, sino que lo que norma constitucional hace referencia es un plazo máximo, esto es, la duración no puede exceder dichos plazos, por estricta aplicación del principio de legalidad, sin embargo, cuando ya se hayan realizado todas las diligencias urgentes e inaplazables, se deberá concluir las

diligencias preliminares de investigación, aun cuando no se haya vencido el plazo de los quince días o las veinticuatro horas, según corresponda.

Ya nuestro tribunal constitucional ha referido lo antes dicho, en el caso Alí Guillermo Ruiz Dianderas en el que hace expresa mención del plazo estrictamente necesario de detención (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 6423-2007 HC/TC) .

b) El plazo sin detenido:

Con respecto a plazo de duración de las diligencias preliminares, podemos decir que este, al inicio de la vigencia del CPP, tenía una duración de 20 días, posteriormente con la dación de la ley 30076 de fecha 19 de agosto de 2013 se extendió a sesenta días. Esto es, con la mencionada norma las diligencias preliminares de investigación pueden tener una duración de cuarenta días más en comparación con su predecesora, la norma ya derogada.

Hay que tener muy en cuenta con respecto a este apartado que este plazo es aplicable cuando no hay ciudadano detenido y cuando según las circunstancias y complejidad del caso este no merezca una extensión mayor a los sesenta días.

c) El plazo fiscal distinto:

Este plazo es sobre el que se ha problematizado mucho en la doctrina nacional. Pues lo que desde un inicio se entendió es que las diligencias preliminares podían tener una duración mayor a los sesenta días, esto es una duración mayor a la que corresponde al plazo cuando no haya persona detenida. Esto es, una duración mayor a los 60 días.

1.2.1.3. La Formalización de la investigación Preparatoria:

En esta etapa debe observarse el principio de imputación necesaria, esto es, es sabido, que a través de la imputación, al

inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber -aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico -penalmente tutelado-, esto quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión; ello quiere decir, la ineludible exigencia de confrontar en toda su dimensión, el relato fáctico con los alcances normativos del tipo penal. Si de plano estamos ante una conducta incapaz de encuadrarse en los componentes normativos del injusto penal, no puede activarse el aparato persecutorio estatal, por la sencilla razón, de que el Proceso Penal está reservado sólo a aquellos comportamientos, que manifiesten evidencias suficientes de delictuosidad; es algo, en que los operadores jurídicos no escatiman mucho esfuerzo en el país, pues no en pocas ocasiones, desarrollan una exposición fáctica, invocando líneas adelante los dispositivos legales aplicables, sin indicar las razones por las cuales los hechos se subsumen en las figuras delictivas denunciadas, es decir, sin efectuar el proceso de subsunción típica; v. gr., existe un cadáver, evidencias de que la muerte fue producto de una acción humana, mas no se explicita porque es constitutivo de lesiones graves seguidas de muerte y, no un homicidio doloso o culposo. El TC, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, sostiene que: (...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada

previamente en una norma jurídica. (...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales”.

En el presente caso:

- ✓ el año 2013 se interpone denuncia por tocamientos indebidos a menor identificada con las iniciales J.J.S.A. (de nueve años de edad) contra el imputado Erick Carlos Peláez..
- ✓ Con fecha 29 de mayo del 2016, se interpone denuncia de violación sexual interpuesta nuevamente por la madre de la menor con las iniciales J.J.S.A. contra el imputado Erick Carlos Peláez..

1.2.1.4. Las medidas de coerción: prisión preventiva:

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la

realidad. Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado (Asencio Mellado, 2010). Pero, a su vez -lo que con frecuencia sucede en el ámbito del proceso penal-, mediante la prisión provisional se restringe la libertad de un sujeto que, al no haber sido aún objeto de condena, debe ser reputado inocente a todos los efectos. En definitiva, la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción del de presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huya de fórmulas automáticas o de reglas tasadas.

La prisión provisional, en tanto medida estrictamente cautelar y limitativa de derechos ha de supeditarse a la verificación de determinados principios, consustanciales e irrenunciables que, lejos de ser teóricos, trascienden y afectan a la regulación concreta que se haga de la restricción de libertad. Estos principios son los de legalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad y proporcionalidad.

El Código Procesal Penal del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, en su conjunto responde a un modelo de proceso penal acusatorio, eficaz y moderno, respetuoso con los derechos humanos, y adecuado para el cumplimiento de los fines que le son propios. Y en este marco, la regulación de la prisión provisional que efectúa es plenamente respetuosa con los principios señalados, con la naturaleza cautelar de la medida y con su finalidad. Entronca, por tanto, con la mejor tradición democrática, con el sentir reflejado en los Tratados Internacionales que tienden a la protección de las personas frente al Estado.

En suma, sin olvidar la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, sitúa la privación de libertad en su lugar preciso y autoriza su restricción únicamente cuando es absolutamente necesario, cuando no existen otras disposiciones menos gravosas

para el derecho que puedan cumplir adecuadamente la misma función. En suma, la prisión preventiva debe ser entendida como una medida cautelar, y no un adelantamiento de pena

En el presente caso,

- ✓ El fiscal responsable, solicita el requerimiento de Mandato de Prisión Preventiva instaurada y solicitada a través del octavo despacho de investigación de la segunda fiscalía provincial penal corporativa de Arequipa. En dicha audiencia se resuelve declarar fundada el Requerimiento de Prisión Preventiva a cargo del Ministerio Público,

1.2.2. La etapa intermedia:

La investigación preparatoria es la actividad de indagación que se realiza desde que la Policía y el Fiscal tienen conocimiento de la comisión de un hecho con carácter delictivo. Su exclusivo objetivo es buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y descargo que al final permitirán al Fiscal responsable de su conducción, decidir si formula acusación o en su caso, solicita al Juez de la investigación preparatoria el sobreseimiento del caso.

La investigación preparatoria concluye normalmente con una petición que efectúa el titular de la acción penal al Juez.

Esta petición puede consistir en el requerimiento de apertura de juicio oral efectuada por medio de la formulación de la acusación o en su caso, el requerimiento puede consistir en un sobreseimiento de la causa, es decir, un pedido de archivo del caso debido que luego de la investigación efectuada, el fiscal no cuenta con suficientes elementos de convicción que sirvan para sustentar una acusación Sin embargo y a diferencia de lo que ocurre en el sistema mixto con tendencia marcada al inquisitivo en vigencia aún en la mayor parte del territorio nacional, en el modelo acusatorio que recoge el Código Procesal de 2004, de modo alguno se pasa al juicio oral una vez concluida la fase de

investigación. Entre ambas etapas existe otra que se conoce como “etapa o fase intermedia”, la misma que cumple trascendentes funciones al interior del proceso penal. En principio, es claro que la investigación preparatoria y la etapa intermedia sólo se constituyen en etapas fundamentales que sirven para preparar el juicio. Sin aquellas etapas, es imposible juicio alguno en un proceso penal común. La razón de ser de la etapa intermedia se funda en la siguiente idea: los juicios orales para ser exitosos deben prepararse en forma conveniente de modo que sólo se pueda llegar a ellos después de realizarse una actividad responsable (Alberto, 2002) por parte de los sujetos del proceso incluido el tercero imparcial: el Juez.

La etapa intermedia garantiza, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria. Sus objetivos se dirigen a evitar lleguen al juzgamiento casos insignificantes o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público. Este aspecto, la doctrina, lo denomina como justificación política. Se pretende evitar la realización de juicios orales originados por acusaciones con defectos formales o fundamentados en forma indebida. También la etapa intermedia tiene su fundamento en el principio de economía procesal, toda vez que se busca finalizar en sentido negativo, sin juicio oral, un caso que no merece ser sometido a debate, evitando de esa forma, dicho sea de paso, molestias procesales inútiles al imputado.

De modo que la etapa intermedia constituye el espacio central del proceso que tiene por finalidad preparar propiamente el paso o tránsito de la investigación preparatoria a la etapa del juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso. Para que el juicio oral y público, que es en esencia la etapa de contradicción o debate, sea exitoso debe ser preparado en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios

sustanciales y formales de la acusación del Fiscal responsable del caso, todo ello durante la audiencia preliminar (Omar, 2006) .

La etapa intermedia, tal como precisa el profesor y Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde (Elguera, 2005) , es una fase de apreciación y análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también, para que se analicen los medios probatorios presentados por las partes. En esta etapa, toda la actividad probatoria efectuado en la investigación preparatoria es sometida a los filtros o controles necesarios de legalidad y pertinencia, para luego de ser el caso, ser admitida a juicio.

En el presente caso:

- ✓ Se realiza la audiencia de Juicio Oral, con fecha 20 de febrero del 2017 a horas: 15:30 p.m., finalizando audiencia con fecha 31 de marzo del 2017.
- ✓ Acta de audiencia de lectura de sentencia con fecha 12 de abril del 2017, falla por mayoría declarar a Erick Carlos Cruz Peláez, como autor de la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad y por Unanimidad como autor de la comisión contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor edad, le imponemos por el delito de actos contra el pudor pena privativa de libertad de seis años y por mayoría por el delito de violación sexual la pena de treinta años, y con una reparación civil de S/. 2,000 soles a favor de la agraviada por concepto del delito de actos contra el pudor y por el delito de violación la suma de S/. 8,000.00 soles.

1.2.2.1. El sobreseimiento:

Luego que el Fiscal responsable del caso da por concluida la investigación preparatoria ya sea porque considera que cumplió su objetivo o porque el Juez de la investigación preparatoria, así lo determina luego de producida una audiencia de control del plazo de investigación, en un término no mayor de quince días en

el primer supuesto, o en un plazo no mayor de diez días en el segundo, podrá decidir si solicita el sobreseimiento de la causa (artículo 344 del CPP) El sobreseimiento no es otra cosa que el requerimiento o solicitud de archivamiento del caso. Lo efectúa el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria al concluir que del estudio de los resultados de la investigación preparatoria, existe certeza que el hecho imputado no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, o cuando no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, la acción penal se ha extinguido, o no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba al caso y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado (Elguera, 2005). Con la finalidad explicable de no dejar puerta abierta respecto de los supuestos en los cuales el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento después de la investigación preparatoria, el legislador del Código Procesal Penal de 2004 en el inciso 2 del artículo 344 ha regulado en forma taxativa los supuestos o hipótesis que de producirse en la realidad originarían un pedido de sobreseimiento. En efecto, en el citado numeral se ha previsto que el Fiscal podrá requerir el sobreseimiento cuando se den los presupuestos indicados (Salinas Siccha R. , 2004).

De la lectura del citado numeral, pareciera que el solicitar el sobreseimiento es facultad de los representantes del Ministerio Público. No obstante, por la misma naturaleza de los supuestos previstos y en base al principio de objetividad que debe guiar el actuar de los fiscales, consideramos que no es una facultad sino un deber u obligación ineludible del Fiscal solicitar el sobreseimiento cuando en la práctica se verifiquen los siguientes supuestos:

“El hecho objeto de la investigación preparatoria no se realizó”. Por ejemplo, se viene investigando el secuestro de la acaudalada Juanita Mucha Suerte, sin embargo, a los quince días de iniciada

la investigación, la supuesta víctima aparece alegando que había viajado a Cancún, hecho que por problemas familiares no lo había comunicado.

“El hecho objeto de la causa no puede ser atribuido al imputado”. Por ejemplo, se imputa al investigado ser el autor directo del homicidio de Clara Montes, sin embargo, del análisis de los resultados de la investigación se determina en forma fehaciente que en momentos que ocurrió el homicidio, el investigado estaba en lugar diferente.

“El hecho imputado no es típico”. Esto es, el hecho investigado no reúne los elementos objetivos como subjetivos de un hecho punible tipificado en la ley penal. Por ejemplo, se investiga un hecho con apariencia del delito de estafa, no obstante, concluida la investigación preparatoria se evidencia que el hecho denunciado no es más que un simple incumplimiento de contrato.

“En el hecho concurre una causa de justificación”. Ejemplo se atribuye al imputado el homicidio de Wily Siete Vidas, sin embargo, del análisis de los actos de investigación efectuados, se concluye de modo claro que el imputado habría actuado en legítima defensa, pues el día de los hechos, Wily premunido de un arma de fuego había entrado al domicilio del investigado con intención de robar.

“En el hecho imputado concurre una causa de inculpabilidad”. Por ejemplo, se atribuye al investigado haber dado muerte a su compañero de trabajo Pánfilo Hernández, no obstante concluida la investigación preparatoria, se determina que el día de los hechos en la mina que trabajaban investigado y occiso, se produjo un derrumbe cuando aquellos se encontraban al interior de la misma, quedando atrapados y con grave riesgo de morir asfixiados pues sólo el occiso tenía balón de oxígeno, ante la desesperación y pánico ambos iniciaron una disputa por el balón de oxígeno, único medio para no morir. De esa forma, el investigado mucho más fuerte que el occiso, cogió la barreta que había en el lugar y le dio muerte, apoderándose del balón de

oxígeno que le permitió vivir 20 horas, tiempo en el que finalmente fue rescatado. Aquí lógicamente estamos ante un estado de necesidad exculpante previsto y sancionado en el inciso 5 del artículo 20 CP.

“En el hecho imputado concurre una causa de no punibilidad”. Por ejemplo, se investiga al imputado por haber hurtado bienes de Flor Boquita Pintada, sin embargo, en el curso de la investigación preparatoria se determina que el imputado fue concubino de la denunciante y por tanto se sentía con derecho sobre los bienes objeto del hurto (véase: Art. 208 del CP)

“La acción penal se ha extinguido”. Esto ocurre cuando se dan los supuestos previstos y sancionados en los artículos 80, 81, 82 y 83 del Código Penal.

“No existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos datos a la investigación y los existentes no sirven para fundar una acusación”. Este supuesto se configura cuando del análisis de los actos de investigación efectuados y elementos de prueba recolectados, se concluye que no es posible fundamentar razonablemente una acusación y no existe la menor posibilidad de efectuar actos de investigación adicionales que puedan cambiar la situación existente.

En el presente caso, la teoría de la fiscalía, al final de terminar los actos de investigación propios de la investigación preparatoria, no fue decantarse por solicitar el sobreseimiento, sino que por el contrario el fiscal del caso, entendió que había suficiente base probatoria para poder pasar a la última etapa del proceso, esto es llegar al juicio oral.

1. La acusación:

La acusación es un pedido fundamentado que realiza el Fiscal a la autoridad jurisdiccional para que el caso investigado pase a juicio oral y por tanto, contiene la promesa que el hecho delictivo

investigado así como la responsabilidad penal del imputado serán acreditados en el juicio oral público y contradictorio.

El Fiscal formulará acusación luego que del análisis de los resultados de la investigación preparatoria (efectuado con el exclusivo objetivo de buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y descargo) llega a las siguientes conclusiones:

1. Existen elementos o medios de prueba (no prueba debido que ésta a excepción de la prueba anticipada, sólo se produce en el juicio oral) suficientes que determinan o crean convicción en primer término, que la conducta investigada constituye delito de acción pública.

2. Luego, si aquellos elementos o medios de prueba existentes sirven para determinar las circunstancias y móviles de su comisión, así también determinar si sirven para identificar en forma fehaciente a los autores y partícipes, así como a la víctima del delito investigado.

El inciso 1 del artículo 349 del CPP, establece en forma taxativa el contenido que debe tener el escrito de acusación formulado por el Fiscal responsable del caso. En efecto, aquel numeral prevé que la acusación será debidamente motivada y contendrá:

a. Los datos que sirvan para identificar al imputado. Es común denominar a estos datos como generales de ley del imputado.

b. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos. En este punto, se narrará o describirá en forma clara la o las conductas que a decir del Fiscal fueron desarrolladas por el imputado en la comisión del delito. Si hay varios imputados, en la acusación habrá varias

descripciones de conductas. A cada imputado se le asignará sus hechos con los cuales participó en la comisión del injusto penal investigado. Esto tiene por finalidad que el imputado conozca los hechos concretos que se le atribuye y pueda armar su estrategia de defensa. No es posible que hay acusaciones generales que lamentablemente aún se observa en el modelo mixto.

c. Los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio. Aquí el Fiscal expondrá brevemente sobre los elementos de convicción que ha recogido en la investigación preparatoria (actos de investigación, diligencias, medios o elementos de prueba, etc)

d. La participación que se atribuya al imputado. Deberá establecer en forma contundente si la participación del acusado en el delito investigado fue a título de autor, coautor, instigador, cómplice primario, cómplice secundario, etc.

e. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran. Por ejemplo, si el imputado tiene una edad menor a 21 años, en la acusación se señalará que cuenta con responsabilidad restringida.

f. El tipo penal que tipifica el hecho. Se indicará el o los artículos del Código Penal que tipifican el delito objeto de acusación. En caso que se trate de un delito agravado, se indicará primero el artículo que recoge el tipo básico del delito y luego se citará el artículo que contiene la agravante.

g. La cuantía de la pena que se solicite. Entre el mínimo y el máximo de pena que prevé los tipos penales de la parte especial del Código Penal, el Fiscal valorando la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos investigados, personalidad del agente así como su conducta exteriorizada en la investigación preparatoria, propondrá al Juez que imponga al acusado determinada pena que según el artículo 28 del Código Penal son: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa. Las razones, consideraciones o fundamentos del

cuantun de la pena que se solicita deberán ser expresados en la acusación.

h. El monto de la reparación civil. Según el artículo 92 del CP la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, la misma que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al agraviado del delito (Art. 93 CP).

i. Los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo. Se entiende que sólo se consignará tal aspecto cuando en la investigación preparatoria se hay trabado algún embargo o incautado bienes al acusado.

j. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y lo más importante, se deberá precisar los puntos sobre los cuales en su oportunidad, aquellos serán examinados en el juicio oral.

k. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

Control formal:

Desde el ámbito formal, la etapa intermedia constituye el conjunto de actos procesales que tiene como fin la corrección o saneamiento formal de los requerimientos que efectúa el Fiscal responsable de la investigación preparatoria a la autoridad jurisdiccional. Por ejemplo, será en la etapa intermedia donde se determine si el Fiscal al solicitar el sobreseimiento del caso, identificó bien o no al imputado. Si se determina que en su petición no ha identificado de modo correcto al imputado, aquí es la oportunidad para corregir tal defecto. Sin este control formal por ejemplo, es posible que se separe del proceso al verdadero autor del hecho delictivo investigado. Los Fiscales tienen la obligación de ser diligentes y cuidadosos al momento de efectuar una acusación, no obstante, en la etapa intermedia los vicios o errores

formales de una acusación deben ser corregidos para evitar que la decisión judicial devenga en inválida.

No obstante, también al imputado, al defensor, al actor civil y al mismo Juez le interesa que la decisión judicial no tenga errores de forma o mejor, que estos no pasen a la etapa del juzgamiento, donde pueden generar efectos más perjudiciales como por ejemplo, se declare la nulidad de la totalidad del proceso penal.

Control sustancial:

Desde el otro ámbito, la etapa intermedia consiste en el conjunto de actos procesales en los cuales se discute preliminarmente sobre las condiciones de fondo de los requerimientos del fiscal. Con tal control según Julio Maier, se busca racionalizar la administración de justicia penal, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación, por lo que se concede al Juez, de oficio o a instancia de las partes para sobreseer el caso

En el presente caso, el Ministerio Público decidió acusar al investigado, ahora acusado del delito de tocamientos indebidos. Emitió su acusación en la que solicitaba 6 años de prisión preventiva más una reparación civil de mil soles.

Con respecto a la acusación misma encontramos varios cuestionamientos:

- **Con respecto a las circunstancias fácticas de la acusación** se hace detalle de los hechos que se han dado respecto a los tocamientos indebidos y a la violación sexual, que fue víctima la menor.

- **Sobre la participación que se le atribuye al imputado**- creemos que es mejor decir “la intervención que se le atribuye al imputado” - hace mención a la calidad de autor de la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de tocamientos

indebidos (9 años) y violación sexual a la menor (12 años) de iniciales J.J.S.A. en ese entonces.

- **Con respecto a los elementos de convicción** se han recogido los principales que demuestran por ejemplo las declaraciones de la agraviada, de madre de la agraviada, del imputado. El protocolo de pericia psicológica practicado a la agraviada.

- **Sobre la calificación jurídica:**

Como bien lo ha establecido la Corte Suprema, el órgano jurisdiccional (ello también aplica a la sede fiscal) en una sentencia penal (acusación en caso de la fiscalía) emite hasta tres juicios importantes.

En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (“juicio de subsunción”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (“declaración de certeza”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (“individualización de la sanción”).

Lo que se ha hecho es solo establecer la existencia del tipo, es decir, señalar el artículo de la ley penal que califica la conducta del sujeto agente, pero por imperio del principio de imputación necesaria se debió también hacer un juicio de adecuación típica.

- **Sobre la pena requerida:**

Sostenemos que es correcta la pena requerida en este caso, por el delito de actos contra el pudor la pena de 10 años de pena privativa de libertad, y por el delito de violación sexual cadena perpetua.

- **Sobre la reparación civil:**

En este presente caso se ha producido un daño psicológico como consecuencia de la agresión sexual que ha dejado una huella indeleble en la psiquis de la menor estableciéndose un monto indemnizatorio de acuerdo a la magnitud del daño y que debe servir para la reparación de la estructura psicosexual de la víctima el cual asciende a mil nuevos soles.

- **Con respecto a los medios de prueba:**

Se ofreció como documentales de las declaraciones del agraviado, de la agraviada, de la madre de la agraviada, la abuela materna de la agraviada, testigo menor de edad.

i. El Juicio oral:

1. La instalación:

Para que un juicio oral pueda instalarse deben estar presente los sujetos que se encuentran obligados a estar, entre ellos el acusado, quien si falta injustificadamente será declarado contumaz y se ordenará su conducción compulsiva, por otro lado, debe estar el abogado defensor del acusado, si este no se encuentra presente, entonces se le excluirá y se ordenará que asuma la defensa un defensor Público.

En el presente caso, el juicio se instaló válidamente, debido a que asistieron a la audiencia del juicio oral, la fecha programada para la realización del mismo, que consta en el auto de citación a juicio, en esta resolución cabe destacar que se indica: cuáles son las pruebas admitidas, la fecha, hora y lugar de la audiencia de juicio oral. Se ordenó la asistencia obligatoria del acusado su defensor y el Fiscal.

1. Los alegatos de apertura:

Es la primera y gran oportunidad para presentar la teoría del caso al tribunal, acá los jueces no conocen el caso. Es una promesa de prueba al tribunal.

En el presente caso, la fiscalía solicito que se imponga 10 años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de tocamientos indebidos a menor de edad y cadena perpetua por el delito de violación sexual a menor de edad.

2. La conclusión anticipada:

El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva. Sólo será posible, al margen de la denominada “conformidad absoluta” [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida-, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía- (“conformidad limitada o relativa”). Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una “conformidad parcial”, según algún o algunos

acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que "...la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral".

3. La nueva prueba:

Se da la nueva prueba cuando existen pruebas que surgen con posterioridad a la audiencia de control de acusación y también cuando las pruebas en la etapa intermedia, en la audiencia de control de acusación fue declarada inadmisibles, y en juicio se puede volver a ofrecer, pero con una especial motivación, si el juez deniega o admite, no hay impugnación.

En el presente caso, las partes, esto es ni el abogado del acusado ni el Ministerio Público, ofrecen nueva prueba de acuerdo a lo que establece el artículo 373 del Código Procesal Penal.

4. La actuación Probatoria:

El tema de "la prueba" ha significado una preocupación constante de los estudiosos del derecho procesal, de allí que, se ha estudiado temas como los principios que lo regulan, sus fines u objetivos y su valoración pero, no se ha tomado en cuenta que este es un Derecho Fundamental, y que tiene todo un desarrollo a nivel constitucional que defiende su existencia como tal.

Cabe indicar en que nuestra Constitución Política, al igual que sucede en muchas de las normas fundamentales de otras latitudes, no se encuentra expresamente consagrado el Derecho a la Prueba. Sin embargo, debe ser considerada una facultad constitucional y, por tanto, de jerarquía fundamental, en tanto, inspira y conforma junto a otros derechos y principios- la más generosa de las garantías aseguradas al justiciable: el debido proceso.

El Derecho Constitucional a la Prueba permite ejercitar de forma debida la defensa en el proceso, siendo, por tanto, una fase vital del debido proceso.

Se entiende como el Derecho a Probar a aquel que posee el litigante consistente en la utilización de medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso. De la definición glosada podemos extraer fácilmente que este Derecho únicamente les asiste a los litigantes en el proceso, esto es, a las partes. Dentro de un proceso penal a la parte persecutora del delito: Ministerio Público o querellante, en caso de ejercicio privado de la acción penal, y al imputado o querellado. De la concepción del Derecho a Probar fluye, entonces que, este Derecho no es uno que le asiste al órgano encargado de juzgar. El juez es el destinatario final de ese Derecho a la prueba que tienen los litigantes. El objetivo que tienen las partes, a quienes les asiste el derecho a la prueba, es uno: formar convicción en el juez.

Para Carocca, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo lo que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento, que le permitan compararla con la primera la hipótesis y convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última prueba significa, en general, la razón, argumento, instrumento, u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

En términos de Barona Vilar, en el ámbito jurisdiccional, la prueba puede definirse como la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la

que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados en el proceso.

A criterio de Levene, la prueba suele definirse como el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso. En este sentido precisa que el fin de la prueba es establecer la verdad a los efectos de una justa resolución de la causa, y su objeto reside en su mayor parte en los hechos, y por excepción en las normas de la experiencia y en el Derecho.

Asimismo, en opinión de López Barja de Quiroga, la prueba es un acto procesal que tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho –más o menos verosímil– o un acto procesal concretado en un hecho (también en el caso de la presentación de un documento) que debe permitir conocer otro hecho. La mayor o menor verosimilitud del primer hecho proporcionará mayor o menor credibilidad al segundo hecho, de manera que este existirá o no para la sentencia en función de aquel. Entonces la prueba consiste en trasladar al juez el conocimiento necesario para que resuelva la controversia que ha sido presentada a su conocimiento.

En el presente caso se actuaron documentales admitidos en la etapa de control de acusación.

Primero: la declaración del agraviado, en la que indicó, las circunstancias en que se desarrollaron los hechos materia de incriminación.

Segundo: la declaración de la menor.

Tercero: el examen de los peritos psicológico

5. Los alegatos de cierre:

El alegato final no puede tener mayor importancia en la litigación: es el primer y único ejercicio argumentativo en todo el juicio. Mientras en el alegato de apertura y en el examen de testigos la completa presentación de la prueba aún no se ha producido y, por lo tanto, no es procedente que los abogados expliciten en ellos ninguna conclusión (en consecuencia, objetable), el alegato final no solo permite al abogado sugerir conclusiones al tribunal acerca de la prueba presentada, sino que lo urge a hacerlo.

Es recién aquí donde ensamblaremos todas las piezas del rompecabezas que hemos venido armando a través de la presentación de la prueba.

En el presente caso,

La fiscalía pide diez años de pena privativa de libertad por el delito de tocamientos indebidos a menor de edad y cadena perpetua por el delito de violación sexual a menor de edad, y el total de 10 mil nuevos soles por indemnización por daños y perjuicios.

6. La sentencia:

En cualquier caso, penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo.

El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser en rigor una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación y control de dicha inferencia.

El nuevo Código Procesal Penal no define la prueba por indicios o prueba indiciaria; se limita a fijar sus elementos estructurales, como que el indicio esté probado y que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Del mismo modo los requisitos para valorar la concurrencia de indicios contingentes: su pluralidad, concordancia y convergencia, así como que no se presenten contra indicios consistentes (art.158°.2).Según el profesor MIXÁN MASS, la prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta (Florencio, 195).

En el presente caso

Con respecto a la sentencia de primera instancia, es una Sentencia de Tipo Condenatoria, donde la pena es Privativa de Libertad, siendo condenado el Agresor autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad a seis años de pena privativa de delibertad efectiva y por mayoría por el delito contra la indemnidad sexual en modalidad de violación sexual a menor de edad la pena de treinta años privativa de libertad efectiva. Y estando en concurso real corresponde sumar las penas impuestas la penal final resultante es de treinta y cinco años de pena privativa de libertad efectiva.

VISTOS; en ella hace referencia al proceso a los datos del agresor como de la agraviada.

ANTECEDENTES; se analiza los alegatos de apertura (esto quiere decir cómo es que se inició el proceso) a través de lo descrito por el Ministerio Público (lugar que recepcionó la denuncia), así como la defensa técnica; sin dejar de lado la posición del acusado, las actuaciones probatorias y los alegatos finales.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN; en este apartado el Juez reconoce lo siguiente:

-Primero; reconoce al Agresor (ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ) y los delitos que está siendo acusado.

-Segundo; luego se reconoce de la parte sustantiva al delito "Actos contra el Pudor" y violación sexual y su configuración en la vía penal.

-Tercero; se recalca las declaraciones otorgadas durante el proceso. En este caso de los implicados en el proceso: Agresor, madre de la menor, de la agraviada, el testigo de defensa del agresor.

-Cuarto; analizan "La declaración de la víctima es la que finalmente orientará a la reacción de la prueba corroborativa".

-Quinto; se describe los resultados del peritaje psicológico realizado al agraviado en relación a su comportamiento sexual. Así como lo expresado por el testigo de la defensa.

-Sexto; reconocen los elementos suficientes para culpar al imputado en el proceso y la afectación que ha tenido la menor ante el hecho realizado.

DETERMINACIÓN DE LA PENA; indican lo expresado en el art. 45°-A C.P.P, así como el art. 474° incisos 2 y 5. Se menciona que el agraviado no cuenta con antecedentes penales.

REPARACIÓN CIVIL; se le solicita debido al daño causado a la menor de manera física y psicológica, fijándole así de s/. 2000.00 nuevos soles por el delito de actos contra el pudor y por el delito de violación sexual la suma de S/. 8,000.00 soles.

DECISIÓN DEL JUEZ; es condenar al acusado, fija el monto de reparación civil (s/. 10 000.00 nuevos soles). Dispone la notificación a las partes implicadas en el proceso.

2º JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 04222-2016-92-0401-JR-PE-01

R.F.C.S.

MEDINA TEJADA, RONALD

ZEGARRA CALDERÓN, YURI

CASTRO FIGUEROA, RENE

ESPECIALISTA : SANTOS AMPUERO LUCIA VALERIA

MINISTERIO PUBLICO : 2FPPC DE AREQUIPA 7DI DR ISABEL CRISTAL HURTADO MAZEYRA .

IMPUTADO : CRUZ PELAEZ, ERICK CARLOS

DELITO : ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES (EDAD VÍCTIMA: 10-14 AÑOS).

AGRAVIADO : MENOR JJS A REPRESENTADA POR SU MADRE FIORELLA AICATUIRO PELAEZ .

Resolución Nro.01

El Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa, integrado por los señores jueces Ronald Medina Tejada, Yuri Zegarra Calderón y René Castro Figueroa, en la fecha, luego de deliberar y valorar la prueba actuada en juicio, emiten la presente sentencia condenatoria, en el expediente N° 4222-2016-92, seguido en contra de Erick Carlos Cruz Pelaez, por mayoría por la comisión del delito Contra la Indemnidad Sexual en la modalidad de VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR, previsto en el artículo 173º numeral 2 del Código Penal concordante con el último párrafo de dicho artículo y en agravio del menor de iniciales J.J.S.A., representada por su madre Fiorella Aicatuiri Pelaez, en concurso real con el delito de ACTOS CONTRA EL PUDOR (por unanimidad), previsto en el artículo 176-A numeral 2 concordante con el último párrafo de dicho artículo del Código Penal, en agravio de la misma menor de iniciales J.J.S.A.

SENTENCIA N° -2017-JPCSPA

Arequipa, doce de abril
Del dos mil diecisiete.-

PRIMERO.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO:

Proceso penal derivado del Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, signado como expediente N° 4222-2016, seguido en contra de Erick Carlos Cruz Pelaez, por la comisión del delito Contra la Indemnidad Sexual en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de menor, previsto en el artículo 173º numeral 2 del Código Penal concordante con el último párrafo de dicho artículo y en agravio del menor de iniciales J.J.S.A., representada por su madre Fiorella Aicatuiri Pelaez, en concurso real, con el delito de Actos Contra el Pudor, previsto en el artículo 176-A numeral 2 concordante con el último párrafo de dicho artículo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A.

SEGUNDO.- IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO:

ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ, identificado con DNI N° 48150774, sexo masculino, nacido el 27 de septiembre de 1993 en Arequipa, con domicilio real en Villa Continental manzana Ñ lote 6, Alto Selva Alegre, soltero, estudiante en la Escuela de Policía, padres Norma y Esteban, recluido en el Penal de Varones de Socabaya.

TERCERO.- FUNDAMENTACION FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA ACUSACIÓN FISCAL

3.1.- Respecto del Delito de Actos Contra el Pudor:

Que el imputado Erick Carlos Cruz Peláez es tío materno de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A. de 12 años de edad, siendo que el vínculo familiar se encuentra acreditado con la copia del documento de Identidad de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A., en el que se establece su fecha de nacimiento 04 de setiembre de 2003 contando con 12 años de edad, quien registra como madre a Fiorella Aicatuiri Peláez, verificada la ficha de RENIEC de la madre se tiene que ésta registra como madre a Marina Peláez Quispe, siendo que ésta última es hermana de Hermelinda

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

Norma Peláez Quispe, madre del imputado, además el imputado es estudiante de la escuela de la Policía Nacional del Perú.

Que, en el año 2013 y cuando la menor agraviada tenía la edad de 9 años el denunciado en el interior del inmueble ubicado en Villa Continental Mz O lote 04 Cayma, en diversas oportunidades efectuó tocamientos en los senos y vagina de la menor agraviada por debajo de la ropa, conforme lo narra la menor agraviada en la entrevista única en cámara Ghesell "me tocaba mis pechos y mi parte genital...por debajo de la ropa", precisando la menor agraviada que la persona que realiza ello es su tío Eri que tiene 22 a 21 años de edad y está en la escuela de la Policía y vivía a una cuadra más arriba de su casa, que le contó estos hechos a su amiga del colegio de nombre Romina, pero la menor tenía miedo y no sabía cómo contarle los hechos a su madre.

En consecuencia los hechos que se imputan en contra del investigado son: Haber efectuado tocamientos indebidos en los senos y vagina por debajo de la ropa de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A cuando tenía 9 años de edad, en el año 2013, a lo que se adita que el denunciado es tío materno de la menor agraviada, lo que acredita un vínculo familiar con la víctima, situación que merece mayor reproche.

3.2.- Respecto del delito de Violación Sexual:

Que el imputado Erick Carlos Cruz Peláez es tío materno de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A de 12 años de edad, siendo que el vinculo familiar se encuentra acreditado con la copia del documento de identidad de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A., en el que se establece su fecha de nacimiento 04 de setiembre de 2003 a contando con 12 años de edad, quien registra como madre a Fiorella Aicatuero Peláez, verificada la ficha de RENIEC de la madre se tiene que ésta registra como madre a Marina Peláez Quispe, siendo que ésta última es hermana de Hermelinda Norma Peláez Quispe, madre del imputado, además el imputado es estudiante de la escuela de la Policía Nacional del Perú.

Que, el día 29 de mayo del 2016 al promediar las 22:40 horas aproximadamente el denunciado se apersonó al inmueble ubicado en la Asociación Villa Continental O (prima) lote 04 distrito de Cayma, que resulta ser el domicilio de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A de 12 años de edad, tocando la puerta indicándole a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor, empujando a la menor agraviada a la cama y le tapo la boca echándose encima de la menor bajándole su pantalón e introduciendo su pene dentro de su vagina, siendo que la menor trataba de patearlo para defenderse, oportunidad en la que ingreso el menor de nombre Geancarlos Aicatuero quien ha referido en su declaración de folios 11 "...ingrese al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas es así que vi a mi primo - el denunciado - encima de la menor agraviada abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movía encima de ella....luego le grite que estás haciendo.... Siendo que el denunciado se paro y su correa estaba suelta y el broche del pantalón abierta la menor tenía un pantalón color blanco abaja hacia la cadera...." Asimismo la abuela de la menor agraviada Marina Emérita Pelaez Quispe, en su declaración de folios 08 precisa " que su hijo menor subió y luego ella al entrar al cuarto escucho que su hijo le decía a Erik "que le has hecho" siendo que la menor agraviada estaba parada llorando y le dijo mamita mamita me ha manoseado me ha violado indicando que le habia tapado la boca, observando que el broche del pantalón estaba abierto y su correa diciéndole que lo denunciaría, siendo que el denunciado decía que no y hubo forcejeo escapando el denunciado...." por lo que se constituyeron a la comisaría

Flavio Loayza Polanco
Jefe de Audiencias

del sector para efectuar la denuncia, practicado el examen de integridad sexual de la menor agraviada se concluye presenta "himen complaciente, lesiones genitales recientes - equimosis de 0.2 x 0.2 cm en borde libre de la membrana himeneal a noras VII, erosión superficial de 0.2 cm de orquilla posterior, no registra signos de actos contra natura, se toma muestra de contenido vaginal" conforme el Certificado Médico Legal Nro. 13466 -IS de fs. 03, hechos que se corroboran además con la declaración única en cámara Geesell de la menor agraviada en la que refiere "he venido por la violación del día domingo que cuando se quedo en su casa vino su tío no se cómo ingreso me dijo que mi mama le había enviado y le había dicho que llevara un biberón y una frazada y me empujo a la cama y abuso de mi, el me agarro fuerte, me tapo la boca me empujo a la cama me bajo el pantalón su parte puso en mi parte no podía hacer nada estaba pateando vino mi abuela y mi tío tiene 22 a 21 años se llama Ery esta en la escuela de la Policía y vive en una cuadra más arriba de su casaque su tío Giancarlo fue el que vio cuando estaba abusando de mí.... Tenía su pantalón abajo."

En consecuencia los hechos que se imputan en contra del investigado son: Haber introducido su pene en la vagina de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A. de 12 años de edad ocasionándole lesiones paragenitales a nivel de zona himeneal, empleando violencia al taparle la boca, a lo que se acredita que el denunciado es tío materno de la menor agraviada lo que acredita un vinculo familiar con la víctima, situación que merece mayor reproche.

3.3.- Calificación jurídica: La representante del Ministerio Público propone como calificación jurídica del hecho denunciado por la presunta comisión Contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, previsto y sancionado en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., en concurso real, por la presunta comisión de Contra la Libertad Sexual en la modalidad de Actos contra el Pudor en menores de edad, previsto y sancionado en el numeral 2 del artículo 176-A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A.

3.4.- Pretensión Penal.- En base a los hechos expuestos el Ministerio Público solicita la pena de cadena perpetua para el imputado, precisando en los alegatos iniciales que por el delito de Violación Sexual de menor de edad se solicita la pena de cadena perpetua, y, por el delito de Actos contra el Pudor en menores de edad se solicita la pena de diez años de pena privativa de libertad; sin embargo, atendiendo al concurso real las penas se sumaran cada una de ellas hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, empero, en el presente caso se imputa al investigado el delito de Violación Sexual de Menor el cual sanciona la conducta del agente con la pena de cadena perpetua, por lo que la pena a imponer al imputado no puede exceder la cadena perpetua.

3.5.- Pretensión Civil.- La agraviada constituida en actor civil ha postulado que el acusado pague la suma de diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada, precisando en audiencia en los alegatos que por el delito de Actos Contra el Pudor se solicita la suma de dos mil nuevos soles a razón de mil soles por concepto de daño moral y mil soles por daño a la persona, y por el delito de Violación Sexual se solicita la suma de ocho mil soles a razón de cuatro mil soles por concepto de daño moral y cuatro mil soles por concepto de daño a la persona.

CUARTO.- ARGUMENTOS DE DEFENSA DEL ACUSADO

La defensa técnica del acusado ha referido que el Ministerio Público le imputa la comisión de actos contra el pudor y violación sexual, siendo que el acusado realiza un reconocimiento parcial respecto al segundo hecho calificado como delito de Violación Sexual, pues reconoce que tanto el

acusado como la agraviada se realizaron tocamientos por encima de la ropa y se besaron, pero no hubo relaciones sexuales no hubo desfloración vaginal alguna, ni amenazas o lesiones sobre la menor referida, razón por la cual se debe imponer por concepto de reparación civil la suma de dos mil soles, por otro lado, en cuanto al primer hecho supuestamente acontecido en el año dos mil trece, calificado como delito de Actos contra el pudor, el acusado sostiene no haber realizado tocamiento alguno sobre la menor.

QUINTO.- ITINERARIO DEL PROCESO EN ETAPA DE JUZGAMIENTO

Remitido los actuados a este despacho judicial, en mérito del auto de enjuiciamiento, se dictó el auto de citación a juicio, diligencia que fue instalada con la concurrencia de todas las partes, donde el acusado previa consulta con su abogado defensor, y luego de habérsele instruido sobre sus derechos no acepto responsabilidad penal por el primer hecho calificado como delito de actos contra el pudor, y, en cuanto al segundo hecho calificado como violación sexual no acepta la comisión de este delito mas si reconoce que hubo tocamientos indebidos hacia la menor, los cuales configurarían actos contra el pudor en agravio de la menor; prosiguiéndose con la actividad procesal de iniciada la audiencia se arribó a algunas convenciones probatorias y se procedió al desarrollo de la actividad probatoria en los extremos precisados por las partes, seguidamente se formularon los alegatos de clausura, así como la autodefensa material del acusado, quedando la causa expedita para la deliberación y expedición de la sentencia.

II.- PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO.- Contenido de la sentencia.- De conformidad con lo previsto en el artículo 394, inciso 3, del Código Procesal Penal, la parte considerativa de la sentencia debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique, además de los fundamentos de derecho con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias.

SEGUNDO.- Correlación entre acusación y sentencia- El artículo 393.1 del Código Procesal Penal, establece que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Por otro lado el artículo 397.1 del mismo cuerpo normativo señala que, la sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en su caso en la acusación complementaria, salvo cuando favorezca al imputado. En tal sentido, en la presente sentencia, solo pueden ser analizados los hechos expuestos y objeto de valoración los medios de prueba actuados en los debates orales, con intervención de las partes, en directa relación con los hechos postulados por el Ministerio Público.

TERCERO.- ANALISIS FÁCTICO y VALORACIÓN PROBATORIA

3.1.- Edad de la menor agraviada al momento del hecho denunciado.

Las partes durante el desarrollo del juicio oral, de común acuerdo han convenido que la menor de iniciales J.J.S.A., nació con fecha cuatro de setiembre del 2003, por tanto a la fecha de los hechos denunciados en el año 2013 y en el año 2016, la menor tenía nueve y doce años de edad, respectivamente.

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

3.2.- Vínculo de parentesco entre agraviada e imputado

3.2.1.- Las partes de común acuerdo han convenido que el imputado Erick Carlos Cruz Peláez es el tío materno de la menor agraviada de nombre I.D.S.A., por cuanto la abuela de la menor agraviada es hermana de Hermelinda Norma Peláez Quispe, madre del imputado.

3.3.- Lugar y fecha de ocurrencia de los hechos denunciados

3.3.1.- Luego respecto de los actos de tocamiento indebido, señala el Ministerio Público que habría ocurrido, en el año 2013 en el interior del inmueble ubicado en Villa Continental Mz O (prima) lote 04 Cayma, que es el inmueble de su abuelita en el cual vive junto a su madre, hasta la actualidad.

3.3.2.- Sobre los hechos materia de imputación, el Ministerio Público en la acusación fiscal señala que, el acto de violación sexual que se atribuye al acusado habría ocurrido con fecha 29 de mayo del 2016 al promediar las 22:40 horas aproximadamente, al interior del inmueble ubicado en Villa Continental Mz O (prima) lote 04 Cayma (domicilio de la abuela de la menor agraviada).

3.4.- RESPECTO DE LOS HECHOS DE TOCAMIENTO INDEBIDO (POR UNANIMIDAD)

3.4.1.- Núcleo de la imputación (TEMA PROBANDUM)

Conforme a lo fácticos de la acusación escrita, se atribuye al acusado hechos ocurridos en el año 2013: *"...cuando la menor agraviada tenía la edad de 9 años, el denunciado en diversas oportunidades efectuó tocamientos en los senos y vagina de la menor agraviada por debajo de la ropa, (...) precisando la menor agraviada que la persona que realiza ello es su tío Erick que tiene 22 a 21 años de edad y está en la escuela de la Policía..."*

3.4.2.- Declaración de la menor agraviada prestada en juicio

Tomando en cuenta que los hechos incriminados en este tipo de delitos se producen en un contexto evidentemente clandestino, la versión de la testigo víctima resulta de vital importancia, por lo que bajo dicho contexto reproducimos la parte pertinente de dicha declaración, para su análisis y valoración correspondiente. En su declaración la menor agraviada, en síntesis ha señalado lo siguiente: *"...antes él me tocaba, me tocaba en los pechos, debajo de mi ropa, ¿Cuántos años tenías cuando te tocaba tus pechos debajo de la ropa? 9 años, ¿Aparte de tus pechos te tocaba alguna otra parte de tu cuerpo? No ¿A alguien más le contaste lo que te tocaba Erick? Solamente le conté a mi amiga romina, ¿Cuándo tu has dicho que antes te tocaba los pechos debajo de tu ropa, esto le has comentado a tu papa y a tu mama? No, no le comente a mi papa y a mi mama porque me daba miedo, ¿Cuándo se entera tu papa o tu mama de que te tocaba? Cuando paso la violación y yo empecé a gritar, ¿Qué mas paso cuando empezaste a gritar? de ahí fuimos a denunciar y de ahí le conté todo a mi mamá, ¿Esto que te tocaba tu pecho, esto ocurría en que oportunidades? Cuando él venía a la casa de mi abuelita, era de día, ¿donde ocurría? En la casa de mi abuelita, ¿en que parte de la casa? A veces en la cama de mi tía shirley y a veces en la cama de mi mamá, ¿Sobre los hechos del año 2013 cuando tenías 9 años, los tocamientos, estos hechos le contaste a tu papá? No..."*

3.4.3.- Valoración de la declaración testimonial de la menor agraviada

En el caso de autos, tomando en cuenta que la menor agraviada es la única prueba de cargo directa, en su calidad de testigo víctima de los hechos denunciados, resulta pertinente efectuar la valoración de su declaración testimonial, conforme a los criterios establecidos en el considerando décimo (10) del Acuerdo Plenario N° 02-2005-CJ/116, emitida por la Corte Suprema de la Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

Vertical text on the left margin, possibly a page number or reference, partially obscured by a large handwritten mark.

Republica¹, a efecto de verificar si concurren las garantías de certeza establecidas para ser ⁵² considerada prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado; siendo las garantías de certeza las siguientes: a) ausencia de incredibilidad subjetiva; b) verosimilitud de la declaración y corroboraciones periféricas; y c) persistencia en la incriminación; las que serán analizadas individualmente.

3.4.3.1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva

En primer lugar la declaración testimonial de la menor agraviada carece de incredibilidad subjetiva, dado que durante el desarrollo del juicio oral no se ha evidenciado que entre el imputado y la menor agraviada o su familia, exista alguna causa objetiva que pueda incidir en la parcialidad de su declaración, pues no se ha evidenciado que entre ellos o su familia exista enemistad manifiesta o algún tipo de resentimiento u odio respecto del otro, que devenga de alguna situación anterior al hecho denunciado, en ese sentido la menor agraviada señaló que en las pocas ocasiones que vio al acusado no le daba confianza y lo trataba con respeto como a sus demás tíos, que no había tenido problemas con su familia, lo cual ha sido corroborado por la madre de ésta, quien ha señalado expresamente que no frecuentaban a la familia del acusado ni tuvieron problema alguno de ninguna índole; asimismo dicho extremo se corrobora con la declaración de la abuela de la agraviada la señora Marina Emerita Pelaez Quispe, quien no ha dado cuenta de algún problema anterior a la fecha de los hechos analizados, expresando que la agraviada únicamente saludaba al acusado las pocas veces que venía a su domicilio a prestarse una plancha. Bajo tales consideraciones a criterio del colegiado, en juicio no se ha evidenciado ninguna razón que objetivamente demuestre que la denuncia interpuesta en este extremo, sea indebida, menos que haya sido formulado con la sola finalidad de causar daño o perjuicio al acusado.

3.4.3.2.- Verosimilitud de la declaración y corroboraciones periféricas.-

3.4.3.2.1.- Sobre los actos del tocamiento indebido acaecidos en el año 2013, la menor agraviada en su declaración prestada en juicio ha señalado que antes de la violación su tío Erick, le tocaba en los pechos por debajo de la ropa, esto es cuando ella tenía nueve años y que sobre tales hechos no le contaba a nadie; siendo que dicha versión ha sido sólida y coherente, no habiéndose evidenciado ninguna contradicción sustancial sobre dicho extremo, lo cual además ha sido corroborada con la declaración de la testigo Fiorella Pelaez (madre de la agraviada), quien ha referido que luego que comunico al padre de su hija, éste fue a la casa donde la menor agraviada le habría referido que no es la primera que vez que había ocurrido el hecho denunciado, luego señala que en cámara gessel su hija declaró que había sido víctima de tocamientos en su pecho y su vagina; asimismo estos actos de tocamiento han sido referidos por el testigo Lizardo Sulla Montes (padre), quien ha referido que los actos de tocamiento ocurrieron antes de la violación, hecho que habría sido comunicada por la madre de su hija. Al respecto si bien la defensa ha evidenciado una aparente contradicción entre los declarado por la progenitora Fiorella

¹ Acuerdo Plenario N° 02-2005-CJ/116. Fundamento 10. "...tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico "testis unus testis nullus" tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende virtualidad procesal para observar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, siendo las garantías de certeza las siguientes: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva (inexistencia de odios, resentimientos, enemistad u otras razones que incidan en su parcialidad). B) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo; y C) Persistencia en la incriminación en el curso del proceso".

Hernán Flavio Loyza Polanco
Especialista de Audiencias

53

Peláez y el testigo Lizardo Sullá; sin embargo, dicha contradicción no versa sobre el relato de la menor sobre los actos de tocamiento en su contra, sino sobre la persona que le habría comunicado al progenitor, por tanto el no incidir en el núcleo de la imputación no enerva la validez de los testimonios, dado que además por el transcurso del tiempo puede haberse producido la confusión sobre la persona que comunicó directamente al progenitor.

3.4.3.2.2.- Por otro lado en juicio se ha escuchado la declaración del perito psicólogo Juan Carlos Gonzales Chalco, quien realizó la evaluación psicológica de la menor agraviada, quien ha referido que la menor brindó un relato coherente, sobre presuntos actos de abuso sexual de parte de un familiar a quien identifica como Erick, quien le habría efectuado tocamientos y un último hecho que se asemejaba a un coito; asimismo ha mencionado que la agraviada presenta un estado de ansiedad y tensión, sensación de vergüenza relacionado con los incidentes del abuso sexual (se entiende los expresados en cámara gesell), pero que son signos ansiosos leves, no hay una crisis, ni una manifestación efectiva muy fuerte o dramática. Siendo que con dichas declaraciones se corrobora la versión inculpativa de la menor agraviada, dado que no se ha evidenciado ninguna contradicción sustancial sobre el núcleo de la imputación, esto es del acto de tocamiento en el seno o pecho de la menor, por debajo de la ropa.

3.4.3.3.- Persistencia en la incriminación.-

3.4.3.3.1.- Como se puede advertir de los argumentos expuestos en los considerandos precedentes, de la prueba actuada en juicio, no se advierte que la menor agraviada haya incurrido en ninguna contradicción relevante en cuanto a los actos de tocamiento producidos en el año 2013, en todo caso ninguna de las partes lo ha evidenciado en los debates orales, por lo que cabe concluir que en este caso se ha acreditado los actos de tocamiento realizados por el acusado en el pecho o seno por debajo de la ropa, cuando la menor contaba con nueve años de edad, dado que ella tiene como fecha de nacimiento el 04-09-2003, tal como las partes han dejado convenido en forma libre y voluntaria.

3.4.3.3.2.- No obstante ello cabe invocar el Acuerdo Plenario N° 01-2011-CJ/116, en el fundamento 24 se ha establecido lo siguiente: **"...A los efectos del requisito de uniformidad y firmeza del testimonio inculpativo en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente.....; sin embargo, también se ha dicho que la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima no sea fantasiosa o increíble y que sea coherente....."** 2. Siendo que en caso de autos, concurren la pluralidad de datos probatorios concomitantes que corroboran el argumento inculpativo de la acusación fiscal, sobre la base de la versión de la menor agraviada, que ha criterio del colegiado ha sido coherente y sólido en lo sustancial de la imputación.

3.4.3.3.3.- A ello es relevante agregar que, si bien la agraviada no ha precisado una circunstancia temporal exacta, sino ha hecho referencia solo su edad y el año en que se hubiera producido el acto de tocamiento, por la naturaleza del hecho y la edad de la menor, no resulta razonable exigir la precisión exacta de la fecha de ocurrencia del hecho incriminado, por tanto a criterio del colegiado, en este tipo de delitos resulta suficiente una fecha aproximada, que ha sido verificado en el presente caso suficientemente.

3.4.4.- Sobre la particular autoridad sobre la víctima en base al vínculo familiar

El Ministerio Público invoca la agravante contenida en el último párrafo del artículo 173 del Código Penal; sin embargo en los hechos de la acusación fiscal no se advierte ningún hecho referido a dicha causal. Si bien es cierto que en juicio se ha evidenciado vía convención probatoria que entre el acusado y la agraviada existe una relación parental de tío a sobrina (sobrina materna del acusado), sin embargo, para la configuración de dicha agravante a criterio del colegiado por unanimidad no basta la existencia de la relación parental, sino que en base a esa relación parental se produzca una especial autoridad sobre la víctima. En el presente caso el titular de la acción penal, no ha incorporado ningún hecho que revele la especial autoridad que hubiera tenido el acusado, por el hecho de ser tío de la agraviada, sino únicamente la existencia del vínculo parental antes referida; no obstante ello, en juicio la propia menor agraviada ha negado haber tenido alguna confianza con el acusado, sino solamente lo saludaba con respeto como al resto de sus tíos, extremo que además ha sido corroborado por la progenitora de la menor agraviada, en consecuencia no es factible tener por acreditada la agravante invocada en la acusación, por no existir ningún hecho postulado por el Ministerio Público, en virtud de lo previsto en el artículo 397.1 del Código Procesal Penal.

3.5.- SOBRE EL ACTO DE PENETRACION DEL MIEMBRO VIRIL EN LA VAGINA DE LA MENOR (POR MAYORIA CON LOS VOTOS DE LOS MAGISTRADOS MEDINA TEJADA Y ZEGARRA CALDERON)

3.5.1.- Valoración individual de la prueba:

3.5.1.1.- Declaración de la agraviada: Al respecto debemos indicar que tenemos la declaración de la agraviada, la misma que se aprecia no tiene ninguna causal de incredibilidad subjetiva que nos pueda indicar que la agraviada ha faltado a la verdad; así esto es incluso corroborado con lo que señala el acuerdo plenario 2-2005/PJ-116 en su punto décimo respecto a cómo ha de tomarse la declaración del único testigo que es a su vez, el agraviado. Entiéndase que cuando existe un único testigo – y este no ha sido desacreditado – su testimonio ha de tenerse por verdadero. Cuando el único testigo es el agraviado también, entiéndase que deberá aplicarse las reglas de certeza de este tipo de declaraciones.

3.5.1.2.- Por lo tanto aplicando dicho acuerdo se aprecia respecto a la ausencia de incredibilidad subjetiva que no existe razón de odio, resentimiento, enemistad, u otra que pueda influir en la declaración y que por lo tanto no causen certeza en el juzgador. Entiéndase que a pesar de la corta edad de la agraviada, ella puede entender el carácter relevante de especial gravedad del hecho imputado, por lo tanto para la valoración y especialmente para desacreditar este dicho, no puede ser una mera argumentación de que existe incredibilidad subjetiva para tenerla por tal. Así el Colegiado en mayoría se ha formado la convicción de que no existen razones de incredibilidad subjetiva.

3.5.1.3.- Respecto a la verosimilitud, esta está relacionada con la coherencia y solidez de la propia declaración, y que deben estar rodeadas de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, se debe señalar que el relato es coherente, en el sentido de que efectivamente es un hecho que ocurre que existen varones que tienen trato sexual – introduciendo el pene en la vagina – con mujeres menores de catorce años. Este hecho no es necesario acreditarlo, efectivamente el acusado no ha cuestionado estar en aptitud (capacidad física potencial) de poder introducir el pene en la vagina de la agraviada, del mismo modo, la

Imán Flavio Loayza Palacios
Especialista de Audiencias

55

situación de poder taponarle la boca con el antebrazo o brazo del acusado para que la víctima no grite – conforme lo relata la agraviada y el testigo Gian Carlo Aycaturo Pelaez – es un hecho posible y ciertamente coherente, el hecho se torna además sólido en tanto que no solamente la agraviada sostiene que estaba en el lugar con el acusado encima de ella, que además (ella) tenía las piernas abiertas, si no que al ser descubierto por el tío de la agraviada: Gian Carlo Aycaturo Pelaez, la agraviada inmediatamente señaló que la había violado, siendo que este término es el que se asemeja de forma inmediata a la introducción de pene en vagina, y que luego en el plenario precisa – sin ninguna posibilidad de error – que efectivamente le estaba introduciendo el pene en la vagina. Rodeada de las corroboraciones periféricas que son el estado de ánimo descrito por el ya indicado testigo Gian Carlo Aycaturo Pelaez al señalar que la agraviada estaba nerviosa, llorando, tenía miedo, estaba temblando, que son reacciones propias de una persona que está siendo violada; nótese además que la puerta se encontraba semiabierta, en el sentido de que no estaba cerrada por lo que el testigo pudo entrar relativamente rápido a la habitación, pero que además puede entenderse como apuro al entrar en la habitación justamente por las circunstancias del forzamiento pues una actitud de romance, normalmente permite tomar ciertas precauciones de complicidad para evitar interrupciones. Respecto a la declaración de este segundo testigo, sometido incluso a la rigurosidad del acuerdo plenario – rigurosidad aplicable cuando hay un único testigo – él no tiene ningún motivo de incredibilidad subjetiva, y su testimonio es coherente, sólido y no ha sido cuestionado por la defensa; por lo tanto su testimonio causa total certeza en cuanto a lo que el testigo efectivamente pudo percibir el día de los hechos.

3.5.1.4.- El tercer elemento respecto a la persistencia en la incriminación – con la precisión de que si hay diferentes versiones se debe analizar especialmente – se aprecia que en el presente caso no existe más que una sola versión de la agraviada, la misma que indica que ha sido penetrada en su vagina por el miembros viril del acusado; es decir, se ha introducido pene en vagina. Su relato, conforme se señala anteriormente, incluso es persistente desde el mismo momento en que sucedieron los hechos pues señala: me ha violado, por lo que al respecto existe la persistencia en la incriminación.

3.5.1.5.- Incredibilidad objetiva; aunque no lo ha dicho de esa manera la defensa, es claro que su tesis defensiva se trata de lo que un sector de la doctrina señala como incredibilidad objetiva, y que la defensa ha querido colocar – aun sin decirlo – en lo que es la coherencia de la declaración. Así, para la defensa la corroboración respecto a la penetración no se ha dado. Al Juicio oral se ha traído la declaración de un perito médico, el doctor Suarez Torreblanca el mismo que ha contradicho la declaración de la perita oficial, la doctora Verónica Velarde Alba que señala que la agraviada tiene himen complaciente y por ello no ha habido desgarró de éste. En otras palabras, lo que la defensa señala es que no se debe creer la declaración clara de la agraviada cuando dice que fue penetrada porque existe una causa de incredibilidad objetiva, pues es imposible que haya sido penetrada sin que se haya producido la rotura o desgarró del himen. Siendo que no se debe creer tampoco la versión de la médico perito oficial, pues esta está contra la guía médica que señala que no existe himen complaciente cuando la aureola himeneal tiene un diámetro inferior a dos centímetros; siendo que en el caso concreto la propia perito, ha indicado

que el himen, es mediano. Esto debe ser materia de análisis especial, pues incluso ha sido ^J materia de discrepancia de uno de los magistrados y provocado la decisión en mayoría. ₅₆

3.5.1.6.- Peritaje oficial: El peritaje oficial hecho por la médica Verónica Velarde Alba, precisa que efectivamente el himen es mediano, es complaciente, que para la realización del mismo se ha tomado en consideración lo preceptuado por la guía para evaluación de víctimas para delitos contra la libertad sexual, pero también ha aclarado la perito que la guía utilizada no es un parámetro rígido pues esta, como su nombre lo indica, es sólo una guía y no un protocolo. Efectivamente se debe tener como cierto que la medicina, por el hecho de ser ciencia no contiene razonamientos definitivos, por el contrario está en constante desarrollo. El cuerpo humano no es algo que reaccione de forma unívoca, así en el caso concreto la médica ha señalado que fue ella - en forma personal - que realizó el examen médico, introduciendo sus dedos dentro de la cavidad vaginal de la agraviada y sosteniendo que al realizar dicha acción el himen se distendía es decir no se rompió, este es un hecho cierto, realizado por una profesional que no tiene en absoluto porque faltar a la verdad, cuya capacidad profesional no se ha cuestionado, y que tampoco se ha cuestionado que la indicada profesional no haya realizado esta prueba. Conforme a la ciencia física se ha producido certeza al respecto por el método de la experimentación, es decir se ha introducido los dedos y el himen no se ha roto. Por otro lado se tiene la declaración de un perito que ha sido destituido del Ministerio Público por haber faltado a la verdad en proceso penal abierto, es decir, cuestionado en su idoneidad para decir la verdad, y que además no ha hecho ningún procedimiento o examen a la agraviada, y que sólo afirma la que la guía señala que no hay himen complaciente cuando tiene menos de un determinado diámetro. En otras palabras con solo la revisión de los documentos el médico señala que no se puede hablar de que exista himen complaciente. Nótese además que este médico de parte no puede aseverar que el himen no sea complaciente, sino que no se puede asegurar que haya habido una penetración. Por el contrario, la perita oficial señala con claridad y sin duda que se trata de un himen complaciente, justamente porque ha realizado la experimentación respectiva, que es la prueba sobre la agraviada, y no como el perito de parte que no realizó ningún peritaje sino que se ha basado únicamente en los documentos faccionados por la perito Velarde Alba.

3.5.1.7.- Relacionando este punto con lo declarado por la agraviada tenemos la declaración o aseveración de la agraviada: clara y precisa de la penetración la cual, para dejar de tener valor probatorio, tendría que desacreditarse, ya sea subjetivamente; lo que no ha ocurrido, u objetivamente. En este extremo sólo puede desacreditarse un testimonio por razones de incredibilidad objetiva, si se acredita que efectivamente es imposible que lo sostenido por el testigo fuera objetiva o físicamente imposible, como por ejemplo que se asevere que pudo ver a través de las paredes, o que pudo estar en dos lugares distintos a la vez; pero, en el presente caso, no se ha acreditado que necesariamente, cuando el himen no está roto o desgarrado, signifique que no ha habido penetración pues es claro que existe el himen complaciente. Tampoco se ha acreditado que el himen de la agraviada no sea un himen complaciente, por el contrario se ha acreditado que es un himen complaciente por la prueba física realizada. No se ha producido un caso de duda, pues la agraviada ha señalado claramente que ha sido penetrada, y por razones objetivas sólo podría dudarse de este testimonio si se acreditara que no es posible que dicha penetración se haya producido, por el contrario lo señalado por la perito corrobora el dicho de la

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

agraciada, por lo que debe tomarse como cierto que efectivamente el acusado penetró o introdujo su pene en la vagina de la agraciada. 57

3.5.1.8.- Edad de la agraciada


En el proceso se ha acreditado, sin discusión entre las partes que la agraciada nació con fecha 4 de setiembre del dos mil tres, lo que implica que para el 29 de mayo del dos mil dieciséis (fecha en que se realizaron los actos imputados por violación sexual) la adolescente tenía doce años, ocho meses y veinticinco días de edad. Respecto de la fecha de nacimiento de la agraciada no ha habido discrepancia entre las partes y está debidamente corroborada con la existencia de una partida de nacimiento, habiendo convenido las partes en que no es punto controvertido. Al respecto también es necesario precisar que el agraciado sabía de la edad de la agraciada, en tanto se señala que la misma es pariente del acusado y se habían visto en varias reuniones, incluso la diferencia de edad entre ambos hace claro precisar que el acusado conocía de la edad de la agraciada.

3.5.2.- Valoración conjunta de la prueba:

Conforme se tiene en la valoración individual de la prueba se aprecia que el acusado efectivamente estuvo el día de los hechos en la habitación de la agraciada, que en determinado momento la recostó sobre la cama, la despojó de su trusa, le abrió las piernas, le tapó la boca con el antebrazo, y se colocó sobre ella, con el miembro viril expuesto. Hasta ese momento, es imposible que se pueda sostener que no hubo la intención - de parte del acusado - de tener relaciones sexuales. Recreando mentalmente los hechos conforme han sido expuestos, y acreditados en juicio, se tiene certeza que efectivamente había la intención del acusado de tener acceso carnal con la agraciada, es decir, había la intención de introducir su pene en la vagina de la agraciada. Resultaría por demás ingenuo y atentaría contra la lógica, que se dijera que no hay certeza de las intenciones del acusado en tanto se le descubrió encima de la agraciada, cuando esta tenía las piernas abiertas, haciendo movimiento de meneo sobre ella y tapándole la boca, y estando con el miembro viril expuesto. Pero más aún, se tiene la declaración sólida de la agraciada que desde el inicio y entre llantos señala haber sido violada y tocada, no siendo necesario exigir precisiones o lenguaje técnico en ese momento en tanto, las circunstancias propias del hecho de violación y la falta de conocimiento técnico harían imposible que se le exigiera que dijera que le introdujo su pene en la vagina, por lo que es coherente que dijera que la había violado; del mismo modo, es coherente con el dicho de la agraciada que la penetró en tanto la pericia realizada sobre la agraciada ha demostrado el himen complaciente, no siendo necesario recurrir a la precisión de la guía médica, en tanto la clínica, la experimentación, la revisión médica, efectivamente comprueban que se trata de un himen complaciente, es decir no deja huella de la penetración. Igualmente se tiene la certificación psicológica que acredita que la agraciada tiene afectación de esta naturaleza, por lo que es otra corroboración más de que efectivamente la agraciada fue penetrada por el acusado.

Conforme se ha señalado para que exista violación, de acuerdo a la acusación fiscal, es necesario que haya habido penetración, en el caso concreto, introducción del pene en la vagina de la agraciada, ello conforme el análisis realizado anteriormente.

Respecto de la voluntad de la agraciada, al ser un delito en agravio de menor de catorce años, se aprecia claramente que el bien jurídico protegido no es la voluntad de la víctima sino la


Héctor Flavio Loeyza Solís
Especialista de Audiencias

J¹⁰
indemnidad de la misma. Es decir, no puede tenerse relaciones sexuales con una adolescente ⁵⁸ menor de catorce años. En ese sentido no importa si la agraviada consintió o no con la relación. Siendo que además en el caso concreto la agraviada ha señalado que la penetración fue contra su voluntad.

CUARTO: ANÁLISIS JURÍDICO - JUICIO DE SUBSUNCIÓN

4.1.- SOBRE EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR

4.1.1.- Estando a la prueba actuada se ha probado que el acusado Erick Carlos Cruz Pelaez, ha efectuado tocamientos indebidos sobre la agraviada de iniciales J.J.S.A., estos son haberle tocado los pechos por debajo de la ropa cuando la menor tenía nueve años de edad, los mismos que configuran el delito de actos contra el pudor, corresponde realizar el análisis jurídico respectivo, a efecto de determinar la existencia del delito, así como la responsabilidad penal del acusado, para luego establecer la sanción penal que corresponda.

4.1.2.- Tipo penal aplicable al caso.- En el presente caso el Ministerio Público, ha formulado acusación por el delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de **Actos Contra el Pudor de Menor**, previsto en el artículo 176-A del Código Penal en su numeral 2, por lo que corresponde hacer el análisis jurídico respecto de este delito (en base los fácticos postulados), que literalmente prescribe: "El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad. 2.- Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años"; por tanto el juicio de subsunción se hará conforme a los hechos acreditados, por el titular de la acción penal, tal como se ha expuesto en el análisis fáctico y valoración probatoria.

4.2.- JUICIO DE TIPICIDAD: A efecto de determinar la tipicidad de la conducta del acusado, resulta necesario verificar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal presuntamente infringido.

4.1.3.- Tipicidad objetiva:

4.1.3.1.- Respetto de los sujetos activo y pasivo: El sujeto activo puede ser cualquier persona (hombre o mujer), siendo que en el caso de autos se ha identificado al presunto autor (acusado); en cambio sujeto pasivo será siempre un menor de edad (hombre o mujer) como la menor agraviada, no habiendo discutido las partes sobre tales extremos, sino por el contrario se ha convenido sobre la minoridad de la agraviada.

4.1.3.2.- Bien jurídico protegido.- En los casos de que el sujeto pasivo sea un menor de catorce años o un enajenado, el bien jurídico protegido será la Intangibilidad o la Indemnidad Sexual, puesto que la libertad sexual sólo puede apoyarse en la capacidad para conocer y entender el significado de la entrega sexual, y faltándoles tal capacidad a los menores de edad, también estará ausente la libertad sexual que no podrá ser menoscabada. Entonces, lo que se tutela en el caso de autos es la indemnidad sexual,

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

como una esfera que no debe ser comprometida por invasiones de terceros, que inevitablemente afecta 59
el normal desarrollo y la integridad psicofísica del menor agraviado³.

4.1.3.3.- Comportamiento típico

La acción consiste en ejercer un acto contra el pudor de un menor de catorce años excluyendo la realización del acceso carnal sexual. De conformidad con lo señalado en el artículo 176-A°, la acción típica puede consistir en lo siguiente: en la realización de tocamientos por parte del agente en la esfera somática de la víctima, la ejecución de actos libidinosos del sujeto pasivo sobre el cuerpo del autor o de un tercero. El requisito objetivo en este delito está determinado por la realización de un acto impúdico en la persona del menor. Será considerado acto impúdico, todo acto expresado en un contacto corporal con el cuerpo físico de la víctima con fines lúbricos o libidinosos. Los actos impúdicos pueden presentarse en variadas formas, pero, es imprescindible el contacto corpóreo entre las partes. Estos actos pueden realizarse tanto en el cuerpo de la víctima, como también, el caso de que el agente obligue a la víctima a realizar tocamientos lujuriosos sobre sus órganos genitales, vaginales, etc.⁴ En el presente caso se ha acreditado que el acusado hizo tocamientos con su mano en los pechos de la menor, por debajo de la ropa, hechos que objetivamente configuran los elementos estructurales del tipo penal invocado.

4.1.3.4.- Tipicidad subjetiva.- Al igual que la figura delictiva del artículo 176-A° del Código Penal, somos de la consideración que no es necesaria la concurrencia de un elemento especial del tipo subjetivo del injusto, ajeno al dolo. La presencia de un ánimo lúbrico en la psique del agente, es irrelevante a efectos penales. Es suficiente que el dolo del autor abarque el aspecto cognitivo y volitivo de realizar un acto contra el pudor en la persona de un menor de catorce años, sin el propósito ulterior de practicar el acceso carnal sexual que es desprende del artículo 173° (in fine); pues si la intención era de realizar la conjunción carnal, no estamos ante actos contra el pudor, sino tentativa de violación sexual⁵. Siendo que en el caso de autos no se ha acreditado que los actos de tocamiento indebido practicados por el acusado lo hayan sido con el objeto de practicar la conjunción carnal o acceso carnal, sino con el propósito impúdico del autor, tal es así que le toco los pechos por debajo de la ropa con su mano; obviamente que dicha conducta lo fue con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y con la voluntad de transgredir la norma penal.

4.2.- SOBRE EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL

4.2.1.- Tipo penal invocado.- El delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación de libertad sexual de menor de catorce años de edad, se encuentra previsto y penado en el artículo 173° numeral 2 del Código Penal concordante con el último párrafo del mismo artículo que prescribe: *"El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un*

³ Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal – Parte Especial, Tomo I. Editorial IDEMSA. Edición Noviembre 2008. Pág. 677. Cita la siguiente ejecutoria recaída en el RN N° 63-04-La Libertad, se precisa lo siguiente *"El delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado por el artículo ciento setentitrés del Código Penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: "El caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el "futuro". De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues éste carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente"*

⁴ Raúl Alonso Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal Parte Especial Tomo I. Editorial IDEMSA. Primera Edición. Lima Perú. Noviembre 2008. Pág. 748

⁵ Raúl Alonso Peña Cabrera Freyre. Ob cit. Pág. 750

menor de edad será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 2. Si la víctima tiene de diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

4.2.2.- Bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha establecido que "el bien jurídico tutelado en el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación de libertad sexual de menor de edad, es la indemnidad o intangibilidad sexual de la menor, expresada en la imposibilidad de autodeterminarse sexualmente, en este caso no está en capacidad de entender la naturaleza y consecuencia del trato sexual por ser menor de edad" ¹.

4.2.3.- Sujetos y Tipo: Sujeto activo. Puede ser cualquier persona. **Sujeto pasivo.** Solo puede ser un niño o niña menor de catorce años. **Tipo Objetivo.** El requisito objetivo en este delito está determinado por la realización de un acto impúdico en la persona del menor. Será considerado violación sexual de menor de edad, a la introducción de cualquier objeto o parte del cuerpo en la vagina, ano o boca de un menor de edad con fines de tener trato sexual. **Tipo subjetivo.** El agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo. **Iter criminis.** El delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consume con la penetración *total o parcial* de la víctima menor ya sea anal, vaginal o bucal.

QUINTO.- Juicio de Subsunción.-

5.1.- Juicio de Tipicidad: La conducta del acusado se adecua, objetiva y subjetivamente al tipo penal del delito antes referido, por cuanto, ha quedado acreditado que: Erick Carlos Cruz Pelaez (*sujeto activo*), introdujo su miembro viril en la vagina de la menor de iniciales J.J.S.A., el día 29 de mayo del año 2013 (*sujeto pasivo*), con conocimiento y voluntad (*dolo*), sabiendo que estaba sometiendo a una menor de doce años de edad (*dolo*). En consecuencia, la conducta del acusado es típica.

5.2.- En cuanto a la circunstancia agravante de aprovechamiento de la relación de primos que el imputado tenía con la madre de la agraviada

Ha quedado desvirtuado que la menor agraviada haya depositado su confianza en el acusado, quien se ha determinado es primo en quinto grado de consanguinidad con la madre de la menor agraviada, manifestando la menor agraviada que no tenía confianza con el acusado y que sólo se saludaban. Por lo tanto En el presente caso no se evidencia la agravante contenida del artículo 173 primer párrafo inciso 2 del Código Penal

5.3.- Tipo subjetivo: se ha acreditado el elemento subjetivo de tipo, es decir el dolo, pues el acusado, ha tenido la conciencia y la voluntad de penetrar a la agraviada, también por las consideraciones antes señaladas, pero además porque no es posible que se produzca la introducción del pene masculino en la vagina si es que no se tiene voluntad de ello.

5.4.- Juicio de Antijuricidad: No se presenta ninguna causa que justifique o autorice la realización del hecho imputado; por tanto, la conducta es antijurídica.

5.5.- Juicio de Culpabilidad: No existe causa que excluya la culpabilidad del imputado; pues, cuenta con nivel de educación secundaria completa, y en el momento de los hechos se encontraba cursando estudios en la escuela de policía por lo tanto, con la capacidad de comprender el carácter delictuoso de sus actos, además de la capacidad de determinarse según esta comprensión, es decir, tenía capacidad de motivación; el acusado tenía conocimiento que su conducta estaba prohibida; finalmente, el acusado pese a que pudo haberse conducido de otra manera no lo hizo, por lo que, es responsable penalmente.

En Flavio Loayza Polanco
Jefe de Audiencias

5.6.- En consecuencia, la conducta es típica, antijurídica y culpable, pues existe suficiente prueba de cargo, que desvirtúa la presunción de inocencia, además, no existe duda que le favorezca; por tanto, debe procederse con arreglo al artículo 399° del código Procesal Penal.

5.7.- En tal virtud, con la suficiente prueba de cargo actuada en juicio, la cual ha sido debidamente valorada, se ha logrado desvirtuar el derecho del acusado a ser considerado inocente, además, no existe duda que le favorezca; por lo que, concurre el supuesto señalado en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal. Siendo así se procede conforme lo estipulado en el artículo 399° del código adjetivo acotado.

SEXTO: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

6.1.- PENA POR EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR POR UNANIMIDAD

6.1.1.- Para la determinación de la pena aplicable en el presente caso, debe tenerse presente los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad y culpabilidad, conforme a lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 01-2008/116-CJ⁶, concordante con las disposiciones efectuadas mediante Resolución Administrativa N° 311- 2011-P-PJ, lo cual deberá efectuarse bajo el procedimiento respectivo, esto es primero determinando la pena básica, luego la pena concreta, para luego analizar la concurrencia de las circunstancias que sustenten la disminución o incremento de la condena⁷.

6.1.2.- El Ministerio Público inicialmente, por el delito de Actos Contra el Pudor, postula una pena de diez años de pena privativa de la libertad, ello considerando el último párrafo del artículo 176-A, dado que la pena conminada para el delito de Actos Contra el Pudor, previsto en el artículo 176-A, primer párrafo inciso 1, del Código Penal, concordado a su vez con la agravante establecida en el último párrafo del mismo artículo (particular autoridad, posición o vínculo familiar sobre la víctima que le impulse a depositar su confianza), el cual conmina con una pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de doce años. Sin embargo, aun cuando se arribó a la convención de que el acusado es tío materno de la agraviada no se ha evidenciado en audiencia que por tal vínculo la menor haya tenido alguna confianza en el acusado, como tampoco que éste hubiera tenido una especial autoridad sobre la víctima; sino por el contrario, la menor agraviada ha señalado que no le tenía confianza y las pocas veces que lo vio solo lo saludaba con respeto, por lo tanto, no es aplicable al caso la agravante referida en el último párrafo del artículo 176-A. Siendo aplicable únicamente la pena establecida en el numeral 2 del artículo 176-A, esto es entre seis a nueve años.

⁶ Acuerdo Plenario N° 01-2008/116-CJ. "... Es importante destacar que en nuestro país se ha establecido un sistema ecléctico de determinación de la pena. Esto es el legislador solo señala el máximo y el mínimo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo, que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado, lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber de fundamentación de las resoluciones judiciales....."

⁷ VICTOR PRADO SALDARRIAGA. Ponencia presentada en el Seminario Taller, llevada a cabo los días, 25 y 26 de mayo de 2007 Ciudad de Piura - Perú. "... Identificamos que hay tres momentos esenciales dentro de este proceso de determinación judicial de la pena, estos tres momentos esenciales están desarrollados de modo esquemático como: *La identificación de la pena básica, La búsqueda o individualización de la pena concreta y, El punto intermedio* (aunque aparece ahí como el número tres, pero creo es correlativo a los otros), que es la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso. El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que *no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento*, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema

Hernán Flayto Loayza Polanco
Especialista de Audiencia

6.1.3.- Para establecer la pena concreta debe tomarse en consideración lo establecido en el artículo 397.3 del Código Procesal Penal, que señala que el Juez penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite por debajo del mínimo legal. En el caso de autos, el titular de la acción penal ha postulado un pena en el extremo mínimo del tercio inferior (con la agravante); sin embargo al no haberse acreditado la agravante, corresponde establecer la pena en el mismo extremo de la propuesta fiscal, vale decir en seis años privativa de la libertad, tanto mas que no concurre ninguna circunstancia agravante genérica.

6.2.- PENA POR DEL DELITO DE VIOLACION SEXUAL POR MAYORIA

6.1.1.- La orientación político criminal de nuestro Código Penal no es retributiva, sino preventiva y de intervención mínima, así lo señala el artículo I del Título Preliminar, que dice "Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad" y en el artículo IX que precisa "La pena tiene por función ser preventiva, protectora y resocializadora". Así, la pena privativa de la libertad se aplica orientada por los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

6.1.2.- Para determinar la pena, se debe efectuar conforme al artículo 45°-A del Código Penal, incorporado por la ley 30076 -del 19 de agosto del 2013- que precisa las siguientes etapas: **primero** se identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y se divide en tres partes. Como **segunda etapa** se debe evaluar la concurrencia de circunstancias atenuantes ⁸ y agravantes, ⁹ señaladas en el artículo 46° del código Penal. Como **tercera fase o etapa** se determina la existencia de circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas.

6.1.3.- El delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173 inciso 2 del código penal) precisa la pena no menor de treinta ni mayor a treinta y cinco años.

6.1.4.- En el caso, no se verifica ninguna circunstancia *atenuante privilegiada ni agravante cualificada*, por tanto, la pena a imponer será dentro del marco punitivo señalado. Luego, el tercio inferior irá desde treinta años hasta treinta y un años y ocho meses, el tercio intermedio hasta treinta y tres años y cuatro meses y el tercio superior hasta treinta y cinco años. Al no tener antecedentes penales (atenuante genérica), por otra parte, si bien no quedo evidenciado la circunstancia agravante específica de aprovechamiento de posición, cargo o vínculo y la confianza de la menor, por tanto, la pena se fijará dentro del primer tercio, siendo una pena justa treinta años.

6.1.5.- **Naturaleza de la pena:** Por regla general la pena es efectiva, empero el artículo 57° del Código Penal regula la posibilidad de suspenderla, cuando se cumplan tres presupuestos

⁸ El Artículo 46 del Código Penal (modificado por ley 30076) precisa las siguientes **atenuantes**: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

⁹ El Artículo 46 del Código Penal, precisa como circunstancias **agravantes**: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de unidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Man Flawio Luayza Polanco
Fiscalista de Audiencias

concurrentes, así, al ser la pena impuesta superior a cuatro años no es procedente la suspensión, siendo irrelevante analizar los demás requisitos. Por otra parte, la pena al ser efectiva se cumple de manera inmediata, empero el artículo 402° del Código Procesal Penal permite suspender la ejecución provisional inmediata de la pena privativa de libertad, si el acusado vino en libertad al juicio; sin embargo la pena impuesta es grave, por tanto, es razón suficiente que permiten prever que no se someterá a la misma, por tanto debe disponerse su ejecución provisional inmediata, que se cumplirá en establecimiento penitenciario que designe le INPE, de lo contrario se corre el riesgo de que la misma pueda ser burlada por el sentenciado, dada la magnitud de la pena impuesta debiendo computarse la misma desde la fecha de la prisión preventiva.

6.2.- Del tratamiento terapéutico.- El artículo 178-A del Código Penal, en su primer párrafo, establece que *"El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en éste capítulo, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social"*. Esta norma es de carácter imperativo, es decir, viene impuesta al juzgador por el principio de legalidad. Así, en el caso de autos el delito es *actos contra el pudor de menor de edad*, y la pena a imponer es de **carácter efectiva**, por tanto, debe disponerse el tratamiento terapéutico del sentenciado, para lo cual previamente deberá someterse a evaluación médica (psiquiátrica) y psicológica.

SEPTIMO: REPARACION CIVIL

7.1.- De conformidad a lo establecido por el artículo noventa y tres del Código Penal la reparación civil comprende: la restitución del bien o si no es posible el pago de su valor y la indemnización de daños y perjuicios. Debe tenerse en cuenta que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal. En el caso de autos, estando a la naturaleza del bien jurídico tutelado no es factible la restitución del mismo; sin embargo, si es factible establecer la indemnización de los daños y perjuicios generados especialmente en el aspecto del daño moral, los que deben establecerse en función a la pretensión formulada y lo acreditado en proceso, en su defecto conforme al principio de equidad, autorizado por el artículo 1332 del Código civil. Asimismo para fijar la Reparación Civil se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 101° del Código Penal.

7.2.- Verificando la concurrencia de elementos que conforman la responsabilidad civil extracontractual, tenemos: **a) Antijuricidad**,¹⁰ que implica comprobar la violación de una norma jurídica, analizada a la luz de la responsabilidad extracontractual; así el imputado objetivamente contrarió la norma prohibitiva del artículo 173° primer párrafo inciso 2 del Código Penal, no existiendo supuesto alguno que excluyan la antijuricidad; **b) Daño causado**,¹¹ que es la lesión a un interés jurídicamente protegido, en el caso, es *"la indemnidad e intangibilidad sexual"*, así, la regulación del monto indemnizatorio depende de la relación de causalidad, sin importar si estos son previsibles o imprevisibles, configurándose un daño injusto; **c) Relación de causalidad**, que se puede definir como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el

[Handwritten signature and notes in the left margin]

En Flavio Loayza Polanco
abogado
abogado de Audiencias

¹⁰ Esta se define como cualquier conducta ilícita que cause un daño, que no sólo contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad. Taborda señala que *"(...) sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa el daño a otro o éste mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el derecho, por contrariar una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o los reglas de convivencia social que constituyen los buenos costumbres (...)"* (Taborda Córdoba, Lazardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil". Tercera Edición 2013. Editora y Librería Jurídica Grijley E.R.L., 2013. Página 46.
¹¹ Entendida como la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación.

propio daño,¹² en el caso, la actuación del imputado es idónea para afectar el *interés protegido* ("la indemnidad e intangibilidad sexual") y, no existe un caso de fractura causal (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la víctima) ni concausa; y, **d) Factor de atribución**, que en el caso es de carácter subjetivo, esto es dolo o culpa, específicamente vemos que en el presente se produce el *dolo civil*, pues el imputado conocía y quería realizar la conducta imputada esto tenía la voluntad de introducir su miembro viril en la vagina de la menor agraviada.

7.3.- Para fijar el monto de la reparación civil debe atenderse a la prueba del daño y la magnitud del perjuicio con parámetros equitativos como lo faculta el artículo 1332º del Código Civil, valorando el daño extrapatrimonial. En el caso, no existe medio probatorio directo del monto del daño, sin embargo el perito psicólogo forense precisó que, la menor presentaba "inteligencia con características normales, estado de ansiedad y tensión que se relaciona a recordar incidentes señalados, la actitud hacia el presunto agresor es de indignación odio y rechazo, la menor demuestra carácter tranquilo se percibe disminuida. SUGERENCIAS: Apoyo especializado", asimismo la propia menor manifestó, me sentía mal, no podía dormir tenía pesadillas tenía miedo de quedarme sola. Por tanto es claro que la menor evidencia daño psicológico de consideración, por otra lado, por reglas de la experiencia, este tipo de hechos trae secuelas en su desarrollo psico-emocional de una menor de edad, los cuales no pueden ser objeto de valoración, esto es lo que constituye el daño moral; por tanto el monto por éste concepto debe ser fijado prudencialmente por el juzgador, considerando el colegiado que el Ministerio Público solicitó una suma razonable y prudencial de diez mil nuevos soles, que debe imponerse.

OCTAVO: Costas.-

8.1.- El artículo 497.1 del Código Procesal Penal, establece que toda decisión que ponga fin al proceso penal, establecerá quien debe soportar las costas del proceso y que el órgano jurisdiccional debe pronunciarse de oficio y motivadamente sobre su pago, esto es que las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso.

8.2.- En el presente caso el imputado acudió al proceso afirmando inocencia, lo cual se desvirtuó luego del juicio oral, además no se evidenció que haya recurrido a acciones maliciosas o dilatorias, por tanto corresponde exonerarlo de las costas del proceso.

SEPTIMO.- Costas del proceso.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 497 del Código Procesal Penal, las costas del proceso por regla general están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. Siendo que en caso de autos, el acusado a actuado premunido por el principio de la presunción de inocencia y por otro lado la parte agraviada no se ha constituido en actor civil, tampoco ha actuado en el proceso asistido por un abogado defensor, por lo que corresponde disponer la exoneración del pago de las costas del proceso a favor del sentenciado.

III.- PARTE RESOLUTIVA

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

Victor Hernán Flavio Loayza Polanco
Especialista de Audiencias

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, concordante con lo establecido en los artículo 399 del Código Procesal Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo de quien emana esta potestad. ⁶⁵

FALLAMOS:

POR MAYORIA:

PRIMERO: DECLARAMOS POR MAYORIA a ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ, identificada con DNI N° 48150774 y demás datos que aparecen en la parte expositiva de la presente sentencia **AUTOR** de la comisión del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de **Violación sexual de menor de edad**, previsto y sancionado en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, sin la agravante contenida en el último párrafo de dicho artículo, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., y **POR UNANIMIDAD declaramos a ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ autor** de la comisión contra la Libertad Sexual en la modalidad de **Actos contra el pudor de menor de edad**, previsto y sancionado en el numeral 2) del artículo 176-A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A.; y en consecuencia;

SEGUNDO: IMPONEMOS POR UNANIMIDAD por el delito de Actos contra el pudor previsto y sancionado en el numeral 2) del artículo 176-A del Código Penal, **seis años** de pena privativa de libertad efectiva, y **por MAYORÍA** por el **delito contra la Indemnidad Sexual en la modalidad de Violación sexual de menor de edad**, previsto y sancionado en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, la pena de **treinta años privativa de la libertad efectiva**.

TERCERO: Estando al concurso real corresponde sumar las penas impuestas, sin embargo, ante la imposibilidad de una pena mayor a treinta y cinco años, **la pena final resultante es de TREINTA Y CINCO años de pena privativa de la libertad efectiva**, que se cumplirá en el Establecimiento Penal que el INPE designe, y que contados desde el día que esta privado de su libertad 07 de junio del 2016 se cumplirá el día 6 de junio del año 2051. Disponiéndose la ejecución provisional de la presente sentencia.

CUARTO: DISPONEMOS imponer por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** por la comisión del delito de Actos contra el pudor la suma de S/. 2,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A., y por el delito de Violación Sexual la suma de S/. 8,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A.

QUINTO: DECLARAMOS que no corresponde fijar costas.

SEXTO: DISPONEMOS que en el tiempo que dure la condena el sentenciado siga un tratamiento terapéutico especializado médico y psicológico que establece el artículo 178-A del Código Penal, previa evaluación de los profesionales especialistas.

SÉTIMO: DISPONEMOS que una vez firme que sea esta sentencia, se cursen las comunicaciones respectivas al Registro Distrital y Central de Condenas, a RENIPROS, al INPE y demás órganos que por Ley, corresponda tomar conocimiento de esta decisión judicial, para lo cual debe remitirse el expediente al Juzgado de Ejecución que corresponda, Juez ponente: Yuri Zegarra Calderón.

HÁGASE SABER.-S.S.

Medina Tejada

Zegarra Calderón

Castro Figueroa

Hernán Flavio Loayza Polanco
Especialista de Audiencias

66

VOTO DE DISCORDIA PARCIAL DEL MAGISTRADO RENE CASTRO FIGUEROA

Respecto al hecho ocurrido el día veintinueve de mayo del dos mil dieciséis, calificado como delito de Violación Sexual.

PRIMERO: Para determinar la responsabilidad de cualquier persona imputada por un delito tan grave como el postulado por el Ministerio Público (violación sexual de menor de edad), cuya pena es de cadena perpetua, el Juzgador no debe tener ninguna duda sobre los hechos probados que sustentan la existencia del delito como la responsabilidad penal del acusado y por ende la sanción penal que corresponda.

SEGUNDO: En el presente caso el Ministerio Público acusa por el delito de Violación Sexual de Menor de 14 años, atribuyendo al acusado una penetración vaginal producida con fecha 29 de mayo del 2016. Entonces corresponde analizar exhaustivamente la prueba actuada en juicio sobre la existencia del delito incriminado y la responsabilidad del acusado.

TERCERO: Respecto al delito de Violación Sexual debe tomarse en cuenta lo expresado por la médico legista Verónica Velarde Alva, quien en su evaluación a la menor agraviada a verificado la presencia de un himen con orificio himeneal mediano. Sobre el particular cabe señalar que toda evaluación médico legal debe realizarse bajo los parámetros establecidos en la Guía Médico Legal elaborada por la Fiscalía de la Nación y aprobada por una resolución de dicha entidad, por tanto no es un documento sin valor para tomarlo en cuenta o no, sino a criterio del suscrito es un documento con sustento técnico y científico, tal es así que se encuentra respaldada por varios autores médicos especialistas en la materia (citados en la propia guía), en base al cual la Fiscalía de la Nación elabora esta guía y es la pauta principal que todo médico debe tener en cuenta para efectuar una evaluación de integridad sexual, y en esta guía como lo ha referido el abogado de la defensa, se señala expresamente las clases o formas del orificio himeneal con las medidas respectivas, donde se señala que un orificio menor a 1 cm de diámetro se considera un orificio himeneal pequeño, de 1 cm a 2 cm se considera un orificio himeneal mediano y un introito vaginal superior a 2 cm y menos de 2.5 cm, se considera un orificio himeneal grande; luego un orificio himeneal que supera 2.5 cm entre 3 cm, se considera que es un himen complaciente; no existiendo alusión alguna que en algún caso un orificio himeneal mediano (de 1 a 2 cm) pueda ser compatible con un himen complaciente.

CUARTO: Por tanto, para el suscrito considerando la versión de la propia médico legista Verónica Velarde Alva, quien señaló en juicio que la menor presenta un orificio himeneal o introito vaginal mediano, ésta no era mayor a 2 cm, por tanto un himen con las características que ha proporcionado la perito oficial, objetivamente no puede ser considerado un himen complaciente, y si no es un himen complaciente al haberse introducido un miembro viril de una persona adulta que según la doctrina médica el diámetro del miembro viril adulto en América Latina, es en promedio 4 cm, milímetros más milímetros menos dependiendo de la raza y la estatura de las personas; para el suscrito transgrede el razonamiento de sentido común sostener que la penetración de un objeto o miembro viril con las características antes indicadas no haya podido producir objetivamente ninguna lesión o desfloramiento, sino apenas una equimosis violácea y una erosión superficial, que según el perito de parte Fernando Suarez Torreblanca, es una ^{pequeña} lesión considerada como una lesión leve, no compatible con la penetración de un miembro viril

Corte Superior de Justicia de Arequipa

de una persona adulta en la vagina de una menor de 12 años de edad, dado que de haberse ⁶⁷verificado realmente hubiera producido necesariamente mayores lesiones de consideración, que no se ha observado al momento de la evaluación médico legal (integridad sexual).

QUINTO.- En base a la información observada en juicio oral, a criterio del suscrito no resulta razonable ni objetivo sostener que se hubiera producido una penetración vaginal, básicamente por la ausencia de lesiones físicas compatibles con dicho acto, dado que en la evaluación de integridad sexual no se verificó ninguna desfloración himeneal reciente, pese a tratarse de un introito vaginal mediando (1 a 2 cm de diámetro), tal como lo ha expresado la propia médico legista, siendo que dicha perito no nos ha dicho en juicio, el sustento técnico o la teoría que sustenta su conclusión, que contraviene los parámetros de la guía Médico Legal, menos el conocimiento científico que técnicamente sustente que un himen complaciente pueda presentar un orificio mediano (1 a 2 cm), cuando los autores médicos que se citan en la guía médico legal, señalan que un himen complaciente no puede tener un orificio himeneal menor de 2.5 cm a 3 cm de diámetro, no existiendo referencia que indique que eventualmente un himen complaciente pueda tener un orificio himeneal equivalente a un himen con orificio mediano.

SEXTO.- Es cierto que la menor agraviada en su declaración en juicio ha señalado que su tío Erick le introdujo el pene en su vagina, con fecha 29 de mayo del 2016; sin embargo, no existen elementos de prueba objetivo que corrobore su versión inculpativa, tanto más que una menor de 12 años generalmente no tiene experiencia sexual, por tanto bien pudo confundir la penetración del pene entre las piernas chocando la vagina, con una penetración dentro de la vagina propiamente, siendo esta la única forma que razonablemente puede explicar que la membrana himeneal de la menor agraviada se encuentre anatómicamente completa, salvo con una erosión (petequia) y una equimosis vilacea.

SEPTIMO: Por estas razones, el suscrito considera que objetivamente existe una duda razonable respecto de la penetración del miembro viril en la vagina, por ende la existencia del delito, tanto más que tampoco hay ningún otro elemento de prueba periférica que pueda corroborar la existencia del acto sexual, como puede ser la presencia de restos seminales, líquido prostático ni ningún otro elemento que se hubiera podido dejar con la penetración del pene en la vagina.

OCTAVO: Respecto de lo expresado por la defensa técnica del acusado, en cuanto a que los hechos ocurridos el veintinueve de mayo del 2016, se adecuan a tocamientos indebidos que configurarían el delito de actos contra el pudor; ciertamente que ante la duda de la falta de penetración vaginal y habiendo admitido la defensa el acusado un acto de tocamiento, es factible la recalificación jurídica de los hechos, conforme a lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 04-2007, sin la necesidad de plantear una tesis de desvinculación, dado que se trata de un delito que protege el mismo bien jurídico y ha sido admitido por el propio abogado del acusado; bajo dicho contexto a criterio del suscrito debe considerarse que en el presente caso existe responsabilidad penal, por actos de tocamiento indebido por los hechos acaecidos con fecha 29 de mayo del 2016, siendo jurídicamente factible subsumirse en el supuesto fáctico del delito de actos contra el pudor, ilícito previsto en el artículo 176-A, inciso 2 del código Penal, pero al tratarse de dos delitos de la misma naturaleza contra la misma agraviada, la misma resolución criminal, estaríamos ante un caso de delito continuado, previsto en el artículo 49 del Código Penal (con el hecho de tocamiento indebido producido en el año 2013, cuando la menor contaba con nueve

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal

6 r *recompra*
J *reclamo*
608

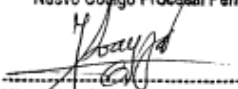
años de edad) y por tanto, solo corresponde la pena más grave para los delitos materia de imputación; pero tratándose de dos delitos de la misma naturaleza la pena máxima para el delito.

NOVENO: Estando a lo expresado en el considerando precedente, respecto de la pena el Ministerio Público, para el delito materia de acusación postuló la pena en el extremo mínimo del tercio inferior, producto de la recalificación jurídica de los hechos, debe adecuarse la pena por delito de actos contra el pudor su extremo inferior, a tenor de lo establecido en el artículo 397.3 del código Procesal Penal; ello al no haberse acreditado la agravante invocada por el Ministerio Público; por tanto la pena a imponerse en el presente caso debe ser seis años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva.

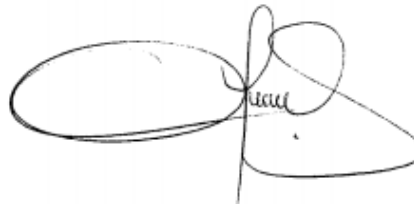
DECIMO.- Sobre la pretensión civil, en base a la recalificación jurídica de los hechos y en base a lo expresado por el perito Juan Carlos Gonzales Chalco, quien ha referido que la menor evaluada, no presenta una ansiedad grave o crítica, producto de los hechos de abuso sexual, resulta prudente y razonable establecer una reparación civil bajo el principio de equidad, establecida en el artículo 1332 del Código Civil, en tal sentido debe fijarse en la suma de dos mil soles, al igual que para el otro hecho probado, de manera que el monto total de la reparación civil que debe pagar el sentenciado, debe ser la suma de cuatro mil soles, a efecto de cubrir el daño moral producido en la menor agraviada.

Por tales razones:

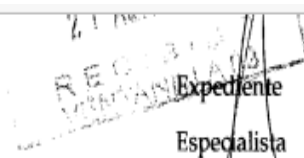
Mi voto es porque se condene al acusado Erick Carlos Cruz Pelaez por los hechos ocurridos el veintinueve de mayo del dos mil dieciséis, como autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de Actos contra el Pudor; ilícito previsto en el artículo 176-A, inciso 2 del Código Penal, en cuya virtud se le imponga al acusado una pena de seis años privativa de la libertad con el carácter de efectiva, que cumplirá en el establecimiento penal que determine el INPE, por tratarse de un delito continuado en agravio de una misma persona y se disponga como pago de reparación civil la suma de S/4,000.00 soles, por los dos hechos, a razón de S/ 2,000.00 soles por cada hecho, a favor de la menor agraviada, representada por sus progenitores.

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Nuevo Código Procesal Penal


Víctor Hermán Flavio Loayza Polanco
Especialista de Audiencias



7. Recurso de apelación



Expediente : 4222-2016-92
Especialista : Dra. Santos
Cuaderno : Principal
Sumilla : Apelación

SEGUNDO JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL DE AREQUIPA

Angel Alfonso Cuarite y Miguel Angel Gamarra Choquehuayta, abogado de Erick Carlos Cruz Pelaez, sentenciado por delito contra la libertad sexual en agravio de JJSA, atentamente nos presentamos e indicamos:

I. PETITORIO:

Solicito se declare **FUNDADA LA APELACIÓN** en contra de la **Sentencia N° -2017** del 12 de abril del 2017, por la que se resuelve condenar a Erick Carlos Cruz Pelaez **autor** del delito de actos contra el pudor y violación, en agravio de la menor de iniciales JJSA, a efecto de que se **REVOQUE** y se lo absuelva del delito de actos contra el pudor y se declare infundada la reparación civil en este extremo y respecto al delito de violación se recalifique y se lo condene por el delito de actos contra el pudor por lo cual deberá imponérsele la pena de 6 años y fijar una reparación civil de S/ 2 000 nuevos soles.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

Respecto al delito de actos contra el pudor objeto de sentencia condenatoria.

PRIMERO: inexistencia de persistencia en la incriminación

1. El A quo centró la imputación en lo siguiente (fundamento 3.4.1 de la sentencia) "(...) el denunciado en diversas oportunidades efectuó tocamientos en los senos y vagina de la menor agraviada por debajo de la ropa."
2. Luego al analizar la persistencia en la incriminación sobre este factico (fundamento 3.4.3.3.1 de la sentencia) el A quo concluye que "no se advierte que la menor agraviada haya incurrido en ninguna contradicción relevante en cuanto a los actos de tocamiento producidos en el año 2013... por lo que cabe concluir que en este caso se ha acreditado los actos de tocamiento realizados por el acusado en el pecho o seno por debajo de la ropa"

3. La conclusión del A quo es equivocada debido a que: i) la agraviada cuando declara en juicio dijo que, (sesión del 02 de marzo del 2017, minuto 35:06) “¿A parte de tus pechos Jaqui te tocaba alguna otra parte de tu cuerpo? NO. ii) el perito Gonzales Chalco en juicio preciso que en el examen psicológico y cámara gessel la agraviada indico que le tocaron en el pecho y en la vagina y iii) lo cual evidencia una contradicción respecto a la versión inicial dada por la agraviada.
4. La postura del A quo de valorar únicamente la parte incriminatoria de la declaración de la agraviada “**tocamiento en el pecho**” y no tomar en cuenta la aseveración de que no le tocaron otra parte de su cuerpo, sin ninguna justificación es arbitraria ya que i) esto está directamente relacionado con el hecho atribuido en la acusación (tocamiento en vagina), ii) credibilidad de la testigo – en el sentido que afirmó algo y luego lo negó- sin justificación alguna (aunado a la ausencia de ubicación temporal del hecho atribuido¹¹), iii) parcializada sin ninguna explicación o sustento, más aún que el a quo en la valoración conjunta de los medios probatorios advirtió esta situación, por lo que tiene la obligación de motivar por que decide darle valor probatorio sin explicar el contraste con las demás.

SEGUNDO: Ausencia de corroboraciones periféricas

5. El M. P. en su imputación estableció como fáctico que corroboraba la manifestación de la agraviada lo siguiente: “(...) que le conto estos hechos a su amiga del colegio de nombre **Romina, pero la menor tenía miedo y no sabía cómo contarle los hechos a su madre**”
6. Por lo que este extremo de la acusación debe ser valorado por el A quo a efecto de determinar si está o no probado, sin embargo el A quo, en el punto 3.4.3.2.1. pese a que no existe prueba del acto corroborador “*conto estos hechos a su amiga del colegio de nombre Romina*” no emite pronunciamiento sobre este extremo de la acusación (extremo de acusación que no estaría probado)
7. Por el contrario el A quo comete dos errores: i) introdujo como corroboración periférica la declaración de la testigo **Fiorella Pelaéz** (madre de la agraviada) y lo referido por el testigo **Lizardo Sulla Montes** (padre), alterando el tema de prueba de forma indebida, y ii) concluye que la contradicción evidenciada por la defensa “**sobre a qué persona le conto la agraviada estos actos de tocamiento**” no enerva la validez del testimonio.

¹¹ Aspecto sobre el cual no se exige una fecha exacta sino una aproximación temporal más aun si esto está vinculado con las posibilidades del defensa del acusado, aspecto que incide en la credibilidad del testimonio.

8. El **SEGUNDO ERROR** indicado se sustenta en que las corroboraciones se refieren a **aspectos periféricos de carácter objetivo**, como lo es que otras personas hayan tomado conocimiento del hecho por comunicación de la agraviada.

La **agraviada** afirmó **enfáticamente** que le conto estos hechos (tocamientos indebidos) a su mamá luego de poner la denuncia, luego **la mamá** indico que su hija no le conto estos hechos a ella sino que le contó a su **papá** cuando este le pregunto si estos hechos habían pasado anteriormente, seguidamente **el papá** declaro que tomó conocimiento porqué su esposa le conto dichos hechos. Por lo que la contradicción misma sí está vinculado a un aspecto periférico **“la forma como otras personas toman conocimiento del hecho central”** la misma que al ser contradictoria permite concluir que en realidad la agraviada no les conto el hecho de actos contra el pudor y que los padres únicamente a raíz de la presente investigación ahora y recién en juicio declaran que si les conto (ya que esto nunca fue introducido a nivel de investigación), aspecto vinculado a la credibilidad de la versión de la menor, más aun si la misma agraviada declaro que jamás fue amenazada o se le dio regalo alguno para no contar dichos actos.

9. Respecto a la declaración del perito psicólogo **Juan Carlos Gonzales Chalco**, utilizada por el A quo como corroboración periférica (fundamento 3.4.3.2.2 de la sentencia) el A quo no tiene en cuenta el Acuerdo Plenario 4-2015 fundamento 31 “el informe psicológico sólo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo-, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo”

En el caso lo declarado por el perito psicólogo (tocamiento en pecho y vagina) no se contrasta con lo declarado por la agraviada en juicio oral (niega tocamiento en vagina) respecto al hecho central, en consecuencia válidamente existe una contradicción que el A quo no valoro y sobre la que la Sala puede realizar valoración.

TERCERO: Incredibilidad Subjetiva

10. Finalmente sobre la incredibilidad subjetiva, la agraviada si tiene un motivo de resentimiento, que es específicamente es el segundo hecho imputado del 26 de mayo del 2016 (delito de actos contra el pudor reconocido por el procesado) el mismo que motivó la atribución de un hecho anterior sin precisión alguna de tiempo, variable y sin corroboración
11. En conclusión, el a quo no valoró aspectos esenciales de la actuación probatoria, lo que podría acarrear la nulidad de la sentencia, sin embargo al haber ausencia de valoración Sala tiene la

posibilidad de valorar dichos extremos y decidir sobre el fondo, en el sentido de que existe un motivo de incredibilidad subjetiva, no existe verosimilitud (corroboraciones objetivas) ni persistencia en la incriminación por lo que corresponde absolver a Erick Cruz.²

RESPECTO AL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.

Verosimilitud y corroboraciones periféricas objetivas

Imputación fiscal

12. El M.P. estableció como núcleo de imputación lo siguiente "(...) empujando a la menor agraviada a la cama y le tapó la boca echándose encima de la menor bajándole su pantalón e introduciendo su pene dentro de su vagina, siendo que la menor trataba de patearlo para defenderse"
13. Luego conforme a la misma imputación fiscal se describió las corroboraciones periféricas consistentes en: i) declaración de Geancarlo Aycatuiro, iii) declaración de María Pelaez, iii) equimosis de 0.2 x 0.2 cm en borde libre de membrana himeneal / erosión superficial de 0.3 cm de orquilla posterior, iv) declaración en cámara ghesell.³

PRIMER AGRAVIO: corroboraciones objetivas sobre la circunstancia "Le tapó la boca... siendo que la menor traba de patearlo para defenderse"

14. El A quo indica (fundamento 3.5.1.3) "(...) del mismo modo, la situación de poder taparle la boca con el antebrazo o brazo del acusado para que la víctima no grite –conforme lo relata la agraviada y el testigo Gian Carlo Aycatuiro- es un hecho posible y ciertamente coherente.
15. Sin embargo, la afirmación de la agraviada de que el imputado le tapó la boca con el **antebrazo** y el contexto de resistencia de la agraviada no tiene corroboración objetiva alguna, ya que el CML de integridad física de la agraviada no tiene lesión alguna, convección probatorio que el A quo

² Sentencia de Vista Nro. 100-2014 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, en el expediente 2013-04098-31 del 14 de octubre del 2014, último párrafo del fundamento 12.3.2"(...) en ese sentido, respetuosos de los fundamentos jurídicos que conforman el precitado acuerdo plenario y que son doctrina legal con el carácter de precedente vinculante, si bien el Colegiado podría remitirse a una declaración de nulidad por la omisión incurrida en primera instancia en orden a dar lugar a un nuevo juzgamiento. lo cierto es que, circunscrito a los límites del acervo probatorio que fue objeto de actuación en primera instancia, eso es, concretamente, prueba personal sin concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, es que opta por realizar el análisis de fondo respectivo a la luz de los iniciales lineamientos doctrinales jurisprudenciales.

³ En la propia acusación se indica "(...) **hechos que se corroboran además** con la declaración única en cámara Ghesell de la menor (...)"

no tomo en cuenta, así como no se tomó en cuenta lo declara por Verónica Velarde, más aun establecido por Guía médico legal para examen de integridad sexual y lo precisado por el Acuerdo Plenario 4-2015, fundamento 25 "En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, actos contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo", aspectos que la Sala puede valorar.

SEGUNDO AGRAVIO: Ausencia De Corroboraciones Sobre La Penetración

16. De acuerdo a la imputación fiscal, la corroboración periférica objetiva del acto de penetración se basa en la i) equimosis de 0.2 x 0.2 cm en borde libre de membrana himeneal y ii) erosión superficial de 0.3 cm de orquilla posterior, puntos sobre los cuales el debate fue extenso cuando declaró la Médico Legista Velarde Herrera y el medico Suarez Torreblanca
Posición fiscal: estas lesiones corroboran la penetración, la equimosis es compatible con un acto de penetración por un objeto romo compatible con el miembro viril
Posición Defensa: la equimosis en realidad es una petequia cuyas causas pueden ser varias (presión arterial, defectos sanguíneos, etc.)
17. Sin embargo el A quo no ha realizado ninguna valoración sobre este punto ni se ha pronunciado sobre si se verifica la posición de la defensa o fiscalía.

TERCER AGRAVIO: corroboraciones objetivas sobre la penetración

18. En el fundamento 3.5.1.5 el A quo analiza la posición fiscal de que "la agraviada tienen el himen complaciente y por ello no hubo desgarró" y la posición de la defensa "no hay himen complaciente y en caso de penetración debió producirse desgarró" debate sobre la base de que el himen de la agraviada es MEDIANO, sustentados en las declaraciones de la médico Verónica Velarde y Suarez Torreblanca, respectivamente.
19. El A quo establece que la posición de la fiscalía es lo que prima en base a: (fundamento 3.5.1.6).
 - i. La Guía para la evaluación de victimas para delitos contra la liberta sexual no es un parámetro rígido, pues es una guía y no un protocolo.
 - ii. La medicina por el hecho de ser ciencia no contiene razonamientos definitivos
 - iii. El cuerpo humano no es algo que reacciones de forma unívoca

- iv. El examen médico fue personal introduciendo los dedos dentro de la cavidad vaginas de la agraviada y sosteniendo que al realizar dicha acción el himen se distendía, es decir no se rompía (certeza respecto al método de experimentación)
- 20. Sin embargo, estos fundamentos contradicen las reglas de la sana critica: ya que la Guía es un parámetro de objetividad aprobado por Fiscalía de la Nación, refrendada por diversos profesionales y respaldada por bibliografía en el que se establecen temas de consenso general de la comunidad científica interesada.
- 21. Más aun conforme al **Acuerdo Plenario 4-2015**, fundamento 19 "A efecto de la valoración de las pericias, están son clasificadas en formales y fácticas... así por ejemplo, la prueba médica (que se guían por la Guía Médico legal de Evaluación física de Integridad sexual)
- 22. En el caso no estamos frente a un supuesto de reacción corporal (el mismo que puede ser diferente dependiendo de las capacidades físicas y los factores externos generadores de la reacción) en el presente caso hablamos de fisonomía, tamaños y medidas promedios vinculadas a una situación especial que es la característica de himen complaciente.
- 23. Existe contradicción entre lo afirmado por la perito sobre la existencia de himen complaciente y la equimosis que ella misma refiere encontró, con la premisa del A quo que indica que "Se trata de un himen complaciente, es decir no deja huella de la penetración" Fundamento 3.5.2 de la sentencia

CUARTO AGRAVIO: razones por las que descalifican lo manifestado por el perito Suarez Torreblanca

- 24. El A quo indica, i) se tiene la declaración de un perito que ha sido destituido del ministerio Publico por haber faltado a la verdad en proceso penal abierto (se cuestiona su idoneidad para decir la verdad), ii) no ha hecho ningún procedimiento o examen a la agraviada, iii) solo afirma que la guía señala que no hay himen complaciente cuando tiene menos de un determinado diámetro.
- 25. El perito Dr. Suarez Torreblanca declaro que conforme a la Guia "De las dimensiones del diámetro de la altura vaginal se señala menos de 1 es un diámetro pequeño entre 1 y 1.99 es mediano y más es un himen grande y de 2.5 a 3 a mas es un himen complaciente, no es complaciente dadas las dimensiones pequeñas"

26. Esa información la refirió en base a la guía médico legal, en consecuencia, los fundamentos del a quo para descartar dicha información versan sobre la persona del perito para de allí derivar que su información no debe ser tomada en cuenta lo que configura un supuesto de falacia in personae, en consecuencia sin mérito para cuestionar la información dada más aun si esta se basa en la guía médico legal correspondiente.

QUINTO AGRAVIO: Razonamiento judicial

27. En el fundamento 3.5.1.7 el a quo establece que: “pero, en el presente caso, no se ha acreditado que necesariamente, cuando el himen no está roto o desgarrado signifique que no ha habido penetración pues es claro que existe el himen complaciente. Tampoco se ha acreditado que el himen de la agraviada no sea un himen complaciente, por el contrario se ha acreditado que es un himen complaciente por la prueba física realizada. No se ha producido un caso de duda, pues la agraviada ha señalado claramente que ha sido penetrada, y por razones objetivas solo podría dudarse de este testimonio si se acreditara que no es posible que dicha penetración se haya producido, por el contrario lo señalado por la perito corrobora el dicho de la agraviada, por lo que debe tomarse como cierto que efectivamente el acusado penetró o introdujo su pene en la vagina de la agraviada.”
28. Este razonamiento implica que por haberse descartado la posición de la defensa, automáticamente se corrobora la posición fiscal, lo que configura una valoración errada.
29. Luego, la conclusión a la que llega el A quo respecto a que se ha establecido que existe himen complaciente en base a la prueba física realizada y que esto corroborado con la versión de la agraviada prueba la realidad del hecho imputado, sin embargo la premisa “himen complaciente” no acredita la tesis fiscal ya que, como lo establece la guía médico legal y diversa literatura médica un himen complaciente no permite ni descartar ni confirmar el acto sexual.
30. Además, en el razonamiento del A quo se observa que todo se basa únicamente en la versión de la agraviada la misma que no tiene corroboración objetiva (situación que puede apreciar la Sala Penal) en consecuencia es posible una nueva valoración a efecto de concluir en la degradación del tipo penal al de actos contra el pudor.

III. AGRAVIO:

82 ordena) de

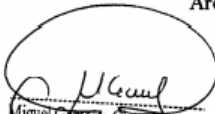
83

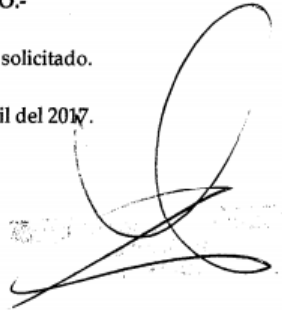
La sentencia genera agravio ya que impone una pena privativa de libertad efectiva sin realizar una valoración completa de toda la prueba generada en juicio, ni cumplir con motivar debidamente.

POR LO EXPUESTO.-

Sírvase acceder a lo solicitado.

Arequipa, 21 de abril del 2017.


Miguel Gamarrá Choquehuayta
ABOGADO
C.A.A. 5881



Se conoce el recurso de apelación con efecto suspendido, a favor del sentenciado Erick Carlos Cruz Peláez, contra la sentencia de fecha doce de abril del dos mil diecisiete.

8. Sentencia en segunda instancia:

4° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 04222-2016-92-0401-JR-PE-01

IMPUTADO : CRUZ PELAEZ, ERICK CARLOS

DELITO : ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES Y OTRO.

AGRAVIADO : MENOR JJSA REPRESENTADA POR SU MADRE FIORELLA AICATUIRO
PELAEZ

2JPC - RONALD MEDINA TEJADA, YURI ZEGARRA CALDERÓN Y RENÉ CASTRO
FIGUEROA.

SENTENCIA DE VISTA Nro. 55-2017

RESOLUCIÓN Nro. 08-2017

Arequipa, dos mil diecisiete

Julio catorce.-

OIDA

La fundamentación del recurso de apelación efectuada por Erick Carlos Cruz Peláez, quien estuvo acompañado por su abogado defensor Miguel Ángel Gamarra Choquehuayta, en contra la sentencia S/N-2017, que lo declaró autor del delito de Violación Sexual de Menor y Actos Contra el Pudor, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A.

Contándose con la participación del Ministerio Público, representado por la Fiscal Superior María Cecilia Estrada Aragón, de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, así como la defensa del actor civil, Rocio Cateriano Revilla; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Antecedentes.

1.1. El Ministerio Público, en fecha 29 de diciembre de 2016, formula requerimiento de acusación en contra de Erick Carlos Cruz Peláez, por la comisión del delito de Violación Sexual de Menor, previsto en el numeral 2 y último párrafo del artículo 173° del Código Penal y por el delito de Actos Contra el Pudor, previsto en el numeral 2 y último párrafo del artículo 176-A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A.

1.2. El Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial, en fecha 12 de abril de 2017, expide la sentencia S/N-2017, resolviendo:

a. Por mayoría, declarar a Erick Carlos Cruz Peláez autor del delito de Violación Sexual de Menor, por el numeral 2, del artículo 173° del Código Penal, con el voto discordante del Juez Castro Figueroa; imponiéndole la pena de **treinta años privativa de la libertad efectiva**; y el pago de **reparación civil** por la suma de S/. 8,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A.

b. Por unanimidad, declarar a Erick Carlos Cruz Peláez autor el delito de Actos Contra el Pudor, por el numeral 2 del artículo 176-A del Código Penal, en agravio de la misma menor de iniciales J.J.S.A. imponiéndole **seis años** de pena privativa de libertad efectiva; y el pago de **reparación civil** por la suma de S/. 2,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A.,

Estando al concurso real, **la pena final resultante es de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad efectiva**

1.3. Erick Carlos Cruz Peláez, en fecha 21 de abril de 2017, formula apelación -dentro del plazo de ley-, señalando los fundamentos que sucintamente se detallan a continuación: **a) Sobre el delito de actos contra el pudor, cuestiona lo siguiente: i. Inexistencia de persistencia en la incriminación, la conclusión arribada por el juzgador es errada, la agraviada en juicio señaló que el procesado sólo le toco los pechos mientras que a la perito Gonzales Chalco le indicó que fueron los pechos y vagina, esto al no ser apreciado por el juzgador resulta arbitrario al estar directamente relacionado con el hecho y la credibilidad de la testigo; ii. Ausencia de corroboración periférica, conforme la imputación no se ha probado que la menor haya relatado el**



-Alto
Cuarto
Orde

112

hecho a su amiga del colegio, se considera corroborado con las declaraciones de la madre y padre de la menor, Fiorella Peláez y Lizardo Sulla Montes, alterando el tema de prueba y omitiendo las contradicciones advertidas respecto a quien es la persona que les relato el hecho, sobre la declaración del perito psicólogo Juan Carlos Gonzales Chalco no se tiene en cuenta lo señalado por el Acuerdo Plenario 4-2015; **iii.** Incredibilidad subjetiva, la agraviada tiene un motivo de resentimiento contra el acusado, a partir del segundo hecho ocurrido el 26 de mayo del 2016; **b)** **Respecto al delito de Violación a la libertad sexual**, objeta lo siguiente: **i.** Corroboración periférica, la información de la agraviada sobre la resistencia opuesta no encuentra corroboración objetiva, el CML no informa lesión alguna -convención probatoria-, tampoco se tomó en cuenta lo declarado por Verónica Velarde; **ii.** Ausencia de corroboración sobre la penetración, el a quo no se ha pronunciado sobre la lesión presentada en la membrana himeneal, tesis planteada por el Ministerio Público y la defensa, las razones por las que valida la teoría fiscal sobre el hímen complaciente contradicen las reglas de la sana crítica, además la Guía para la evaluación de víctimas es un parámetro de objetividad aprobado por la Fiscalía de la Nación y refrendada por diversos profesionales aplicables, dado que en el caso se trata de fisonomías, tamaños y medidas promedios vinculadas a una situación especial; existe contradicción en la decisión al concluir que ante la existencia del hímen complaciente no pudo haber desgarró y citar la equimosis encontrada; en cuanto a las razones por las que descalifican lo manifestado por el perito Suarez Torreblanca, tratan sobre las cualidades del perito sin mérito a cuestionar la información dada; **c)** El razonamiento del juzgador implica que al descartarse la teoría defensiva, automáticamente se corrobora la posición fiscal, la premisa hímen complaciente no acredita la tesis fiscal ya que este tipo de hímen no permite ni descartar ni confirmar el acto sexual, la declaración de la agraviada no tiene corroboración por lo que es posible una nueva valoración a efecto de concluir en la degradación del tipo penal al de actos contra el pudor.

SEGUNDO: Fundamentos de la revisión.

§. Competencia del Tribunal Revisor.

2.1. De acuerdo a lo señalado en el artículo 409.1 del Código Procesal Penal, la impugnación confiere al Tribunal competencia para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. La instancia revisora se encuentra vinculada a los fundamentos planteados en el recurso impugnatorio escrito, el mismo que sirve de límite para la revisión de la instancia superior, como ha sido señalado reiteradamente por la Corte Suprema¹ en atención a los principios de congruencia y dispositivo que rigen en materia de impugnación.

§. Del delito y hechos imputados

2.2. Estando al requerimiento de acusación, se imputa al procesado la comisión de los delitos:

"Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

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

(...)

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

¹ Casación N° 215-2011-Arequipa, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, fundamento 6: "El principio de congruencia o conocido también como de correlación, importa un deber exclusivo del juez, por el cual debe expresar los fundamentos de una respuesta coherente en su resolución que dicta, basado en las pretensiones y defensas traducidas en agravios formulados por los justiciables en su recurso impugnativo, y que de esa manera se pueda justificar la decisión arribada en razones diversas a las alegadas por las partes. Este principio tiene una cierta vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al principio acusatorio y al contradictorio. (...)"

R.N. N° 449-2009 Lima, fundamento 4: "(...) [el] principio de congruencia recursal concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión de agravios y la decisión; en atención a ello, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas. (...)"

-112-
Cruz
2016
113

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.*

Y, por el delito:

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

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

(...) 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.

(...) Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.*

2.3. Los hechos imputados en el requerimiento acusatorio, son:

***Respecto del Delito de Actos Contra el Pudor:** Que el imputado Erick Carlos Cruz Peláez es tío materno de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A de 12 años de edad, siendo que el vínculo familiar se encuentra acreditado con la copia del documento de identidad de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A., en el que se establece su fecha de nacimiento 04 de setiembre de 2003 contando con 12 años de edad, quien registra como madre a Fiorella Aicatuero Peláez, verificada la ficha de RENIEC de la madre se tiene que ésta registra como madre a Marina Peláez Quispe, siendo que ésta última es hermana de Hermelinda Norma Peláez Quispe, madre del imputado, además el imputado es estudiante de la Escuela de la Policía Nacional del Perú.

Que, en el año 2013 y cuando la menor agraviada tenía la edad de 9 años el denunciado en el interior del inmueble ubicado en Villa Continental Mz. O lote 04 Cayma, en diversas oportunidades efectuó tocamientos en los senos y vagina de la menor agraviada por debajo de la ropa, conforme lo narra la menor agraviada en la entrevista única en cámara Gesell "me tocaba mis pechos y mi parte genital...por debajo de la ropa", precisando la menor agraviada que la persona que realiza ello es su tío Erick que tiene 22 a 21 años de edad y está en la Escuela de la Policía y vivía a una cuadra más arriba de su casa, que le contó estos hechos a su amiga del colegio de nombre Romina, pero la menor tenía miedo y no sabía cómo contarle los hechos a su madre.

En consecuencia los hechos que se imputan en contra del investigado son: Haber efectuado tocamientos indebidos en los senos y vagina por debajo de la ropa de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A cuando tenía 9 años de edad, en el año 2013, a lo que se adita que el denunciado es tío materno de la menor agraviada, lo que acredita un vínculo familiar con la víctima, situación que merece mayor reproche.

Respecto del delito de Violación Sexual: Que el imputado Erick Carlos Cruz Peláez es tío materno de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A de 12 años de edad, siendo que el vínculo familiar se encuentra acreditado con la copia del documento de identidad de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A., en el que se establece su fecha de nacimiento 04 de setiembre de 2003 a contando con 12 años de edad, quien registra como madre a Fiorella Aicatuero Peláez, verificada la ficha de RENIEC de la madre se tiene que ésta registra como madre a Marina Peláez Quispe, siendo que ésta última es hermana de Hermelinda Norma Peláez Quispe, madre del imputado, además el imputado es estudiante de la Escuela de la Policía Nacional del Perú.

Que, el día 29 de mayo del 2016 al promediar las 22:40 horas aproximadamente el denunciado se apersonó al inmueble ubicado en la Asociación Villa Continental O (prima) lote 04 distrito de Cayma, que resulta ser el domicilio de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A de 12 años de edad, tocando la puerta indicándole a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor, empujando a la menor agraviada a la cama y le tapó la boca echándose encima de la menor bajándole su pantalón e introduciendo su pene dentro de su vagina, siendo que la menor trataba de patearlo para defenderse, oportunidad en la que ingreso el menor de nombre Geancarlos Aicatuero quien ha referido en su declaración de folios 11 "...ingrese al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas es así que vi a mi primo - el denunciado -

encima de la menor agraviada abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movía encima de ella...luego le grite que estás haciendo.... Siendo que el denunciado se paró y su correa estaba suelta y el broche del pantalón abierta la menor tenía un pantalón color blanco abajo hacia la cadera...." Asimismo la abuela de la menor agraviada Marina Emérita Pelaez Quispe, en su declaración de folios 08 precisa " que su hijo menor subió y luego ella al entrar al cuarto escuchó que su hijo le decía a Erik "que le has hecho" siendo que la menor agraviada estaba parada llorando y le dijo mamita mamita me ha manoseado me ha violado indicando que le había tapado la boca, observando que el broche del pantalón estaba abierto y su correa diciéndole que lo denunciaría, siendo que el denunciado decía que no y hubo forcejeo escapando el denunciado...." por lo que se constituyeron a la comisaría del sector para efectuar la denuncia, practicado el examen de integridad sexual de la menor agraviada se concluye presenta " himen complaciente, lesiones genitales recientes - equimosis de 0.2 x 0.2 cm en borde libre de la membrana himeneal a horas VII, erosión superficial de 0.3 cm de orquilla posterior, no registra signos de actos contra natura, se toma muestra de contenido vaginal" conforme el Certificado Médico Legal Nro. 13466 -IS de fs. 03, hechos que se corroboran además con la declaración única en cámara Geesell de la menor agraviada en la que refiere "he venido por la violación del día domingo que cuando se quedó en su casa vino su tío no sé cómo ingreso me dijo que mi mamá le había enviado y le había dicho que llevara un biberón y una frazada y me empujó a la cama y abuso de mí, me agarro fuerte, me tapó la boca me empujó a la cama me bajó el pantalón su parte puso en mi parte no podía hacer nada estaba pateando vino mi abuela y mi tío tiene 22 a 21 años se llama Ery (sic) está en la escuela de la Policía y vive una cuadra más arriba de su casaque su tío Giancarlo fue el que vio cuando estaba abusando de mí.... Tenía su pantalón abajo."

En consecuencia los hechos que se imputan en contra del investigado son: Haber introducido su pene en la vagina de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A. de 12 años de edad ocasionándole lesiones paragenitales a nivel de zona himeneal, empleando violencia al taparle la boca, a lo que se admite que el denunciado es tío materno de la menor agraviada lo que acredita un vínculo familiar con la víctima, situación que merece mayor reproche."

S. Sobre los fundamentos de la Apelación de Erick Carlos Cruz Pelaez

2.4. El apelante insta la revocación de sentencia que lo declara autor de los delitos de actos contra el pudor y violación a la libertad sexual, solicitando la absolución del primero y la recalificación del segundo al delito de actos contra el pudor, consecuentemente la imposición de seis años de pena privativa de la libertad y S/. 2,000.00 soles por concepto de reparación civil. Visto el pedido revisorio y atendiendo a las facultades concedidas a esta instancia superior -supra 2.1-, corresponde absolver los agravios formulados por el apelante.

I. Respecto al delito de Actos contra el pudor.

2.6. El impugnante señala vicios en la valoración efectuada por el tribunal respecto a los criterios de certeza señalados en el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ116, así, denuncia que los mismos no han sido debidamente analizados.

2.6.1. Sobre persistencia en la incriminación.

2.6.1.1. Inicia el recurrente objetando inconsistencias en la declaración de la menor agraviada, objeto que en juicio señaló tocamientos en los pechos mientras que ante al perito Gonzales Chalco le refirió tocamientos en los pechos y la vagina.

2.6.1.2. La observación planteada resulta correcta, la menor agraviada, en juicio, omitió indicar tocamientos en su área genital por el acusado, pues señaló: "Ministerio Público: ¿Qué paso antes? Agraviada: me tocaba en mis pechos debajo de mi ropa. Ministerio Público: ¿cuántos años tenías? Agraviada: 9 años. Ministerio Público: ¿Te tocaba otra parte de tu cuerpo? Agraviada: No" (revisese: audiencia del 2 de marzo del 2017, minuto 35.10). Siendo que, el psicólogo Gonzales Chalco, quien realizó la evaluación psicológica a la menor, en audiencia explicó que el relato de agraviada comprendía tocamientos en sus pechos y vagina.

2.6.1.3. Visto ello, la última declaración de la víctima no comprende todos los actos que inicialmente se habrían detallado, sin embargo debemos recordar que dada las características especiales de este tipo de ilícitos en los que se trata de menores de edad que sufren agresiones sexuales, debe tenerse un criterio flexible al momento de analizar la persistencia en el relato que

M4
CICOR
COP

prestan²; significando un mayor esfuerzo en verificar la presencia de los demás criterios de certeza (verosimilitud e incredibilidad subjetiva) y con esto superar las observaciones advertidas.

2.6.2. Sobre la Verosimilitud³.

2.6.2.1. Protesta el impugnante que no existe corroboración periférica, no se ha acreditado que la menor haya relatado el hecho a su amiga "Romina", valorándose en su lugar las declaraciones de Fiorella Peláez y Lizardo Sullá Montes (padres de la agraviada), omitiendo las contradicciones advertidas en éstas; y, en cuanto a lo referido por el perito psicólogo Juan Carlos Gonzales Chalco, no se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario Nro. 4-2015/CJ-116, además de la contradicción advertida en el numeral que antecede.

a) En cuanto a lo primero, no hay mayor precisión que realizar, no se actuó en juicio (ni se recopiló en la etapa de investigación), la declaración de la menor llamada "Romina", únicamente se introdujo a través de la declaración de la agraviada su existencia, más no obra otro dato que lo corrobore, consecuentemente este hecho no ha merecido probanza.

b) Respecto a las declaraciones prestadas por Fiorella Peláez y Lizardo Sullá Montes, padres de la menor agraviada, es correcto indicar que ambas declaraciones no funcionan como corroboraciones periféricas del hecho objeto de imputación (tocamientos en agravio de la menor J.J.S.A.), pues ambos son testigos de referencia, relatan aquello que ha sido señalado por su hija, la menor agraviada, no puede argumentarse que estas declaraciones corroboran la versión de esta última, en tanto, como disciplina el artículo 166.2 del Código Procesal Penal, es necesaria la corroboración con elementos de convicción **externos** a ambos órganos de prueba.

La falencia alcanza al Ministerio Público, quien debió enfocar la extracción de información (atendiendo a la clandestinidad del hecho y lejanía temporal), respecto a la existencia de indicios que rebelen la comisión del delito, ya sea la presencia del acusado en la ciudad; las visitas continuas al domicilio en el que habita la menor agraviada, ocurrido en el tiempo de los hechos denunciados; el acceso a la menor a solas; comportamiento de esta última que denoten afectación emocional; u otros, logrando fortalecer la teoría acusadora.

Contrario a esto último, se ha extraído de la testigo Fiorella Peláez (madre de la agraviada) que el acusado no frecuentaba constantemente la vivienda en la que habitaba la menor, desconociéndose si realmente pudo estar presente en el domicilio de la víctima en el año 20, periodo en el que habrían ocurrido los hechos. Así tampoco, se ha extraído de Lizardo Sullá Montes, mayor información que aporte a la teoría fiscal, más que lo narrado por su hija y la madre de ésta.

c) Sobre la valoración efectuada a la declaración del psicólogo Juan Carlos Gonzales Chalco, el referido perito ha evaluado a la menor respecto a los sucesos vividos, tanto los ocurridos en el año 2013 y mayo del 2016, denotando afectación emocional, las consecuencias de este deterioro (contra el que no hay objeción), no resultan precisas en cuanto se traten de los hechos ocurridos en el 2013, considerando que la evaluación tiene preeminencia respecto al último suceso.

2.6.2.2. Expuesto de este modo, el razonamiento del colegiado respecto a la corroboración de la declaración de la agraviada no encuentra sustento en la apreciación de la prueba, se trata pues de una declaración huérfana de verosimilitud.

2.6.2.3. Debe tenerse presente que si bien estos ilícitos presentan una dificultad en cuanto a su probanza (único testigo, denuncia y hechos distan en tiempo, no hay huella física del delito y otros), es deber del órgano acusador introducir prueba suficiente para probar su teoría y con ello lograr el convencimiento del juzgador respecto a la ocurrencia del hecho objeto de acusación.

2.6.3. Sobre ausencia de incredibilidad Subjetiva.

² Así considerado en el Acuerdo Plenario 01-2011/CJ-116.

³ Verosimilitud: "... no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria."

115-
CIVIL
Qu

11

2.6.3.1. Por último, se cuestiona que la menor abriga resentimiento contra el inculpado dado el hecho ocurrido el 26 de mayo del 2016, lo que ha motivado denuncie hechos anteriores.

Sobre esto, de acuerdo al fáctico fiscal y conforme ha detallado la víctima, a partir de haberse descubierto al inculpado realizándole actos contrarios a la indemnidad sexual, por terceros (familia de ambos), es que decide relatar sucesos anteriores de tocamientos en su agravo (a sus padres y perito psicólogo). Dadas estas circunstancias particulares no podría concluirse la existencia de razones espurias que motiven a la menor, notoriamente el segundo suceso, mucho más grave (violación sexual) rebelará un sentimiento de rechazo de la menor hacia su agresor, el que para el caso en concreto no resulta suficiente. Por lo que sus objeciones no son de recibo.

2.7. En este sentido, y al amparo de las garantías de certeza contenidas en el Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/C-116, no se ha logrado acreditar la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que doten de aptitud probatoria a la declaración incriminante de la víctima, debido a que la prueba no ha introducido información que aporte a la acusación fiscal, es decir que situó al procesado dentro de la vivienda en el tiempo indicado por la víctima, la posibilidad de acceso y que haya efectuado tocamientos en sus pechos y vagina.

Estando a que la acreditación de imputaciones en contra de un ciudadano, debe hacerse acopiando suficientes elementos de prueba idóneos que acrediten los cargos que se imputan en su contra y no produciéndose ello en el presente caso, sólo corresponde revocar la decisión alzada en este extremo declarándose la absolución del encausado por el delito de actos contra el pudor.

I. Respecto al delito de Violación a la Libertad Sexual.

2.8. Respecto a este extremo de la decisión, incoa el apelante la revocación del fallo que declara su responsabilidad penal por el delito de Violación a la Libertad Sexual, en su lugar, acepta los hechos bajo la figura del delito de actos contra el pudor, solicitando 6 años de pena privativa de la libertad y la imposición de S/. 2,000.00 (dos mil con 00/100 soles). Planteada así la pretensión corresponde verificar los agravios formulados para tal efecto.

2.8.1. Ausencia de corroboración objetiva a la resistencia prestada por la agraviada.

2.8.1.1. Se alude en el pedido revisorio que la supuesta resistencia señalada por la agraviada, esto es, que se le haya tapado la boca con el antebrazo, no tiene corroboración objetiva, no se observa lesión en el Certificado Médico Legal que se le ha practicado.

2.8.1.2. De acuerdo a lo ya expresado por la Corte Suprema, no es un requisito *sine qua non* la presencia de lesiones en la víctima, pues, basta que la fuerza sea aplicada de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, a ello debe considerarse además la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

En el caso bajo revisión, la presencia de lesiones invocadas por el impugnante debe ser evaluadas bajo el contexto en el que se han imputado los hechos en la acusación fiscal:

"el denunciado se apersonó al inmueble (...) de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A de 12 años de edad, tocando la puerta indicándole a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor, empujando a la menor agraviada a la cama y le tapó la boca echándose encima de la menor bajándole su pantalón e introduciendo su pene dentro de su vagina, siendo que la menor trataba de patearlo para defenderse, oportunidad en la que ingreso el menor de nombre Geancarlos Aicatuero .."

2.8.1.3. Para el caso, no se imputan la existencia de lesión en contra de la agraviada, teniendo en cuenta que el episodio duró escaso tiempo, dificultando con esto aún más la presencia de huellas en la menor.

El agravio relativo a la falta de prueba de lesiones que corroboren el hecho no encuentra mayor aval, además, si se tiene en consideración que el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual el que no exige violencia contra la víctima.

2.8.2. Corroboraciones objetivas sobre la penetración.

He
de
1

2.8.2.1. El apelante expone que no se ha emitido pronunciamiento respecto a: la equimosis ubicada en el borde libre de membrana himeneal y erosión superficial de orquilla superior, exhibida por la teoría fiscal como lesiones ocasionadas por la penetración y expuesta por la defensa como petequias cuyo origen se debe a varios factores; lo mismo ocurre al valorar la existencia o no del himen complaciente descrito así por la perito oficial dada la evaluación física efectuada y, por otro lado, lo referido por el perito de parte Suarez Torreblanca, quien refiere que dadas las dimensiones descritas en el Reconocimiento médico legal, el himen no es complaciente al ser mediano conforme la Guía Médico Legal de Evaluación física de integridad sexual.

2.8.2.2. Ciertamente la evaluación efectuada por el colegiado *a quo* no ha sido exhaustiva, en cuanto a la información aportada por los peritajes oficial y de parte; sin embargo, ello no impide que este colegiado pronunciarse sobre el fondo.

2.8.2.3. De acuerdo a la exposición dada por ambos expertos, no logra colegirse la consumación del delito (penetración), en efecto, a partir de las exposiciones efectuadas encontramos al menos dos escenarios:

a. Sobre las lesiones en el borde himeneal; primero, que éstas hayan sido producidas por el miembro viril del agresor, y, segundo, las lesiones, son petequias (0.2 cm) cuyo origen es diverso (dado su morfología) y, además que en el caso de las erosiones, podrían corresponder a los actos de manipulación efectuados por la tía de la menor.

b. Sobre la penetración: el primero, la consumación del delito sin desgarramiento himeneal, explicable a partir de la presencia de himen complaciente en la menor; y el segundo, de no consumación amparado en que el diámetro himeneal registrado no es compatible con el de himen complaciente, debiendo presentar desgarramientos conforme indica la Guía Médico Legal.

2.8.2.4. A esto se agrega que en autos no se llegó a realizar debate pericial que pudiera dilucidar a los juzgadores a efecto de poder despejar tal incertidumbre.

2.8.2.5. En dicho contexto la hipótesis acusatoria no ha logrado superar la lógica falsacionista a la que en tanto explicación de lo sucedido, debe someterse y pasar con éxito, esto es, eliminando o refutando cualquier otra posible explicación no inculpativa de esos mismos hechos. Por tanto la consumación del hecho.

2.9. De la probanza del delito en grado de tentativa.

2.9.1. Sin perjuicio de lo anterior, obra información respecto al intento de tener acceso carnal con la menor agraviada por el acusado. Así, se encuentra:

a. La declaración de la menor agraviada quien ha referido que el inculpado, empujándola a la cama, le quitó su pantalón y ropa interior, echándose sobre ella, tapándole la boca, abrió sus piernas con el peso de su cuerpo, sintiendo que la penetraba.

b. En esta posición ha sido visto el inculpado por el menor Gian Carlo Aycaturo Peláez, refiriendo en juicio haber encontrado al procesado echado sobre la agraviada, quien tenía las piernas para arriba y era silenciada con el antebrazo de su agresor moviendo su cuerpo sobre ésta, el que al verse descubierto por el cuestionamiento del testigo (¿Erick qué le haces?) se levantó de encima del cuerpo de la menor, notando el testigo que tenía el pantalón desabotonado y la correa suelta. Además señaló ver a la menor alterada o asustada exteriorizando haber sido agredida sexualmente (tocamientos y violación sexual) por parte de Erick Carlos Cruz Peláez.

c. De estos hechos, ha detallado el perito psicólogo Juan Carlos Gonzales Chalco, quien ha detallado los resultados de la evaluación psicológica (Examen N° 013573-2016-PSC) practicada a la menor, concluyendo en la afectación emocional que sufría al recordar los incidentes objeto de proceso, denotando rechazo, indignación y odio a su agresor.

d. Además, si bien no ha sido considerado en la resolución alzada, se ha acordado como convención probatoria las conclusiones arribadas en el Examen de Biología Forense N° 559/2016, practicado sobre la prenda íntima de la menor (trusa), en el que se encontró líquido prostático sin presencia de espermatozoides.



*117-
Sección
111/11*

2.9.2. Tales medios de prueba –que no han sido objeto de cuestionamiento– calzan dentro de la descripción típica del Violación a la libertad sexual, ilícito imputado, pero en grado de tentativa.

La voluntad del agente (también desarrollada en la resolución objeto de alzada –véase considerando 3.5.2– que no ha sido objeto de revisión) dada las circunstancias en las cuales fueron encontrados la menor y su agresor, es decir, **(i)** éste con el pantalón desabotonado y sujeta la correa, **(ii)** sobre la agraviada, **(iii)** quien tenía el pantalón y ropa interior abajo, **(iv)** en posición de piernas levantadas mientras él procesado se encontraba encima suyo meneando su cuerpo y tapándole la boca, **(v)** el estado emocional posterior (llanto) y **(vi)** el hallazgo de liquido prostático en su trusa, advierten del intento de este de someter sexualmente a la víctima, ya el desnudar a la menor del área genital, exponer su miembro viril solo denotan la intención de accederla sexualmente.

Si bien la menor indicó haber sentido dolor y ser penetrada por el miembro viril del procesado, este hecho no ha logrado probanza, más si los hechos anteriormente anotados.

2.9.3. En tal sentido, no logrando alcanzar el grado de certeza respecto a la consumación del hecho, más si a la tentativa del mismo, corresponde declarar la responsabilidad penal del delito tentado, debiendo así ser considerado.

La adecuación jurídica se realiza atendiendo a la acreditación de hechos producido en el juzgamiento, la decisión no se desvincula de la acusación, la calificación jurídica de los fácticos se mantiene: violación a la libertad sexual de menor de edad –artículo 173.2 del Código Penal–, lo que varía es el grado de consumación, que, como se analizará a posterior, resulta más favorable al reo.

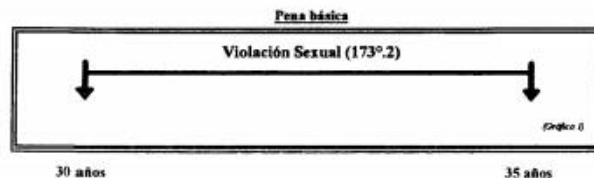
2.10. Una de estas consecuencias está en relación a la reforma de la pena impuesta, pues corresponde dosificarla considerando el grado de consumación del delito.

2.11. Sobre la pena a imponer.

2.11.1. Primer paso: Ubicación de la pena básica.

a. Este constituye el primer nivel para la determinación judicial de la pena, a través de ella el Juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final.

En el caso de autos se tiene que para el delito imputado de violación sexual de menor de catorce años de edad, previsto en el artículo 173.2 del Código Penal (al haberse declarado por el colegiado de primera instancia que no se configura el agravante del último párrafo –extremo no impugnado–), la ley prevé que la pena básica tendrá como límite inicial o mínimo treinta años y un límite final o máximo de treinta y cinco años.



b. Conforme al desarrollo anterior, en el caso se presenta una circunstancia cualificada atenuante: la tentativa. La previsión normativa establecida en el artículo 16 del Código Penal, invita al juzgador a reducir la pena prudencialmente.

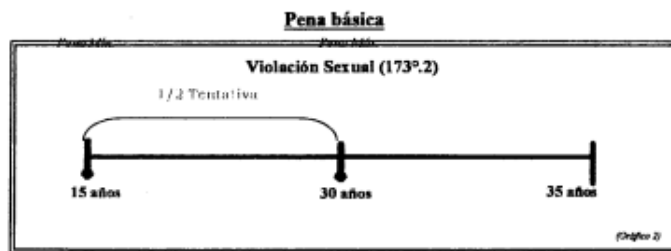
En el caso objeto de juzgamiento ha quedado establecido que el delito no ha sido cometido en grado consumado, sino tentado; por tanto, supone un menor desvalor de acción y también de resultado, en una comisión ilícita perpetrada por quien tenía tan solo 22 años, 8 meses y 11 días, enlutando, asimismo, a su propio grupo familiar, quien es familiar de quinto grado con la

- At
 06
 01

menor agravada: es su tío. Ante tales circunstancias, la Sala advierte que, para ser coherentes con los principios de legalidad, lesividad⁴, culpabilidad y proporcionalidad, en el caso concreto procede la reducción de la pena en una mitad por debajo del mínimo legal.

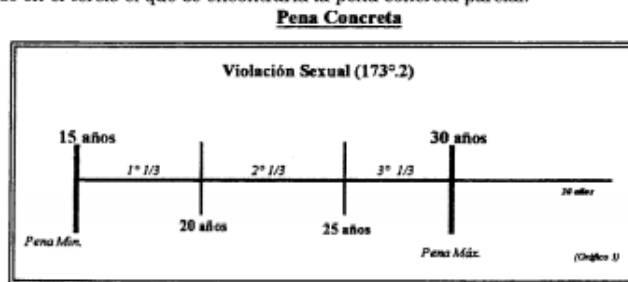
En dicho sentido, el nuevo mínimo es 15 años de pena privativa de la libertad.

Bajo esta descripción, la pena concreta debe definirse dentro de un nuevo espacio de individualización o determinación de pena.



2.11.2. Segundo paso: Aplicación de la Teoría de los Tercios – Ubicación de tercios.

a. Identificada la pena básica – marco punitivo, se aplica la Teoría de los tercios, es decir, que identificado el espacio punitivo para el delito, este se divide en tres partes, determinándose la pena concreta aplicable evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, ubicándose en el tercio el que se encontraría la pena concreta parcial.



En el caso, existen sólo circunstancias comunes genéricas atenuantes, la pena concreta se encontraría en el primer tercio de la pena abstracta.

2.11.3. Tercer Paso: Ubicación de la pena concreta parcial – Aplicación concreta de las atenuantes genéricas.

a. Conforme a lo prescrito en el artículo 45° y 46° del Código Penal corresponde analizar las circunstancias genéricas con el fin de determinar la pena concreta. En el caso, el acusado solo cuenta con un atenuante: **(I)** no contar con antecedentes penales.

b. Entonces, la pena deberá fijarse en el extremo mínimo de la pena, esto es **quince años**.

⁴ "En lo referente a la tentativa, la norma es clara en señalar que se presenta cuando "el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Jue: reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena" –artículo dieciséis del Código Penal-. (...) En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea –imposible consumación del delito, ya sea por ineficacia del medio empleado o por la impropiedad del objeto sobre el que recae la acción- no es punible." Sala Penal Permanente. Casación 014-2009 La Libertad.

2.12. Sobre la reparación civil.

2.12.1. Por el delito de actos contra el pudor acusado

No habiéndose acreditado los hechos que constituyen ilicitud civil del acto contra el pudor acusado, esto es la existencia de daños referidos a los tocamientos indebidos, no puede fijarse indemnización de daños.

2.12.2. Por el delito de violación de la libertad sexual consumado en agravio de menor

a) El recurso de impugnación se limitó a señalar –sin fundamento– un monto puntual en calidad de reparación civil como consecuencia del daño causado con la comisión de un delito de actos contra el pudor; sin embargo, el juicio de culpabilidad anteriormente efectuado ha llevado a esta Sala a la conclusión de la comisión del delito de violación de la libertad sexual en grado de tentativa.

b) No han sido protestados agravios con respecto a este tópico particular y, por ello, no es posible ingresar al fondo del asunto, pues así lo impide el artículo 405°.1.c) del Código Procesal Penal, en cuanto exige como *formalidad* del recurso que el mismo

“(…) precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen (…).”

c) En tal sentido, no cabe emitir pronunciamiento.

TERCERO. Costas.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 497.3 del Código Procesal Penal, el órgano jurisdiccional debe pronunciarse motivadamente sobre las costas del proceso. El sentenciado queda exonerado del pago de costas por razones atendibles al debate, más aún que su pedido se ampara parcialmente.

1. DECLARAMOS

1.1. FUNDADO en parte el recurso de apelación presentado por la defensa Erick Carlos Cruz Peleas, obrante a fojas 75.

1.2. REVOCAMOS la Sentencia S/N-2017, del 12 de abril de 2017, en el extremo declara a Erick Carlos Cruz Peláez **autor** el delito de Actos Contra el Pudor, por el numeral 2 del artículo 176-A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A. imponiéndole **seis años** de pena privativa de libertad efectiva; y el pago de **reparación civil** por la suma de S/. 2,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A.

REFORMÁNDOLA declaramos a Erick Carlos Cruz Peláez **absuelto** del delito de Actos Contra el Pudor, previsto en el numeral 2 del artículo 176 A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., así como **INFUNDADO** el pago de la reparación civil.

DISPONEMOS la anulación de los antecedentes judiciales que se hayan generado por el delito de Actos Contra el Pudor.

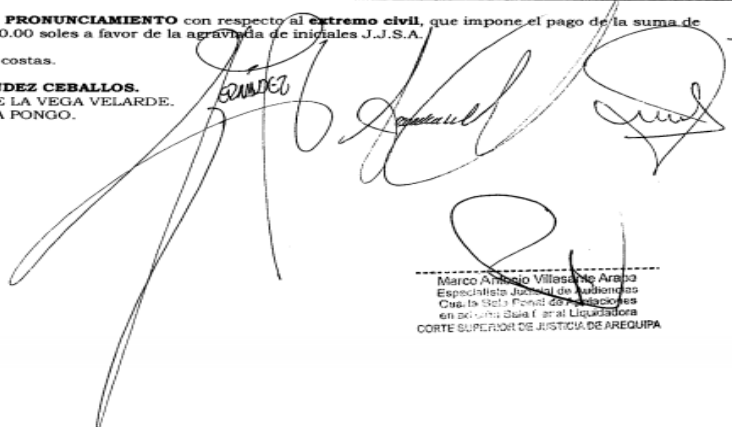
1.3. REVOCAMOS la Sentencia S/N-2017, del 12 de abril de 2017, en el extremo que declara a Erick Carlos Cruz Peláez autor por el delito de Violación Sexual de Menor previsto en el artículo 173.2° del Código Penal, y le impone la pena de **treinta años privativa de la libertad efectiva.**

REFORMÁNDOLA, declaramos a Erick Carlos Cruz Peláez autor del delito de Violación Sexual, **en grado de tentativa**, previsto en la concordancia de los artículos 16° y 173.2° del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A, imponiéndole **quince años** de pena privativa de la libertad, que se computará desde el día que se encontró privado de su libertad, eso es, el 7 de junio de 2016, cumpliéndose el 6 de junio 2031.

1.4. SIN PRONUNCIAMIENTO con respecto al extremo civil, que impone el pago de la suma de S/. 8,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A.

1.5. Sin costas.

FERNÁNDEZ CEBALLOS.
LAZO DE LA VEGA VELARDE.
ISCARRA PONGO.



Marco Antonio Villasante Araya
Especialista Judicial de Audiencias
Cuarto Sala Penal de Apelaciones
en adición Sala Penal Liquidadora
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

ii. La casación en el Perú: un nuevo recurso:

El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema, tal como lo establece el artículo 141 de la Constitución Política del Estado. Tiene efecto devolutivo, por cuanto su conocimiento es de cargo del órgano superior del que dictó la providencia jurisdiccional cuestionada.

Es un recurso que posibilita a la Sala Casatoria ejercer control normativo respecto a lo resuelto por las instancias de mérito, control normativo referido tanto a las disposiciones de naturaleza sustantiva como a las de naturaleza procesal. Y es un recurso que no genera instancia y por ende no otorga función de revaloración probatoria a dicho Colegiado, quien resuelve en función a la base fáctica establecida por las instancias de mérito.

Nieva Fenoll, señala al respecto: “A nuestro juicio, el hecho de no poder discutir sobre los hechos en la casación, configura decisivamente la naturaleza extraordinaria del recurso. Limita

la cognición del órgano jurisdiccional a través del recurso, y ello es lo fundamental para la consideración de su naturaleza”

En el presente proceso:

03 AGO 2017
Expediente : 4222-2016-92
Imputado : ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ
Sumilla : Casación

W
12

SEÑOR PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA

ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ, sentenciado por el delito contra la libertad sexual en grado de tentativa, en agravio de JJSA, atentamente me presento y digo:

Que, al haberse notificado con la sentencia de vista Nro. 55-2017, al no encontrarme conforme, dentro del palazo interpongo recuso impugnatorio de Casación, en base a lo siguiente:

I. PETITORIO.-

Interpongo CASACIÓN en contra de la SENTENCIA DE VISTA NRO. 55-2017 del 14 de julio del 2017, EN EL EXTREMO QUE DECLARÓ FUNDADA EN PARTE LA APELACIÓN formulada por la defensa técnica del Sentenciado **ERICK CARLOS CRUZ PELAEZ**, y que declara como autor del delito de violación sexual en grado de tentativa y se impone 15 años de pena privativa de libertad, a efecto de que se Revoque en el extremo de la pena, reformándola se imponga una pena inferior en aplicación de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, donde además deberá hacerse nueva determinación de la pena concreta, conforme a los artículos 45A, N°3.

DE LOS ANTECEDENTES:

Se apertura investigación por una denuncia de hechos ocurridos el 29 de mayo del 2016 al promediar las H. 22:40.

Se denuncia violación sexual a menor de 14 años

La fiscalía a calificado estos hechos como delito de violación sexual previsto en el art. 173 N2 y último párrafo del .P. y también por actos contra el pudor, por hechos del año 2013.

La fiscalía solicito mediante acusación el 29 de diciembre del año 2016 en conjunto una pena de cadena perpetua.

De La Sentencia De Primera Instancia

Con
Vinticuatro
125

Por mayoría se declaró autor del delito de violación sexual y como tal se le impuso 30 años de pena privativa de libertad y se le obliga al pago por concepto de reparación civil a la suma de ocho mil soles.

También por unanimidad se le declara autor del delito de actos contra el pudor, se impone 6 años de pena privativa de libertad y se obliga al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Impuesta la pena de 35 años, el sentenciado interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia y se declare infundado el pago de reparación civil, licitando además se absuelva del delito de actos contra el pudor del año 2013 y en recalificación del delito de violación se le condene por el delito de actos contra el pudor y se le imponga la pena de 6 años.

DE LA SENTENCIA DE VISTA 55-2017:

Cuestionamiento a la determinación de la pena del delito de violación en grado de tentativa del N° 2.9 y siguientes:

N°2.11.1.b. conforme al desarrollo anterior en el caso se presenta una circunstancia cualificante atenuante: la tentativa la previsión normativa establecida en el art. 16 CP invita al juzgador a reducir la pena prudencialmente.

En el caso objeto de juzgamiento a quedado establecido que el delito no ha quedado consumado sino tentado, por tanto, supone un menor desvalor de acción y también de resultado en una comisión ilícita perpetrada por quien tenía tan solo 22 años, ocho meses y once días enlutando así mismo, a su propio grupo familiar quien es familiar de quinto grado con la menor agraviada y en aplicación de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad procede la reducción de la pena en una mitad por debajo de la legal.

Se establece el nuevo minio en quince años.

El nuevo marco punitivo la sala penal la ubica dentro de los quince años como minio y los treinta años como máximo.

Fija la pena en 15 años es decir dentro del primer tercio y al no contar con antecedentes penales.

II. PROCEDENCIA.

La presente casación se interpone de conformidad art. 427 inc. 1 del CPP contra la sentencia de vista 55-2017 que pone fin al proceso y fija la pena privativa de libertad en 15 años, e inciso 2, literal b.

126

III. CAUSAL.

Respecto del Numeral 2.11.1, literal b.

- La sentencia de vista incurre en un error al considerar a la tentativa prevista en el art. 16 como una circunstancia cualificada atenuante, ello porque por principio de legalidad el artículo 45AN°3 taxativamente establece como circunstancia atenuante privilegiadas o circunstancia agravantes cualificadas, en este sentido en la sentencia de vista incurre en la causal del art. 429 numeral 1; es decir que la sentencia se haya emitido con inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material y además con una indebida o errónea garantías, por lo siguiente:

El art. 2 numeral 24 literal d de la constitución establece el principio de legalidad que también es previsto en el ordenamiento penal y procesal penal art. II, esto porque si el CP. En su artículo 45 por principio de legalidad establece las circunstancia atenuante privilegiada no puede la sentencia de vista en aplicación del principio de literalidad darle una nueva denominación a la circunstancia atenuante privilegiada, con ello el principio se inobserva las garantías del debido proceso y por otro lado se incurre en una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, porque al establecerse que la tentativa es una circunstancia atenuante privilegiada (según ley) el computo de la pena se hace mediante otra determinación.

El art. 45-A numeral 3 literal a expresamente contempla: "tratándose de circunstancia atenuantes privilegiada la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, esta norma nos remite directamente al establecido en el art. 3 del título preliminar el CP que tiene como precedente el art. 139 inciso 9 de la constitución, siendo esto así la pena que se debe establecer mediante un nuevo marco punitivo debe contener el mínimo de 30 años como máximo y nuevo mínimo según el art. 29 del CP dos días; es decir que el nuevo marco ahora se encuentra regulado por principio de legalidad en mínimo en 2 días y el máximo en 30 años. Luego de haber establecido este nuevo marco se procede a la división por tercios; es decir de dos días a 10 años, de 10 años a 20 años y de 2 Años a 30 años.

Para la determinación de la pena en concreta al existir solo atenuantes genéricas como es la carencia de antecedentes nos ubicamos en primer tercio de dos días a 10 años, es aquí donde deberá evaluarse la mayor o menor cantidad de circunstancias atenuantes genéricas, por ello el solo hecho de la presencia de la carencia de antecedentes la pena será inferior a los 10 años.

VVVV
127

En aplicación de los principios de legalidad, lesibidad, culpabilidad y especialmente proporcionalidad tratándose de una persona de tan solo 22 años ocho meses y once días, atendiendo a este principio debe tenerse en consideración la magnitud y dimensión del daño al bien jurídico protegido, valiéndose de los datos de la realidad como es el caso de autos las cualidades del sujeto que en el caso de autos como se ha expresado en la sentencia de vista se trata de una persona muy joven que por su poca destreza y experiencia le ha tocado vivir y por tanto afrontar una sanción que no guarda proporcionalidad con el daño y por tanto con la sanción impuesta.

Además de lo antes señalado la sentencia de vista tampoco ha tenido en consideración que el sentenciado desde los actos de investigación, así como lo vertido en juicio a confesado la producción de los hechos lo cual ha guardado coherencia y por tanto congruencia con lo establecido en juicio y por tanto reúne los elementos y requisitos de la confesión sincera prevista en el art. 160 numeral 1 y 2, literal A, B, C y D; sin embargo eso tampoco se ha tenido en consideración para efectos de la graduación de la pena, sumado a ello correspondería el beneficio premial de la aceptación de cargos que hace el sentenciado.

De la causal del numeral 3 del artículo 429 del CPP.-

La sentencia de vista incurre en una indebida aplicación, una errónea interpretación de la ley penal. Cuando se aplica la sentencia considerando a la tentativa conforme con el art.16 del CP facultando al juzgador a reducir la pena prudencial mente, erróneamente se interpreta o se aplica lo previsto en el art. 45 -A numeral 3 literal a, concordante con el art. III TP.CP. Así como el art. 139 inciso 9 de la constitución, siendo así al haberse establecido un marco diferente al establecido por la ley fijándose como limite el principio de legalidad se interpreta y se aplica erróneamente la ley penal.

27
Cuenta
ventisiete

128

IV. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE PRETENDE art. 430.3 del CPP.

Conforme a la Queja 123-2010 La Libertad, del 16 de mayo del 2011 y el auto de calificación de la Casación 165-2010 Lambayeque, se justifica el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en base a lo siguiente.

Por lo expuesto.-

Sírvase conceder el recurso de casación interpuesto y disponer la elevación de los actuados a la Corte Suprema a efecto de decida si el recurso está bien concedido y se declare fundado en su oportunidad.

OTRO SI: SUCRIBO EL PRESENTE RECURSO AL AMPARO DEL ART 290 DELA LOPJ Y AL SER DESIGNADO COMO ABOGADO DE LINRÉ ELECCION DESDE LA ETAPA DE INVESTIGACION Y ACTUADO EN JUICIO ORAL.

Arequipa, 01 de agosto del 2017.


ABOGADO
CAA 2163

Se resuelve admitir el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Erick Carlos Cruz Peláez contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil diecisiete.

• **RECURSO DE CASACIÓN POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:**



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

DISTRITO FISCAL DE AREQUIPA
TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES

133
ciento
treinta y
34



Expediente: N° 4222-2016-92-0401-JR-PE-01
Imputado: Cruz Pelaez Erick Carlos
Agravado: J.J.S.A.
Delito: Violación sexual de menor de edad
Sumilla: Recurso de casación

SEÑOR JUEZ PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA.-

María Cecilia Estrada Aragón, identificado con DNI N° 29255758, Fiscal Adjunta al Superior Penal encargada de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa, con domicilio procesal en calle La Merced N° 402, segundo piso, Cercado de Arequipa, ante Ud., digo:

I.- PETITORIO:

Habiendo sido notificados el día 18 de julio del 2017, con la sentencia de vista N° 55-2017, de fecha 14 de julio del 2017, recaída en el expediente N° 04222-2016-92-0401-JR-PE-01, y expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; y, considerando haber mérito para ello, interpongo **RECURSO DE CASACION** en contra la citada sentencia, a efecto que en su oportunidad, declarándose fundado el presente recurso, se declare la nulidad de la sentencia de vista recurrida; ello en atención a los siguientes fundamentos:

II. DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y

PROCEDENCIA:

2.1.- En el presente caso, se cumple con lo dispuesto en los incisos 1° y 2° (literal a) del artículo 427° del Código Procesal Penal vigente, en tanto el presente recurso de casación se interpone en contra de una sentencia definitiva, siendo el delito más grave imputado en la acusación fiscal escrita el delito de Violación a la Libertad Sexual de menor de edad, el cual según el artículo 173.2 (en concordancia con el último párrafo del dicho artículo), posee una sanción conminada de cadena perpetua.

2.2.- Por lo demás, la tutela judicial efectiva ha sido negada al Ministerio Público, por lo que resulta perjudicado por la sentencia de vista recurrida en casación, por tanto tiene interés directo en que se declare su nulidad. Asimismo, se considera haber cumplido con todos los demás requisitos que exigen los artículos 405° y 429° del Código Procesal Penal.

III. PUNTOS DE LA DECISIÓN A LOS QUE SE REFIERE LA

IMPUGNACIÓN:

El presente recurso está dirigido a cuestionar el extremo resolutivo de la sentencia de vista recurrida, que declara:

M. Cecilia Estrada Aragón
Fiscal Adjunta al Superior Penal
4FSPA - AREQUIPA



WUPPT
trabaja
WUPPT

135

«Revocar la sentencia S/N-2017, del 12 de abril de 2017, en el extremo de que declara a Erick Carlos Cruz Peláez autor del delito [consumado] de Violación Sexual de menor previsto en el artículo 176.2 del Código Penal, y le impone la pena de treinta años de pena privativa de libertad efectiva, y reformándola declarar a Erick Carlos Peláez autor del delito de Violación Sexual en grado de tentativa, previsto en el 173.2º Código Penal [en concordancia con el artículo 16 del C.P.], en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., imponiéndole quince años de pena privativa de la libertad».

IV. DE LAS CAUSALES INVOCADAS

Las causales invocadas en el presente recurso de casación, son las contenidas en los incisos 4) y 3); del artículo 429º del Código Procesal Penal; es decir, se alega lo siguiente:

- 1.- La sentencia ha sido expedida con falta evidente de motivación.
 - 2.- La sentencia de vista importa una errónea interpretación de la Ley penal.
- Los fundamentos se expondrán a continuación.

V. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE CASACIÓN:

El presente recurso de casación se sustenta en lo siguiente:

MOTIVACIÓN:

1.- LA SENTENCIA HA SIDO EXPEDIDA CON UNA PATENTE FALTA DE

1.1.- Falta de motivación en la valoración probatoria:

a) Según lo establece el artículo 393.2 del NCPP « (...) El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos».

b) Señala el profesor español Ramos Méndez, que la valoración conjunta debería significar la necesidad de que el resultado que arrojan los medios de prueba se valore « (...) poniéndolos en relación uno con otros para deducir en bloque la eficacia de las pruebas practicadas en el juicio».¹

c) Ahora bien, en el presente caso – sin el propósito de requerir una nueva valoración probatoria – debemos precisar que el tribunal de apelación no ha cumplido con realizar esta valoración conjunta de los medios probatorios, lo cual afecta la racionalidad de la motivación contenida en la sentencia de vista.

d) Veamos, la Sala Penal de Apelaciones señala lo siguiente:

¹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. «La valoración de la pruebas» en: «Enjuiciamiento civil, vol.I». José María Bosch Editor, Barcelona. 1997. Pág. 194.

FISCALÍA DE LA NACIÓN
 FISCALÍA ESTRADAJURADICIÓN
 Fiscal Adjunto al Superior Penal
 4FSDA - AREQUIPA



135
Cinco
decenas
menos

136

« (...) de acuerdo a la exposición dada por ambos expertos, no logra colegirse la consumación del delito (penetración), en efecto, a partir de la exposiciones efectuadas encontramos al menos dos escenarios:

a. Sobre las lesiones en el borde himeneal; primero, que éstas hayan sido producidas por el miembro viril del agresor, y, segundo, las lesiones son petequias (02 cm) cuyo origen es diverso (dado su morfologías) y, además que en el caso de las erosiones, podrían corresponder a los actos de manipulación efectuados por la tía de la menor.

b. Sobre la penetración: el primero, la consumación del delito sin desgarramiento himeneal, explicables a partir de la presencia de himen complaciente en la menor; y el segundo, de no consumación amparado en que el diámetro himeneal registrado no es compatible con el de himen complaciente, debiendo respetar desgarramientos conforme indica la Guía Médico Legal.

(...) en dicho contexto la hipótesis acusatoria no ha logrado superar la lógica falsacionista (sic) a la que en tanto explicación de lo sucedido (...) si bien la menor indicó haber sentido dolor y ser penetrada por el miembro viril del procesado, este hecho no ha logrado probanza (...) en tal sentido, no logrando alcanzar el grado de certeza respecto a la consumación del hecho, mas sí a la tentativa del mismo (...) » (sic, considerando 2.8.2.3 a 2.9.3).

e) Al margen del resultado probatorio al que llega la Sala de Apelaciones, nótese como en su razonamiento está ausente una valoración conjunta de todos los demás medios probatorios, así como un análisis de la fiabilidad de los medios de prueba.

f) Veamos, si bien frente a las conclusiones del perito oficial (himen complaciente y lesiones en el borde himeneal consecuencia probable de la introducción violenta del pene) es posible oponerles las conclusiones arribadas por el perito de parte (no existe himen complaciente, las lesiones son producto de otras causas no determinadas); no obstante, debemos señalar que esta exposición individual de un indicio o medio probatorio frente a su correspondiente contra indicio, no es suficiente para enervar la hipótesis inculpativa del Ministerio Público.

g) Es decir, si es que se analiza la prueba de manera conjunta podremos notar que el Ministerio Público no sólo presentó como prueba la pericia médica, sino que además contaba con: i) la declaración sólida y persistentemente inculpativa de la menor que señala fue víctima de penetración por parte del autor, ii) la declaración del menor Gian Carlo Aycaturo Pelaéz, quien indica haber visto al autor «echado sobre la agraviada, quien tenía las piernas para arriba y era silenciada con el antebrazo de su agresor moviendo [meneando] su cuerpo sobre ésta, el que al verse descubierto (...) se levantó de encima del cuerpo de la menor, notando el testigo que tenía el pantalón desabotonado y la correa suelta [tenía el pantalón y la ropa interior abajo]» (considerando 2.9.1.b), iii) El examen de biología forense N. ° 559/2016 que arrojó positivo para líquido prostático.

h) Dicho de otra forma, si se analiza de manera individual las conclusiones de la pericia médica oficial y se la relativiza invocando sólo los resultados





de la pericia de parte, es posible poner en igualdad la tesis acusatoria con la tesis de la defensa para así invocar el principio *in dubio pro reo* a favor del imputado; sin embargo, si a la tesis acusatoria se la analiza en su conjunto, ya no es posible esa misma conclusión. Por lo menos, los jueces debieron cumplir con su obligación de argumentar y motivar el porqué desde una valoración conjunta (es decir, poniendo todos los medios probatorios discutidos en juicio, en relación uno con otros) era correcto negar la eficacia del bloque conjunto de las pruebas practicadas.

1.2.- Falta de motivación en la individualización de la pena:

a) En este extremo, la falta de motivación no sólo es manifiesta y evidente, sino que además absolutamente es trascendente. Veamos, al margen de la errónea idea de que la tentativa es una atenuante privilegiada (conforme lo exponremos más adelante), el problema fundamental de lo resuelto por la Sala de Aplicaciones, es que reduce la pena impuesta al acusado de a quince años (aspecto fundamental de la sentencia de vista recurrida en casación), pero sin argumentar una sola palabra del porqué se escoge como nuevo límite mínimo inferior de la pena legal el de quince años.

b) Queda claro además que invocar de manera genérica los principios de «legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad», no aporta nada relevante en términos de la justificación externa, para la fundamentación del porqué la nueva pena se debe fijar a partir de los quince años.

c) El defecto de motivación es tan patente a partir de una simple lectura de la sentencia de vista recurrida para que su despacho corrobore objetivamente lo que sostiene el Ministerio Público. En tal sentido, no es necesario señalar nada más al respecto, quizá tal vez, sólo el hecho de que el defecto incurrido no puede ser subsanado en casación, pues no existe facultad de la Corte Suprema para individualizar la pena vía este recurso extraordinario, máxime cuando la Sala de Apelaciones no ha expuesto de forma clara y precisa una sola razón que haya puesto al Ministerio Público en posibilidad de cuestionar (por "primera vez") los fundamentos que sostienen el nuevo *quantum* específico considerado en la sentencia de vista recurrida.

2.- LA SENTENCIA IMPORTA UNA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA

LEY PENAL:

2.1.- Indebida interpretación del artículo 16 del Código

Penal:

a) Como ya hemos visto, la Cuarta Sala Superior Penal de Apelaciones de Arequipa, señala que en el presente caso, en cuanto al delito de Violación Sexual, este habría quedado en grado de tentativa, y que por ello: « *en el caso se presenta una circunstancia cualificada atenuante (...) [que] invita al juzgador a reducir la pena prudencialmente (...) ante tales circunstancias, la Sala advierte que, para ser coherentes con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, en el caso concreto la reducción de la penal en un mitad por debajo del mínimo legal. En dicho sentido, el nuevo mínimo es de 15 años de pena privativa de libertad.* (sic, considerando 2.11.1.b)

MARIA CECILIA ESTRADA
Fiscalía Superior Penal
4-FSPA - AREQUIPA



cuarenta y siete

138

b) Ahora bien, al margen del defecto de motivación ya antes señalado y el error conceptual de llamar "cualificada" a una atenuante, este Ministerio Público considera que lo señalado por el tribunal de apelaciones además importa una indebida interpretación de la norma contenida en el artículo 16 del Código Penal peruano. Así, aún en el supuesto negado que el delito no haya alcanzado el grado de consumación, es incorrecto afirmar que esta circunstancia constituya una *atenuante privilegiada* que permita reducir la pena impuesta en primera instancia por debajo de los límites legales (mucho menos reducir en una mitad la pena conminada).

c) Veamos, según el profesor Víctor Prado Saldarriaga, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden clasificarse en atención a un criterio morfológico según la relación que presenten éstas con la pena conminada. Señala el profesor peruano que: « (...) Aquí se ubican las circunstancias cualificadas o privilegiadas, la característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de conminación pena. Es decir, con ellas se modifican los límites legales, mínimos o máximos, de la pena conminada para el delito»². En buena cuenta, para que una circunstancia pueda considerarse privilegiada debe el legislador haber dispuesto como consecuencia de afirmar dicha circunstancia la variación del marco legal punitivo.

d) Como puede apreciarse, según lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal ello no ocurre, pues la norma sólo establece que la obligación del juez es de reducir prudencialmente la pena. Sin embargo, la norma no establece de manera expresa una modificación concreta dentro del cual pueda determinarse el nuevo marco legal, ni siquiera ha señalado - como en otras oportunidades (artículo 21 y 22 del CP) - que la reducción tenga que hacerse por debajo «límites inferiores al mínimo legal».

f) En consecuencia de aceptarse que la tentativa constituye atenuante privilegiada, no existiría un criterio objetivo que permita individualizar el nuevo marco legal de manera cierta y uniforme. Prueba de ello es que frente a la incertidumbre se han propuesto varias soluciones en la práctica judicial:

- Modificar el extremo mínimo y máximo del marco penal abstracto, trasladándolo por debajo del mínimo legal y utilizando un tercio como reducción prudencial.
- Modificar el extremo mínimo y máximo del marco penal abstracto, trasladándolo por debajo del mínimo legal, pero utilizando un medio como reducción prudencial, en atención que la agravante cualificada más grave del Código Penal establece dicha proporción, pretendiendo así un efecto de compensación (criterio el que sin mayor fundamentación se utiliza el presente caso).
- Utilizar como criterios para determinar la pena básica, los marcos legales genéricos establecidos en el artículo 29º del Código Penal.

g) Sin embargo, ninguna de estas soluciones está libre de incorrecciones. Así, si bien las dos primeras soluciones respetan lo dispuesto en el inciso

MARÍA CECILIA ESTRADA ARAGÓN
 Fiscal Adjunto al Superior Penal
 4FSPA - AREQUIPA

² PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. «Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios». Editorial Moreno S.A. (IDEMSA). Lima, 2010. Pág. 141.



cuanto
tentativa y
ochos

139

3, literal a) del artículo 45-A del Código Penal, no obstante otorgan al juez una facultad absoluta a la hora de decidir un nuevo extremo mínimo de la pena sin ningún respaldo legal, subrogando al legislador en sus funciones, circunstancias que el Tribunal Constitucional ha reprochado severamente en la sentencia recaída en el Exp.00008-2012-PI/TC, fundamento 67-70, en donde expresamente señala: « (...) En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el principio de legalidad penal (...) en materia penal, en el caso de decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria propia de este tipo de decisiones. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, prima facie, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando controle leyes penales pues ello afectaría el principio de legalidad penal, al relegar al legislador penal como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas».

MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
Fiscal Adjuvante al Superior Penal
4ª SPA - AREQUIPA

h) En cuanto a la tercera solución propuesta, establecer el extremo mínimo de la pena básica en dos (02) días (siguiendo los marcos genéricos establecidos en el artículo 29 del CP), genera, por su parte, una profunda afectación al principio de proporcionalidad de las penas; a tal punto que tendríamos que aceptar la existencia de un igual extremo mínimo - por ejemplo - tanto para una tentativa de homicidio doloso o Violación de menor de edad, como para una tentativa de hurto o daños. Incluso podría afirmarse, según esta solución, que una tentativa de homicidio doloso, puede terminar poseyendo un mínimo legal mucho menor que el delito de homicidio culposo por inobservancia de reglas técnicas de tránsito. El juzgador no puede contribuir a generar tales problemas de desproporcionalidad, máxime cuando ya nuestro ordenamiento jurídico penal es muy frágil respecto estas circunstancias. Ello incluso ha sido advertido por el profesor García Caveró³, quien haciendo referencia a la STC N° 00010-2002-AI/TC, del 03 de enero del 2003, sostiene que esta forma de interpretación que deja la determinación del marco penal abstracto a las reglas contenidas en el artículo 29° CP, deja un marco muy amplio para la determinación del quantum de la pena al juez, lo cual ha sido expresamente declarado contrario al principio de legalidad de la pena por el máxime interprete de la constitución (Cfr. STC N° 00010-2002-AI/TC, F.J. 205).

i) Otro problema importante es que estas soluciones ensayadas tampoco contemplan la diferenciación punitiva que debe merecer los supuestos de tentativa acabada y los de tentativa inacabada. Actualmente la dogmática penal cuestiona seriamente que ambos tipos de tentativas puedan tener un tratamiento punitivo igualitario debido al distinto desvalor de acción que presenta cada uno de ellos.

l) En resumen, la Sala Superior Penal ha reducido los márgenes punitivos interpretando erróneamente que el artículo 16 del código penal contempla un supuesto de atenuación privilegiada. En consecuencia, ha reducido el extremo mínimo de la pena, sin ninguna motivación o criterio racional que pueda ser amparado legalmente. Por todo ello, proponemos que más bien debe interpretarse que la "reducción prudencial" a la que se refiere el artículo 16 del Código Penal sólo permite cumplir con el mandato de certeza o determinación (contenido esencial del principio de legalidad), siempre y cuando ésta sea entendida como una facultad discrecional que sólo opera luego de fijada la pena abstracta; es decir, es una reducción prudencial que opera

³ Cfr. CARGÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pág. 697



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

DISTRITO FISCAL DE AREQUIPA
TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES

139
ciento treinta y nueve
140

al momento de decidir la pena concreta dentro de los márgenes legales previamente establecidos.

j) Sólo queda precisar que, en el supuesto de que el Supremo tribunal no comparta nuestro criterio, e insista en que sí es posible la reducción de la penal por debajo del límite inferior legal, en todo caso por lo menos se establezca un criterio jurisprudencial vinculante que permita la posibilidad de determinar a ciencia cierta, y sin discrepancias cuál es el nuevo extremo mínimo que corresponde considerar para los casos de tentativa (Una reducción de un tercio, de un medio de la pena, o simplemente fijar el extremo mínimo en dos días). Este despacho fiscal considera que es necesario e ineludible que la Corte Suprema de la República sienta un criterio claro y específico en relación a si la tentativa puede ser considerada como atenuante privilegiada, y de ser así, cuales debería ser el nuevo extremo mínimo, sobre el cual el juez debería partir para fijar la pena.

VII.- EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:

La sentencia de vista recurrida, no sólo afecta el derecho de la sociedad representada por el Ministerio Público de perseguir la comisión de delitos tan graves como la Violación de Menores de Edad, sino que establece criterios erróneos para determinación e individualización de la pena en los casos de tentativa.

POR LO EXPUESTO:

Solicito, que declarándose admitido el presente recurso, en su oportunidad se case la sentencia recurrida, amparándose nuestra pretensión bajo los términos expuestos el petitorio expuesto en el punto 1) del presente escrito.- **Interviene la suscrita en mérito a lo dispuesto en la resolución de presidencia de la Junta de Fiscales Superiores de Arequipa. N. ° 2531-2017-PJFSA-MP-AR.**

Arequipa, 03 de agosto de 2017

MCEA//.



MARÍA CECILIA ESTRADA ARAGON
Fiscal Adjunto al Superior Penal
JFSPA - AREQUIPA

Se resuelve admitir el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil diecisiete.

SENTENCIA DE CASACIÓN:



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1083-2017/151
AREQUIPA

Sumilla. Determinación de la pena en casos de tentativa.

i) La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada. ii) La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registran expresamente la concurrencia de estas para su aplicación. iii) La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS y OÍDOS: los recursos de casación interpuestos por Erick Carlos Cruz Peláez y la representante de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por Erick Carlos Cruz Peláez y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a Cruz Peláez como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Elevada la causa a este Supremo Tribunal, y cumplido con el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad para obrar, se expidió el auto de calificación el diez de noviembre de dos mil diecisiete –cfr. folios cuarenta y uno a cuarenta y nueve del cuaderno de casación–, que



declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos tanto por el ahora sentenciado –para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial– como por la representante del Ministerio Público, por la causa prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal –La sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación–.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

El sentenciado interpuso su recurso de casación alegando la configuración de una errónea interpretación e indebida aplicación de la norma penal, en específico, el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, concordado con el artículo dieciséis de la misma norma, que determinó que se le impusiera una pena mayor a la que correspondería por haberse cometido en grado de tentativa el delito de violación sexual de persona menor de catorce años de edad.

La representante del Ministerio Público alegó la inadecuada motivación de la sentencia de vista, toda vez que el Tribunal Superior no valoró en conjunto todas las pruebas presentadas –valoración aislada de pronunciamientos médicos–, lo que determinó que se concluyera que se trataba de un acto tentado y, en consecuencia, se realizó un análisis de dosificación de pena errado, conllevando a una errónea interpretación al considerar a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada –numeral tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, cuando la norma no lo prevé así.

TERCERO. IMPUTACIÓN

3.1. FÁCTICA

A Erick Carlos Cruz Peláez se le atribuyen dos hechos que configuran tanto el delito de actos contra el pudor como el de violación sexual de menor de edad en agrado de tentativa, en perjuicio de la menor de doce años de edad, de identidad reservada, con las iniciales J. J. S. A. El imputado es tío materno de la menor agraviada y estudiante de la escuela de la Policía Nacional del Perú. Así:

- **Respecto al delito de actos contra el pudor.** En el año dos mil trece, cuando la menor agraviada contaba con nueve años de edad, el imputado, en el interior del inmueble ubicado en Villa Continental, manzana O, distrito de Cayma, lugar en el que residía la menor agraviada, en diversas oportunidades, efectuó tocamientos indebidos en los senos y vagina de la menor por debajo de la ropa, conforme esta lo narra en la entrevista única de cámara Gesell, quien indicó: "Me tocaba mis pechos y mi parte genital por debajo de la ropa". La menor precisó que su tío vivía a una cuadra y media de su domicilio.



- **Respecto al delito de violación sexual.** El veintinueve de mayo de dos mil dieciséis, cuando la menor contaba con doce años de edad, al promediar las veintidós horas con cuarenta minutos, aproximadamente, imputado se personó al inmueble ubicado en la asociación Villa Continental, manzana O, lote cuatro, distrito de Cayma. Tocó la puerta y le indicó a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor. Entonces empujó a la menor agraviada a la cama, tapándole la boca. Se echó encima de ella, le bajó su pantalón e introdujo su pene dentro de la vagina de la agraviada, mientras esta lo pateaba. En esos instantes ingresó el menor Gean Carlos Acatuero, quien indicó: "Ingresé al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas, es así que vi a mi primo encima de la menor agraviada, abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movía encima de ella. Siendo que el denunciado se paró y su correa estaba suelta y el broche del pantalón abierto".

CUARTO. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- La representante del Ministerio Público impugnó únicamente el extremo referido a la variación de la calificación del hecho de un tipo consumado a uno tentado, en la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad. Por tanto, la absolución por la presunta comisión del delito de actos contra el pudor quedó firme. En ese sentido, constituye únicamente el objeto del debate la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad.
- El procesado ha expresado conformidad respecto a los hechos por tentativa de violación sexual. Afirmó que no hubo penetración y, por ello, pretende la reducción de su sanción. Con tal declaración, el ámbito de pronunciamiento se producirá en dos aspectos: i) si fue correcta la recalificación efectuada por la Sala Penal Superior de Arequipa de un delito consumado a uno tentado; y ii) si la pena impuesta por la Sala Superior, se condice con los criterios fijados en la norma para los casos de tentativa.

4.2. RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA

- La declaración del imputado, asimilada en el proceso como un medio de defensa, fija el objeto de debate para diferenciar si el caso es consumado o tentado.
- El artículo ciento setenta y tres del Código Penal es uno cuyo ámbito de protección penal es la indemnidad sexual, entendida como la protección que brinda el Estado a la integridad sexual de las personas menores de catorce años de edad. Es un tipo penal de



64

resultado. No es necesaria la concurrencia de violencia para sancionar el acceso carnal con personas de este grupo etario. La consumación está condicionada al acceso carnal. Por vía vaginal, anal o bucal o la realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías

- Al respecto, son importantes las conclusiones establecidas en el Certificado médico legal número trece mil cuatrocientos sesenta y seis-IS –cfr. folio ciento sesenta y cinco–, efectuado el treinta de mayo de dos mil dieciséis –al día siguientes de los hechos denunciados– oralizado en juicio oral en la sesión del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, que respecto a la menor refiere: i) himen complaciente, ii) lesiones genitales recientes, iii) no presenta signos de acto contra natura y iv) se tomó muestra de introito y contenido vaginal para estudio espermatoológico en el laboratorio de biología forense.
- De las conclusiones mencionadas, la naturaleza de himen complaciente no permite aseverar que hubo una penetración en la cavidad vaginal de la menor. No se aprecia un dato físico objetivo; no es factible ubicar lesiones. Sin embargo, si son importantes las lesiones genitales recientes –vello púbico negro en regular cantidad de distribución ginecoide, orificio himeneal mediano, equimosis violácea de aproximadamente cero punto dos por cero punto dos en borde libre de membrana himeneal a horas VII de esfera himeneal (referencia horaria). Distensible a la maniobra digital. Erosión superficial de aproximadamente cero punto tres centímetros a nivel de orquilla posterior–. A partir de estas conclusiones, durante el debate pericial llevado a cabo en primera instancia –diecisiete de marzo de dos mil diecisiete–, no se pudo corroborar que estas lesiones sean como consecuencia de la penetración que habría padecido la menor, o si son el resultado de la violencia ejercida por la menor agraviada. Si bien la menor aseveró haber sentido dolor y ser penetrada por el miembro viril del procesado, esta proposición no se acreditó suficientemente.
- En estos escenarios resulta importante evaluar el contenido de microorganismos transmitidos como consecuencia de la eventual relación sexual materia de juzgamiento, razón por la que se tomaron muestras de introito y contenido vaginal para el estudio espermatoológico. Efectuada la evaluación mencionada, el Servicio de Biología Forense concluyó que en la muestra extraída y analizada correspondiente a la menor de iniciales J. J. S. A. se determinó que en hisopado de introito vaginal y contenido vaginal no se observaron espermatozoides.

P
D
M
A

k

d



- Complementariamente, se tienen los resultados del examen de biología forense de la menor efectuados a la prenda íntima que esta portaba el día de los hechos, el cual emitió las siguientes conclusiones: i) en la muestra analizada (calzón) no se encontraron restos de sangre, ii) al examen espermatozoides se halló restos de líquido prostático sin presencia de espermatozoides, iii) se evidenció al examen citológico presencia de células superficiales e intermedias del epitelio vaginal, iv) se halló adherido a la prenda un pelo que al análisis tricológico, presentan las características macromicroscópicas descritas en el examen y corresponde a cabellos humano de adulto de sexo masculino y v) no se hallaron otros elementos biológicos de interés criminalístico; conclusiones que permiten aseverar que el resultado típico de penetración o el contacto entre la vagina y el miembro viril del imputado no se produjo; y, con ello, no es amparable con certeza razonable que el resultado antes descrito se hubiera producido.
- Los medios probatorios, como la declaración de la menor, el resultado de la pericia psicológica y el resultado del examen médico, son compatibles cuando menos con el intento de violación, como en efecto reconoció el sentenciado. Por tanto, en este extremo no se configura algún supuesto de indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal y otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; lo que ocasiona la desestimación del recurso propuesto.

4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

- La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.
- La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.
- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: "El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena" Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción,



atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.
- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:
 - o La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
 - o No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto de menor así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consuma el tipo penal de violación.
 - o La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.
- En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:
 - o Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte



especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.

- Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.
 - La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad; en el presente caso, el ingreso del primo menor de la agraviada determinó que el ahora sentenciado no prosiga con su afán de someter sexualmente a la menor.
- A partir de lo mencionado, la propuesta efectuada por el señor abogado del imputado tanto en su recurso como en la audiencia de casación respecto a la creación de un nuevo marco de punibilidad que oscila entre los dos días hasta los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días –referencialmente–, y dentro de tales marcos aplicar la regla de los tercios, no es amparable, dado que se restringe a una mera aplicación mecánica de la norma, sin analizar las exigencias establecidas en el segundo párrafo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal que establece: "Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad". En el presente caso, se juzga el intento de violación de una persona de doce años de



cinco
→ 500

158

edad, quien como consecuencia de la tentativa de sometimiento sexual quedó con una marcada huella psíquica que fue expresada tanto en el Protocolo de pericia psicológica número trece mil quinientos setenta y tres-dos mil dieciséis-PSC, como durante el debate oral de primera instancia, cuyas conclusiones indican que la menor presenta: i) estado de ansiedad y tensión que se relaciona al recordar los incidentes señalados –violación tentada–, y ii) la actitud hacia el presunto agresor es de indignación, odio y rechazo. Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido; tanto más si el delito previsto en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal reprime cualquier afectación vinculada a la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.

En ese sentido, el término disminución prudencial concede al juez la facultad de evaluar las circunstancias concretas del caso, en el que se analicen los efectos generados en el sujeto pasivo con la acción antijurídica desplegada por el sentenciado. Por tanto, tampoco se configura la errónea aplicación del artículo dieciséis del Código Penal, con lo cual se desestima el recurso propuesto por el sentenciado.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON:**

- I. **DECLARAR INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por **Erick Carlos Cruz Peláez** y la representante de la **Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa** contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró **FUNDADO** en parte el recurso de apelación interpuesto por Erick Carlos Cruz Peláez y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvió de la citada imputación; ii) revocaron la



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1083-2017
AREQUIPA**

*cinco
cinco
→ ocho*

159

sentencia de primera instancia que condenó a Cruz Peláez como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

II. **ORDENAR** que se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Archívese. Intervino la señora jueza suprema Chávez Mella por haber sido elegido presidente del Poder Judicial el señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

IASV/WHC0

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

12 0 AGO 2018

CAPITULO V

Apreciaciones finales

1. **Apreciación Personal de la Actuación de las Partes**

En relación a los sujetos procesales y su actuación durante el proceso se llega a la siguiente conclusión:

-Madre de la menor; ha sido la figura principal en relación al proceso, ya que ha velado por la protección y deber de cuidado con su menor hija; su denuncia ha sido importante para esclarecer el delito de “Actos contra el pudor” y “violación sexual“, que afectan a los delitos de libertad sexual. Así también se reconoce que estos delitos no presentan tentativa ya que el solo hecho de realizarlos ya se comete el delito que afecta psicológicamente a una menor de edad.

-Menor de edad- de iniciales (J.J.S.A).; si bien se trata de guardar la identidad en relación a sus datos personales, en ella recalca la mayor complejidad en el caso; ya que tratarla en cuanto a su declaración, es un hecho que la afecta emocionalmente y que necesita de un profesional para salir de un trance de inestabilidad y timidez generada por el acto cometido. En cuanto al proceso, se ha tenido un poco al margen a la menor, siendo representada por su madre en audiencias o su abogado representante.

-Imputado (Erick Cruz Peláez); es el sujeto activo del delito “Actos contra el Pudor” y el delito de “Violación Sexual “, su actuación en el proceso ha sido de ejercer responsabilidad, acudiendo a las citaciones e interrogatorios por parte del Ministerio Público. Ejerce su derecho de defensa no solo en primera instancia, sino que usa el recurso extraordinario de casación en relación a la pena dictada en su contra.

-Ministerio Público; representada por el fiscal encargado, su actuación ha sido favorable en relación a la protección de la menor y su intervención en el proceso. Ha tenido sus excesos en relación a la formulación de Prisión Preventiva al imputado cuando no había suficientes elementos de convicción que pudiera probar una salida del país, o alterar la prueba del delito, etc.

-Juez Unipersonal; ha realizado su actuación de acuerdo a los antecedentes y medios de prueba formulados por las partes, así como la condena impuesta que ha sido cuestionable en tanto que el imputado no presentaba anteriormente antecedentes penales.

2. Apreciación Personal de la Actuación del Órgano Jurisdiccional

Primera Instancia

En cuanto a la opinión que merece la primera instancia, podría merecer que las diligencias se han llevado de acuerdo a los actos procesales penales. La sentencia ha sido consentida en tanto la evaluación de los medios probatorios presentados por las partes, los testigos de la defensa y los estudios de peritaje correspondiente al delio de “Actos contra el Pudor” y “violación sexual a menor de edad. “ Así mismo, en esta instancia el juzgado falla: declarando por mayoría a Erick Cruz Peláez autor de la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual a menor de edad, y por unanimidad lo declaran también autor de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A, imponiéndoles la pena final de treinta y cinco años de pena privativa de libertad efectiva y una reparación civil de S/. 8, 000, soles por concepto de violación sexual y el monto de S/. 2,000 soles por concepto de Actos contra el pudor.

Resolución de Vista

En tanto que la Resolución de Vista, que fue otorgada por la Segunda Sala de Apelaciones, declaro Fundada en parte el recurso de apelación

presentado por la defensa Erick Cruz Peláez, se revoca la sentencia en el extremo declara al imputado autor del delito de actos contra el pudor, en agravio de la menor, imponiéndole seis años de pena privativa de libertad efectiva y el pago de reparación civil por la suma de S/. 2,000.00 soles a favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A., Reformándola declaran Absuelto del delito de Actos contra el pudor previsto en el numeral 2 del artículo 176-A del código penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., así como infundado el pago de reparación civil. Se revoca la sentencia en el extremo que declara a Erick Cruz Peláez autor del delito de violación sexual de menor, reformándola se le impone quince años de pena privativa de libertad.

Casación

En tanto al recurso extraordinario, Acordaron declarar infundados los recursos de casación interpuestos por Erick Cruz Peláez y la representante de la cuarta fiscalía superior de apelaciones de Arequipa, contra la sentencia de vista.

3. Apreciación del Expediente

- **Sobre La Demanda / Denuncia**

En tanto a la denuncia presentada directamente al Ministerio Público se podría decir que:

-Es una denuncia que respeta los parámetros procesales penales peruanos, en relación al deber de cuidado a una menor de edad. A esa denuncia se le adjunta la declaración de la menor, lo cual corrobora lo descrito por la madre de familia.

- **Sobre Los Aspectos Procesales Previos A La Sentencia**

Antes de la sentencia, se podría decir que:

-La actuación de la fiscalía correspondiente al delito ha sido muy bien planteada, en tanto a la Carpeta Fiscal iniciada y a las disposiciones de

formalización tanto para la investigación preliminar como para la formalización de la investigación preparatoria.

-La actuación de los peritos en materia psicológica como medicina legal, han permitido esclarecer el daño que este acto ha perjudicado a la menor.

-Los estudios practicados al imputado han servido para esclarecer el comportamiento sexual que tiene hacia los menores de edad, lo cual acredita la actuación que conllevó al hecho delictivo.

-Las audiencias orales, han permitido enfocar los puntos de vistas, tanto de la parte agraviada como la imputada.

- **Sobre Las Sentencias, Sentencia De Vista Y Casación**

-En la sentencia de primera instancia se observa que el Juez ha tenido que enfocar bien sus criterios en relación a los medios probatorios presentados de las partes. Es así que para dictar una Sentencia ha hecho uso de Doctrina, Acuerdos Plenarios para centrarse en su enfoque final.

-En la sentencia de Vista, lo que hace el Juez de la Sala de Apelaciones es enfocarse en cómo se ha dado el proceso en primera instancia y de acuerdo a lo presentado en ella, se analiza nuevamente y se determina. Es de esta manera que reduce la pena del imputado, al verificar el exceso de la condena por tratarse de una persona que anteriormente no ha tenido Antecedentes Penales.

-En la Casación, si bien la determinación no ha sido favorable para el imputado, lo que analiza es que si el proceso se ha dado de manera que no afecte los Derecho Fundamentales del debido proceso; es por esta razón que no cuestionan las anteriores sentencias en relación al proceso ejecutado.

- **Sobre Los Actores Del Proceso**

De los actores del Proceso se podría decir:

-Ministerio Público; las diligencias han sido las adecuadas teniendo en cuenta de los plazos descritos por ley, así como las formalizaciones

preliminares, preparatorias que aportaron para que se diera a cabo un Juicio Oral.

-Madre de la menor; la persona que con su deber de cuidado de su menor hija pudo agilizar el trámite correspondiente, en tanto a la formulación de la denuncia.

-Imputado; a pesar de los cargos que se le imputaban, colaboró en todo momento con el Ministerio Público, así como la presentación de su defensa a los cargos que le sobrellevaron.

-Juez (Investigación Preparatoria y Unipersonal); han correspondido a los mecanismos legales, esclareciendo el delito que es materia de análisis.

Bibliografía

- Alberto, B. (2002). *Iniciación al procesal penal acusatorio*. lima: Alternativa.
- Asencio Mellado, J. M. (2010). *La regulacion de la prisión preventiva en el codigo procesal penal del Perú*. lima: Instituto de ciencia procesal penal .
- Bajo, M. (2010). *MANUAL DE DERECHO PENAL*,. lima: Juristas editores.
- Bramont Arias, L. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima: san marcos E.I.R.L.
- Bramont-Arias Torres, L. A. (1990). *Manual de Derecho penal*. lima: san marcos .
- Caro Coria, D. (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. lima: PUCP.
- Caro, S. M. (2002). *"Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual"*. lima: griley.
- Castillo Alva, J. (2002). *Tratados de los Delitos Contra la Libertad e inedmnidad sexual*. lima: Gaceta juridica .
- Castillo alva, J. L. (2002). *"Tratado de los delitos contra la Libertad e indemnidad sexual"*. lima Grijley.
- Castillo, J. (2002). *Tratados de los Delitos Contra la Libertad e inedmnidad sexual*. lima: Gaceta juridica.
- Elguera, T. (2005). *Induccion al nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA.
- Florencio, M. M. (195). trujillo: BLG.
- Freyre, A. P. (2011). *Derecho Penal – Parte Especial, T. VI*. lima: Idemsa.
- Garcia, F. (2004). *Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Trujillo: Ediciones legales.
- Mantilla, J. (2003). *Violencia sexual contra las mujeres: la experiencia de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*. Lima: Derecho & sociedad.
- Monge Fernández, A. (2004). *Consideraciones de Dogmática sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su Doctrina Jurisprudencial*. Lima: Revista Peruana de Ciencias Penales.
- Omar, D. s. (2006). *Importancia de la aplicacion de la etapa intermedia en el proceso penal*. lima: Gaceta juridica.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2007). *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*. lima: IDEMSA.
- Peña Cabrera, R. (2002). *Delitos Contra la Libertad e Intangibilidad Sexuales*. Lima: Guerreros.

- Peña Cabrera, R. (2002). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Legales.
- Peña, A. (2007). *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*. lima: IDEMSA.
- Peña, a. (2010). *exegesis del nuevo codigo procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Peña, R. (2002). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Legales.
- Rosina, G. (2016). CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA. *ULADECH*, 123.
- Saavedra, P. (2018). EL PUDOR PÚBLICO. CRÍTICA A SU VIGENCIA Y DAÑOSIDAD SOCIAL. *vox juris*, 2.
- Salinas Siccha, R. (2004). *La etapa intermedia en el codigo procesal penal* . Lima.
- Salinas Siccha, R. (2008). *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal* . lima: juristas editores.
- Salinas, R. (2008). *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal*. lima: juristas editores.
- San Martín, C. (2001). *El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, P. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima, Perú: Idemsa.