

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL JUEZ SUPREMO BROUSSET SALAS ES COMO SIGUE:

Con el debido respeto a lo esgrimido por los jueces supremos de esta Sala Penal Transitoria en relación con el recurso de nulidad formulado por el recurrente Adolfo Ernesto Bazán Gutiérrez, contra la sentencia del veinte de julio de dos mil veintidós (foja 5528) en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de persona mayor de edad, en agravio de la persona con Clave AGRA01-1064-2019, a doce años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 30 000,00 (treinta mil soles) el monto por concepto de reparación civil, el suscrito magistrado es del siguiente criterio:

Lima, nueve de mayo de dos mil veintitrés

Insuficiencia probatoria

Sumilla. Ninguno de los medios de prueba acopiados permite sustentar de manera suficiente y con el grado de certeza necesario para enervar la presunción de inocencia del procesado Bazán Gutiérrez prevista en el apartado e del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Perú



IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Primero. Conforme a la acusación fiscal postulada por dictamen del veintinueve de abril de dos mil veintidós (foja 4906) los hechos incriminados refieren lo siguiente:

1.1. Respecto a los delitos contra la libertad-violación de la libertad sexual en la modalidad de violación sexual y violación sexual de persona en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir en agravio de AGRA01-1064-2019:

Se imputó al procesado Adolfo Ernesto Bazán Gutiérrez haber suministrado drogas a la agraviada con Clave AGRA01-1064-2019, en el periodo comprendido entre julio a septiembre de 2016, con el fin de ultrajarla sexualmente bajo los efectos de dichas sustancias y grabar el acto sexual, para luego amenazarla con publicar en las redes sociales dichas filmaciones, en caso no admita a sus requerimientos sexuales, existen dos videos donde aparece la agraviada en estado de inconsciencia, los cuales fueron subidos por el procesado a la página de adultos "XVIDEOS" a través de la cuenta de Facebook con el nombre de "Carlo Ordoñez", registrado desde el celular iPhone con número 961 283 973; asimismo, el procesado habría ingresado a la cuenta de Facebook de la agraviada, porque tenía su clave y habría publicado una fotografía donde ella aparecería inconsciente y desnuda junto a él, foto que ella borró al ser avisada de su publicación por un familiar.

1.2. Respecto al delito contra la libertad en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio del menor con Clave AGRA02-1064-2019 (2 años).

Se imputó al procesado Adolfo Ernesto Bazán Gutiérrez haber violado sexualmente al menor identificado con Clave AGRA02-1064-2019; toda vez, que la progenitora del menor agraviado señaló que en el tiempo que convivió con el procesado en el departamento, ubicado en la avenida Paseo de la República 4095 - Dpto. 1807, en el distrito de Surquillo, entre julio a septiembre de 2016, el procesado la drogaba de manera continua y reiterada, hasta que en una oportunidad cuando se encontraba semiinconsciente y desnuda, escuchó gritos desgarradores de su menor hijo, momento en el cual logró con dificultad ponerse de pie, cogió unas sábanas y se dirigió hacia la puerta de salida del departamento del procesado, logrando escuchar ruidos de su hijo por la escalera de

emergencia, en ese instante la agraviada procedió a llamar a su hijo y al procesado Adolfo Bazán Gutiérrez, dado que el menor AGRA02-1064-2019 salió hacia el pasillo cogiéndose su poto, sin poder caminar bien, escapando del procesado, percatándose la madre que el menor había vomitado, gritaba y lloraba, que no se podía parar ni caminar; asimismo, observó al procesado salir del mismo lugar de donde salió el menor, este cogió un trapeador y le dijo a la agraviada AGRA01-1064-2019 que habían estado jugando.

Segundo. En cuanto a la calificación jurídica, el titular de la acción penal postuló la configuración de los delitos:

- 2.1.** Contra la libertad sexual en la modalidad de violación de persona en estado de inconciencia o en la imposibilidad, regulado en el primer párrafo del artículo 171 del Código Penal. **(absuelto)**
- 2.2.** Contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad, regulado en el inciso 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal. **(absuelto)**
- 2.3.** Contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual, regulado en el inciso 2 artículo 170 del Código Penal (Ley 30076 vigente al momento de los hechos). **(condenado)**

DELIMITACIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Tercero. El sentenciado Bazán Gutiérrez, en su recurso de nulidad formalizado por escrito del nueve de agosto de dos mil veintidós (foja 5975) y ampliación del doce de agosto de dos mil veintidós (foja 6079), denunció que se ha vulnerado la falta de motivación, para ello sostiene lo siguiente:

- 3.1** La defensa manifestó que en la sentencia en los considerandos 8.42 y 8.43 el *a quo* estableció sin fundamento la supuesta violación que se habría producido en octubre y noviembre de 2016; no obstante, periodo y hechos

sobre los cuales no se le dio la oportunidad de probar que los tres últimos encuentros sexuales fueron consensuados.

- 3.2** El recurrente argumentó que ha sido condenado supuestamente por violar mediante grave amenaza a la supuesta agraviada en noviembre de 2016, hechos que no fueron comprendidos en la acusación fiscal y en el auto de enjuiciamiento. Asimismo, señaló que, si se hubiera recabado las llamadas realizadas por la agraviada, se pudo haber mostrado su inocencia; empero, el juzgado y sala declararon improcedente el pedido del levantamiento de las comunicaciones; aunado a ello, con las cámaras de vigilancia se hubiera podido destruir la imputación en su contra.
- 3.3** La declaración de la agraviada existiría incredibilidad subjetiva, toda vez que entre ella y el acusado existiría, venganza, odio y resentimiento, por haberse enterado que el recurrente iba a viajar con su exesposa a los EE. UU. y por no haber querido volver con ella; más aún, por no haberle prestado la suma de USD 20 000,00, que dicho préstamo le pagaría por la supuesta comisión que le correspondería por el crédito fiscal —le iba a toca la suma de S/ 120 023,95— pero como aún no se concretaba dicho negocio no le prestó el dinero. Por último señaló, que la agraviada lo había amenazado diciendo “aquello no se va quedar así, ya vas a ver lo que te va pasar”; asimismo señaló que existiría falta de persistencia en la incriminación.
- 3.4** Argumentó que la sentencia presenta ilogicidad en los fundamentos —8.34, 8.10, 8.42, 8.43, 8.26 y 8.44, 8.40—, por lo que se evidenciaría la violación al principio lógico.
- 3.5** Asimismo, argumentó la inexistencia de amenaza alguna y extemporaneidad de los videos borrados, ya que no coincide en el tiempo la relación de pareja que tuvieron, ya que la supuesta violación fue de julio hasta septiembre de 2016, y la cuenta recién la creó el 29 de octubre de 2016 y los videos íntimos fueron colgados el 14 de junio de 2017 y el 25 de julio de 2017; tampoco se observa alguna amenaza efectuada la supuesta agraviada —tampoco se observa amenaza alguna en la grabación del 6 de agosto de 2017—.

3.6 No existe medio probatorio alguno que sustente la violación sexual con amenaza hacia la agraviada, toda vez que: i) la grabación no puede ser usada, por no estar su abogado presente, y por no haberse hecho la homologación de voz de los participantes y que dicha grabación no es la original; ii) el diálogo de Facebook que presentó donde conversaba con otra persona, no evidencia amenaza alguna, tampoco se observa nombre de la agraviada y mucho menos se ha realizado homologación alguna a fin de determinar si existió dicha conversación; iii) si bien existe el Oficio 463-2022-MP-FN-ICJIE-LNRR, donde la empresa WEBGROUPECZECHREPUBLIC A. S. informa, cuando fue creada, a cantidad de videos, la fecha de la publicaciones y así como la eliminación de dichos videos

Cuarto. La imposición de una condena penal exige que el juzgador alcance un nivel de certeza respecto a la responsabilidad del procesado en los hechos incoados, ello como conclusión del juicio de análisis y valoración razonada de cada uno de los medios de prueba, de cargo y descargo, que fueran sometidos al contradictorio, de forma que le permitan crear convicción de culpabilidad y solo así enervar la presunción de inocencia que, como garantía de corte constitucional, acompaña al justiciable durante todo el desarrollo del proceso.

Quinto. El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales refiere que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por el órgano jurisdiccional con criterio de conciencia.

Si bien el juez o la sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, esta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta —nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo—, jurídicamente correcta —las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que les son propias y legalmente exigibles—, se ha de llevar a

cabo con arreglo a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia —determinadas desde parámetros objetivos— y de la sana crítica¹.

Sexto. El juicio conclusivo del operador de justicia debe encontrarse debidamente motivado², lo que exige una precisión detallada de las razones o justificaciones objetivas que lo llevaron a tomar tal o cual decisión, esta obligación se reviste en una garantía constitucional, conforme lo regulado en el artículo 139, numeral 5, de la norma fundamental.

Análisis del caso concreto

Séptimo. El sustento impugnatorio del recurrente se dirige a cuestionar, el principal elemento de cargo de la incriminación valorada y formulada en su contra, esto es, si algún medio probatorio que fue ofrecido por el representante del Ministerio Público y los cuales fueron sometidos ante el plenario —al contradictorio—, revisten de carácter corroborar o existe violencia o grave amenaza.

Octavo. El delito de violación sexual tipificado en el artículo 170 inciso 2 del Código Penal.

El que, **con violencia o grave amenaza**, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

¹ Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos 6 y 7.

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 00728-2008-PHC/TC, LIMA, del trece de octubre de dos mil ocho: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso” (fundamento jurídico 7).

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, **conviviente de este**, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación en el centro educativo donde estudia la víctima.

Noveno. Los elementos del tipo base del delito de violación sexual (artículo 170, inciso 2, del CP), con el texto de la Ley 30076 vigente a la fecha de los hechos, entre otros, son los siguientes:

Sujeto activo: según (Peña Cabrera Freyre A., 2007) señala que: "El hombre o la mujer: habiéndose desvinculado el aspecto de la procreación y con esto el embarazo, resulta ahora visible la equiparación del hombre y la mujer en el delito de violación. [...]. Sin embargo, lo frecuente es que el varón sea el sujeto activo del delito de violación. La erección es vinculante al deseo, simpatía y voluntad, pero es en realidad un impulso de contenido biológico y orgánico".

Sujeto pasivo: según (Salinas Siccha, Ramiro, 2013) señala que: "la doctrina es unánime en considerar que pueden ser sujetos pasivos o víctimas de

delito de acceso carnal sexual, tanto el varón como la mujer de dieciocho años, sin otra limitación que el de estar vivos, y sin importar su orientación sexual o si realizan actividades socialmente desfavorables como la prostitución o la sodomía".

Con violencia o grave amenaza. Son los medios comisivos del tipo base del artículo 176 del CP. La **violencia** es entendida como la energía física aplicada por el autor sobre la víctima con el fin de lograr su propósito. Si bien la fuerza puede ser irresistible, es suficiente con que sea eficaz para doblegar la voluntad de la víctima. De modo que la violencia típica no necesita haber dejado huellas en el cuerpo del sujeto pasivo; no se requiere un maltrato corporal que se traduzca en lesiones concretas. Si no basta analizar la paralización o inhibición de la voluntad de resistencia de la víctima. En ese sentido, importa la actividad o la actitud del agente y no la de la víctima. A nivel probatorio, es preciso examinar cuidadosamente el contexto de los hechos (por ejemplo, si el agente coloca a la víctima en una situación de aislamiento) y características de la propia víctima.

Respecto a la grave amenaza, consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente por parte del sujeto activo hacia la víctima, con la finalidad de intimidarla y someterla a un contexto sexual determinado, y puede recaer sobre la víctima o sobre un tercero vinculado a ella. El autor mediante la violencia psicológica, intimida a la víctima sobre lo inminente del daño si no accede a sus requerimientos de índole sexual. Correctamente, se sostiene que su delimitación es más problemática que la violencia, puesto que la gravedad de la amenaza debe medirse con relación al efecto que determina sobre la resistencia o voluntad de la víctima, y como toda intimidación el mal que se anuncia ha de ser real y posible, de lo contrario perdería su carácter de grave.

Décimo. Ahora bien, resulta pertinente examinar los medios probatorios que fueron materia de contradictorio en el plenario y los cuales fueron sustentados en la sentencia que condenó al recurrente Bazán Gutiérrez, es decir, si en dichos medios probatorios se puede verificar "la violencia o grave amenazas" que exige este tipo penal.

10.1. Se tiene como medios probatorios: **a)** Lectura del acta de transcripción de CD, correspondiente a la conversación que tuvo la agraviada AGRA01-1064-2019, con el acusado el 5 de agosto de 2017, de cuyas partes pertinentes se puede colegir que en efecto, esta persona había grabado encuentros íntimos con la agraviada; **b)** Declaración del perito Rodríguez Meza, quien se ratifica de las conclusiones del Informe Pericial de Análisis Forense 161-2022; **c)** Declaración del perito lingüístico forense Jhon Jiménez Peña, quien se ratifica, en las conclusiones del informe pericial fonético acústico forense; **d)** Declaración del testigo Víctor Hugo Awapara Albarracín, quien concurrió al plenario y señaló que la progenitora de la agraviada, le solicitó ayuda a fin de retirar un video de la página Xvideos —página de adultos—, video de connotación sexual donde aparece la agraviada, el cual fue subido por el usuario Carloordonez; **e)** Impresión de dos páginas de la cuenta de Facebook correspondiente a Carlos Ordonez, debiendo mencionarse que el procesado aceptó que dicha cuenta le pertenece; **f)** Informe sobre la búsqueda (identificación) de la URL de la página Xvideos donde se detalla que se utilizó para identificar el usuario Carloordonez; **g)** Oficio 463/2002-MP-FN-UCJIE-LNRR, cursado por la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y extradiciones, en la cual informó que la empresa WebGroupCzechRepublic A. S. hizo entrega de información relacionado con el perfil requerido "carloordonez",

consistente en los datos del suscriptor y acompañado de cinco videos que este usuario ha subido, con sus respectivos IP, fecha de carga en la plataforma Xvideos y de eliminación de la misma (foja 3474); **h)** Declaración de la perita psicóloga Angélica Riquelme Villarán, quien al concurrir al plenario se ratificó del Informe Psicológico 01719-MIMP-CEM-Surquillo-PSI/ACRV, que se le practicó a la agraviada; **i)** Declaración de la perita psicóloga María Caridad Lamas Calderón de Ramírez, quien al concurrir al plenario se ratificó del Protocolo de Pericia Psicológica 5590-2021-PSC el cual se le practicó al procesado Bazán Gutiérrez; **j)** Declaración de la perita psiquiatra Yolanda Plasencia Medina, quien al concurrir al plenario se ratificó de la Evolución Psiquiátrica 006941-2021-PSQ, el cual se le practicó a procesado Bazán Gutiérrez; **k)** Impresión de mensajes vía Messenger sostenidos por la agraviada con la usuaria Ross, del 28 de noviembre de 2016, donde ella le avisa a la agraviada que existe una publicación —foto donde ella sale con el acusado durmiendo— en su Facebook.

- 10.2.** De los medios probatorios antes mencionados, no se dilucida que el recurrente haya ejercido de algún tipo de violencia o amenaza grave contra la agraviada, a fin de tener relaciones sexuales; por el contrario, se puede observar que la agraviada y el recurrente mantuvieron una relación sentimental en el periodo de julio a septiembre de dos mil dieciséis, tal como lo refirió el testigo Hugo Awapara Albarracín, quien al concurrir al plenario en la sesión del 2 de julio de 2022, refirió que efectivamente la agraviada era pareja del procesado; asimismo, con la declaración de los testigos Iván Casares Díaz y Miguel Ángel Gonzales Zamalloa —conserjes—, quienes concurren al plenario el 6 de julio de 2022, refirieron que siempre vieron a la agraviada bajar en compañía del procesado, a

veces ella salía sola por las noches al gimnasio, otras veces venía de hacer compras y la última vez que la vio fue en noviembre de 2016, quien esperó en la sala de visitas al procesado, quien estaba con una visita en su departamento. Asimismo, la agraviada salía a manejar bicicleta y a veces ella ingresaba al departamento del procesado con su llave. Por último, el testigo Gonzales Zamallo —conserje— señaló que desde septiembre u octubre de 2016 dejó de ver al procesado con la agraviada.

10.3. Aunado a lo antes expuesto, debe tenerse presente el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, fundamento 21: "El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma que la resistencia de la víctima se erija en presupuestos materiales *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, es absolutamente constituye objeto irrelevante en el proceso, pues existen supuestos bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual, de igual modo se hace presente en casos de cautiverio , o dicho abuso es sistemático o continuado, donde la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifestación de inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física".

10.4. Por ende, como se puede observar, no se advierte que hubiera existido un ambiente de coacción, que sustente un emparentamiento obligado entre el procesado y la referida agraviada.

Decimoprimero. De la denuncia verbal (foja 1) realizada por la abogada Yeni Vilcatoma de la Cruz, se desprende que la agraviada y el procesado mantuvieron una relación sentimental; posteriormente, la agraviada señaló que jamás fue pareja del procesado.

Ahora bien, se tiene la declaración preventiva de la agraviada del 21 de diciembre de 2021, donde señaló: “jamás fue pareja del procesado, que la relación que mantenía era de violador a víctima, desde la primera salida a cenar, este la habría drogado a fin de mantener relaciones sexuales, posteriormente la habría grabado cuando la violentaba sexualmente, con la finalidad de amenazarla con subir dichos videos si no accedía a mantener relaciones sexuales, por lo que siempre que él la llamaba esta iba a su encuentro”; asimismo ante el plenario en la sesión de 13 de julio de 2022, “volvió a reiterar que jamás fueron pareja —ella y el procesado— y que siempre la amenazó para mantener relaciones sexuales desde la primera salida a cenar”; empero, no se ha podido acreditar la veracidad de dicha versión, ni la amenaza que refiere que ejercía el procesado sobre ella. Por el contrario, se advierte que esta si habría mantenido una relación sentimental con el procesado —ver fundamento 7.2—.

Decimosegundo. Si bien es cierto, existen dos videos donde se observa al procesado teniendo relaciones sexuales con la agraviada, pues en dichos videos no se dilucida que la agraviada estuviera bajo amenaza; de igual forma, existe la transcripción de una llamada telefónica que realizó el procesado a la agraviada, donde este le dice: “sí, jamás, o sea pude haberte grabado tirando”, y ella le dice “eso lo hiciste para luego tengas para amenazarme, para estar allí amenazándome con esas wevadas”; sin embargo, no se observa en ningún momento de la transcripción que el procesado la haya amenazado a fin de tener relaciones sexuales.

Decimotercero. Por último, se tiene una conversación vía Messenger de la agraviada con la usuaria Ross, del 28 de noviembre de 2016, donde la usuaria Ross informa a la agraviada que en su Facebook existe una foto donde sale ella y el procesado —desnuda durmiendo—; sin embargo, no existe medio probatorio que sustente dicha foto, ya que no se ha podido determinar si fue subida por el procesado y mucho menos si la agraviada borro la foto.

Decimocuarto. En conclusión, para la configuración del tipo de violación sexual de persona mayor de edad, se requiere que el sujeto activo —procesado Bazán Gutiérrez— haya ejercido violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo —agraviada AGRA01-1064-2019— a efecto que doblegue su voluntad de consentir al punto de aislarla de su entorno, lo cual no se ha observado en los medios probatorios que fueron materia de contradictorio.

Decimoquinto. En cuanto a la situación jurídica del procesado Adolfo Ernesto Bazán Gutiérrez, se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario por el mérito de esta sentencia condenatoria, y al no haberse demostrado la tipicidad del delito se procede a absolver, por lo que corresponde ordenarse su inmediata libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, mi voto es por que:

- I. **SE DECLARE HABER NULIDAD** en la sentencia del veinte de julio de dos mil veintidós³, emitida por la Quinta Sala Penal Liquidadora de la Corte

Superior de Justicia de Lima (foja 5528) en el extremo que condenó a Adolfo Ernesto Bazán Gutiérrez como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de persona mayor de edad, en agravio de la persona con Clave AGRA01-1064-2019, a doce años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 30 000,00 (treinta mil soles) el monto por concepto de reparación civil; **REFORMÁNDOLA**, SE ABSUELVA A ADOLFO ERNESTO BAZÁN GUTIÉRREZ por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de persona mayor de edad, en agravio de la persona con Clave AGRA01-1064-2019,

- II. **SE ORDENE** la inmediata libertad del referido encausado que se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de prisión preventiva o detención en su contra, emanado de autoridad competente. Oficiándose vía fax a la Sala Penal pertinente para tal efecto; y los devolvieron.

S. S.

BROUSSET SALAS

RBS/myr