

La imprecisión en el tipo penal atenta contra el derecho de defensa

Sumilla. La imprecisión de la imputación, afecta el derecho de defensa del imputado, al no conocer con la exactitud razonada el tipo penal por el cual se le acusa.

Lima, tres de agosto de dos mil quince.

VISTO: el recurso de nulidad formulado por el señor Fiscal Superior Penal de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Junín (folios trescientos siete a trescientos diez), con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de tres de octubre de dos mil trece (folios doscientos ochenta y uno a doscientos noventa y nueve), emitida por la Segunda Sala Penal, de la Corte Superior de Justicia de Junín, que absolvió a don Luis Marcelo Carlos de la Cruz del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, en perjuicio de la menor cuya identidad está reservada.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor Fiscal Superior sostiene como agravios para que se declare la nulidad de la sentencia que:

2.1. Pese a que existen suficientes elementos probatorios que acreditan la responsabilidad del encausado, el Colegiado Superior lo absolvió; y aunque la menor contaba con catorce años, también es cierto que depositó su confianza en él, dado que era conviviente de su hermana y aprovechando esta circunstancia es que la ultrajó.

2.2. No se valoró que la menor agraviada sindicó al encausado como su agresor, tanto a escala preliminar, judicial ni juicio oral, por lo que la declaración se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/PJ-116, para ser considerada como válida.

2.3. Se aplicó lo establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00008-12-PJ, que declaró inconstitucional el inciso 3, del artículo 173, del Código Penal, relacionado al consentimiento de la víctima mayor de catorce años; no obstante, no valoró que la imputación también se enmarcaba dentro del supuesto del último párrafo, ya que el imputado tenía autoridad sobre la víctima.

2.4. Finalmente, el Colegiado dio por sentado que entre la agraviada y el imputado había un vínculo sentimental, cuando de autos se advierte que no fue así; puesto que, aunque la agraviada señaló en juicio oral que prestó su consentimiento en una oportunidad para sostener relaciones sexuales, también señaló que el imputado la obligó a tener relaciones sexuales y que la amenazaba con golpear a su hermano.

3. SINOPSIS FÁCTICA SEGÚN LA IMPUTACIÓN

Conforme con los términos de la acusación fiscal, se atribuye al encausado don Luis Marcelo Carlos de la Cruz el delito contra la libertad sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales F. L. S. H.

Los hechos ocurrieron durante los fines de semana, cuando la menor era retirada del Centro de Atención Residencial Virgen de Lourdes de Jauja, donde se encontraba internada, a solicitud de su hermana doña Medalid Samaniego Huertas y del imputado don Luis Marcelo Carlos de la Cruz. Dichas salidas que se suscitaron a mediados de marzo de dos mil doce, en las que el procesado aprovechó para llevar a la agraviada a la hacienda de la señora madre de aquel, lugar donde la condujo a una choza de la propiedad y abusó sexualmente por la vagina.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO

1.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el inciso tercero, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución

Política del Estado; así como el artículo ocho, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado peruano.

1.2. El inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política vigente, precisa que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

1.3. El inciso catorce, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política, precisa el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

1.4. El artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, prevé el delito de violación sexual de menor.

1.5. El artículo doscientos ochenta, del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

1.6. El artículo doscientos ochenta y cuatro, del Código de Procedimientos Penales, establece los presupuestos absolutorios.

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso de inconstitucionalidad, Expediente N.º 00008-2012-PI/TC, de doce de diciembre de dos mil doce, que declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración de derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores de catorce años y menos de dieciocho, y en consecuencia, declara inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro; por ello, las conductas atribuidas, en este caso, deben ser sustituidas o adecuadas al artículo ciento setenta del Código Penal, según sea el caso, conforme con lo estipulado en el fundamento ciento quince de la mencionada¹.

¹ STC N.º 00008-2012-PI/TC: Fundamento 115.: "[...] Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, mas no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos



1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional de seis de agosto de dos mil cinco, recaída en el Expediente N.º 3390-2005-PHC/TC, caso Jacinta Margarita Toledo Manrique, en la cual se señaló que: "En el caso de autos, el juez penal, cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce. Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional [...]."

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1. La doctrina procesal ha considerado, objetivamente, que para imponer una condena es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto de la responsabilidad penal del encausado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, que

en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y, el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento sino, por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión, abuso sexual o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente, aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme con el artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

29

permite crear en él, la convicción de culpabilidad; sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso; ello implica que, para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado, puesto que, "[...] los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*; por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; [...] asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado [...] con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales²".

2.2. Aunque la Sala Superior Penal absolvió al imputado, al considerar que se produjo un error de tipo vencible, ya que la adolescente contaba con catorce años y nueve meses de edad, y no se tuvo certeza de que hubiera sido amenazada para la perpetración del acto sexual, ya que aquella solo es versión de esta; sin embargo, de los elementos de prueba recabados y actuados durante el proceso no se evidencia una adecuada valoración efectuada por el Colegiado Superior.

2.3. Por un lado, no se consideró que el acusado acudió en varias ocasiones a retirar a la agraviada del albergue donde se encontraba, e igualmente, no se tiene certeza desde qué fecha es que la menor era retirada del mencionado recinto, puesto que solo se cuenta con documentación del año dos mil doce.

2.4. Al momento de efectuar la valoración probatoria, no se compulsó la referencial de la menor F. L. S. H. (de catorce años de edad), vertida en presencia de la señora fiscal (folios veintinueve a treinta y uno), quien señaló que el abuso sexual del que fue víctima, se produjo aprovechando de que su hermana (conviviente del agresor) la enviaba con aquel a la casa de su madre para trabajar, y en tales circunstancias la sometió a trato sexual; imputación que ratificó en su

² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen uno. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 1999, p. 68.

referencial ampliatoria y en juicio oral; y, aunque en juicio oral señaló que una vez consintió la relación sexual, el Colegiado Superior no valoró que en las demás ocasiones fue forzada.

2.5. Tampoco se valoró el Acta de Reconocimiento efectuado por la agraviada, quien sindicó al imputado como su agresor (folio treinta y ocho y treinta y nueve), ni las conclusiones de la Pericia Psicológica N.º 001538-2012-PSC, que determinó que el imputado presenta personalidad con rasgos antisociales narcisistas.

2.6. Además, esta Instancia Suprema advierte que no se recabó una pericia psicológica de la menor, para determinar el grado de afectación producto de las agresiones sexuales, examen que resulta de vital importancia.

2.7. Tales elementos deben evaluarse con suficiencia para determinar si hay o no un supuesto sostenible de acreditación de responsabilidad penal.

2.8. No obstante lo señalado, esta instancia suprema anota que conforme con los términos de la acusación y requisitoria fiscal (folios doscientos once y doscientos setenta y cinco, respectivamente), los hechos se produjeron en marzo de dos mil doce; sin embargo, en la requisitoria, el señor Fiscal Superior hizo la exposición de los hechos y sostuvo que la agraviada contaba con trece años de edad, por lo que solicitó la pena de cadena perpetua; asimismo, en la oralización de pruebas, hizo dar lectura a la declaración ampliatoria prestada por la menor (obrante en folio sesenta y cinco), en la que señaló que los hechos ocurrieron desde marzo de dos mil once, cuando contaba con trece años.

2.9. Sin tener en cuenta esta imprecisión en la imputación, que necesariamente incide en el tipo penal aplicable, el Colegiado Superior optó por tener como fecha de los hechos el mes de **marzo de dos mil doce**, cuando la agraviada contaba con catorce años, por lo cual procedió a la absolución al determinar que esta era capaz de

consentir el acto sexual, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0008-2012.

2.10. Aunque el señor Fiscal Superior recurrente precisó en sus agravios que la víctima contaba con catorce años, y el imputado la obligó a mantener relaciones sexuales; sin embargo, dicha apreciación resulta diferente con lo señalado en su requisitoria oral, en la que sostuvo que la víctima contaba con trece años a la fecha de los sucesos.

2.11. Al no existir una imputación precisa, se transgredió el derecho de defensa del imputado y se afectó también de modo simultáneo a la víctima, por lo que corresponde declararse la nulidad de la sentencia, a fin de que se precise la fecha de los hechos, y el tipo penal aplicable al caso, debiendo tener en cuenta la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 3, del artículo 173, del Código Penal, de ser el caso.

2.12. En consecuencia, al haberse incurrido en causa de nulidad en la sentencia, y a fin de garantizar la efectividad de los principios básicos del debido proceso, se debe realizar un nuevo juzgamiento oral, en el que se deberán actuar todos los medios probatorios necesarios, útiles y pertinentes, que puedan coadyuvar al esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, tendentes a determinar, con solvencia, la situación jurídica del encausado.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDARON:**

I. DECLARAR NULA la sentencia de tres de octubre de dos mil trece, emitida por la Segunda Sala Penal, de la Corte Superior de Justicia de Junín, que absolvió a don Luis Marcelo Carlos de la Cruz del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, en perjuicio de la adolescente con identidad reservada.

II. MANDAR se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, el que deberá actuar con celo y celeridad en el ejercicio de sus



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

32
**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 3738-2013
JUNÍN**

funciones, y tener en cuenta lo expuesto en la presente Ejecutoria.
Hágase saber y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

JS/gc.

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Diny Yuriantey Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA