

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 14 – 2009
LA LIBERTAD
SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de febrero de dos mil diez.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado Santos Elmer Vásquez Valqui contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.

Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO. El encausado Santos Elmer Vásquez Valqui fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas setenta y siete, del seis de septiembre de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V.

Seguida la causa conforme a su naturaleza ordinaria, la señora Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, del siete de mayo de dos mil ocho, integrado a fojas cincuenta y cuatro y aclarado a fojas setenta y ocho –del cuaderno de debate-, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y nueve, del once de julio de dos mil ocho. El auto de citación a juicio de fojas ciento veintiocho, del veintidós de septiembre de dos mil ocho, fue emitido por el Juzgado Penal.

SEGUNDO. Seguido el juicio de primera instancia –véase acta de fojas ciento sesenta y cuatro-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, que condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado.

Contra la referida sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos cincuenta y tres. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos cincuenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil ocho.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Tribunal Superior de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba testimonial por el recurrente, declaró inadmisibles dichas pruebas por auto de fojas doscientos ochenta y cuatro, del trece de enero de dos mil ocho. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos once, del dieciocho de febrero de dos mil nueve, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve. CUARTO. La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la Libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio de P.J.Z.A. y por delito contra la Libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado al pago de las costas del proceso. El voto singular estimó que la sentencia apelada no había justificado convenientemente una aplicación de treinta años de pena privativa de libertad, puesto que el acusado no reconoció su delito ni coadyuvó al esclarecimiento de las circunstancias del hecho. Empero, al ser impugnada únicamente por su parte, no quedaba mayor opción que confirmar la pena.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Vásquez Valqui.

QUINTO. Leída la sentencia de vista, el acusado Vásquez Valqui interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas trescientos cuarenta y uno. Introdujo tres motivos de casación: a) inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa; b) inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, c) indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario número dos del año dos mil cinco.

Concedido el recurso por auto de fojas trescientos cuarenta y siete, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha dos de abril de dos mil nueve.

SEXTO. Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas –la defensa del imputado mediante escrito de fojas veintitrés del cuaderno de casación, amplió los fundamentos del recurso de casación que planteó–, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, en aplicación del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto

a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.

SÉPTIMO. Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Vásquez Valqui, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO. Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de febrero, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública – con las partes que asistan– se realizará por la Secretaria de la Sala el día diez de marzo a horas ocho de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Del ámbito de la casación.

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, los motivos del recurso de casación se centran en la vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa –artículos dos numeral veinticuatro literal e) y ciento treinta y nueve apartado once y catorce de la Constitución–. Adicionalmente, la Suprema Sala, en aplicación del apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.

SEGUNDO. El primer agravio: vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que –según el recurrente– la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba, como es el caso de la estimulación que requiere para lograr la erección, ya que el Colegiado interpretó contrario sensu la prueba médica que aportó su defensa. Estima el recurrente que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados, ya que de las pericias psicológicas y psiquiátricas se verifica la existencia de una serie de contradicciones en que incurrieron dichos menores, las mismas que hicieron constar en su recurso de apelación; que no se tomó en cuenta la evaluación realizada por los Peritos Psiquiatras Sami Acuña Buleje y Moisés Ponce Malaver en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de evaluación del menor R.A.S.V. no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por Ana María Álvarez Culqui, empero, no precisó en que circunstancias la citada testigo observó el patio del centro educativo, a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores, que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron y no se tomó en cuenta lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido de que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “afectación en la función motora”, es decir, “movimientos en las piernas, la

sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres”, secuelas que se le han presentado durante los once años transcurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación, y si bien, durante la audiencia de segunda instancia se trasladó de un lugar a otro sin ningún problema fue porque no tenía que realizar esfuerzo físico alguno y trasvasó el cable de micrófono por la escasa altura en que se encontraba ubicado y ello no puede ser sustento de una condena. El segundo agravio referido a la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso estriba en la afirmación del impugnante en el sentido que la sentencia de vista habría incurrido en incongruencia fáctica al señalar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, lo que no se condice con los protocolos de pericia psicológica.

El tercer agravio está referido a una supuesta vulneración de su derecho de defensa, por entender el recurrente que se dejó de lado las testimoniales de descargo por el solo hecho de que los testigos eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO. La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente: Que lo mencionado por el procesado –refiriéndose a lo alegado por éste - es desvirtuado con la declaración médica antes citada (médico Díaz Calvo) quien ha sostenido no haber auscultado temas de funcionamiento uretral o de disfunción sexual del acusado. Además, el propio acusado reconoció sostener relaciones sexuales con su esposa y que la posición decúbito dorsal la adopta por recomendación médica, que su erección es normal y que no sufre de eyaculación precoz. Tampoco se ha descartado que pueda tener relaciones sexuales de pie y en las circunstancias en que acometía a los agraviados, exigencia física para la que no está discapacitado; máxime cuando incluso alegara que dentro de sus obligaciones docentes estaba la de educación física. Asimismo, el propio encausado ha reconocido no tener necesidad de masturbarse y que sostiene relaciones sexuales normales con su esposa, con erección normal. Que las sindicaciones de los menores agraviados tienen el carácter de uniformes y corroborantes. No se contradicen en la dirección de su sindicación. En realidad la versión de los menores corrobora la una a la otra y tienen la característica que es reiterativa y persistente a lo largo de todo el proceso, habiendo llegado a identificar hasta quince oportunidades en que los menores han narrado básicamente lo mismo, entre ellas la más importante, la versión directa realizada por ante los jueces del juicio oral. Los menores en todas esas oportunidades y con sus palabras, propias de un menor de cinco años de edad han narrado exactamente lo mismo y han sindicado como autor de tales hechos al mismo personaje.

Que, las evaluaciones psiquiátricas de fojas doscientos noventa y ocho y trescientos ocho que concluyen por cierta inconsistencia en los relatos de los menores no son contundentes respecto a todo el relato, sino a determinadas y escasas circunstancias. Tales dictámenes no dicen que los menores mienten y dada la escasa edad de los agraviados es normal y hasta lógica, pues no se puede esperar que menores de cinco años repitan con las mismas palabras todo el evento sucedido. Por el contrario, del audio del juicio oral y del interrogatorio indirecto hecho al menor de iniciales P.J.Z.A. por parte de la directora de debates del Colegiado se advierte claramente que el

menor va narrando el evento sin una secuencia cronológica y con distintas palabras pero finalmente concluye un relato que armado cual rompecabezas dice o cuenta exactamente lo mismo.

Que acerca de la afirmación de la defensa de no haber subido al segundo piso el día de los hechos, se han realizado una serie de actuaciones procesales. Incluso en el acto del juicio se ha realizado visita o inspección en el lugar de los hechos, habiéndose registrado en video dicha diligencia, teniendo hasta dos oportunidades para ver el escenario de los hechos dado el video proporcionado por la parte apelante y si bien la testigo de descargo Ana María Álvarez Culqui niega haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, sin embargo, de los videos aludidos se puede colegir perfectamente que el lugar o inmueble del centro educativo es sumamente estrecho donde al momento de recreo o salida de las aulas de los menores existe gran congestión de niños correteando por los pasadizos y pequeño patio con piso de tierra, sumado a la presencia de las personas mayores que fungían de docentes y/o auxiliares de aula, por lo que es difícil afirmar que alguien pueda estar atenta a que nadie transite por el pasadizo de la escalera o la escalera misma y que tal hecho pueda ser apreciada por el rabillo del ojo de quien está sentada en la posición de la referida testigo, conforme al video y fotos de la propia parte. Que en los videos incorporados no se ha podido obviar que la tranca, que significa un obstáculo de madera en la base de la escalera, es perfectamente traspuesto tanto por menores de la edad de los agraviados como por el acusado, quien supuestamente tiene una limitación física. Además destaca que el lugar donde habrían ocurrido exactamente los hechos, que sería al pie de la escalera a la azotea o siguiente piso, queda al interior de la habitación de Ana María Álvarez Culqui y empieza desde casi el nivel del suelo, para terminar a dos metros setenta y siete centímetros, donde perfectamente cabe el acusado y los menores, el mismo que no es tan visible desde la ventana que da al pasadizo externo. Lo expuesto acredita que el lugar del evento si permitía el acceso de los menores y el acusado, que éste cabe perfectamente en el espacio bajo la escalera dentro de dicha habitación y que no había agua en dicho segundo piso lo que justifica la versión de la tina azul narrada por los menores donde habrían sido aseados.

Que, en lo atinente al argumento defensivo del imputado en el sentido que se encuentra imposibilitado de mantener determinadas posturas, especialmente en cuclillas, como debería haber estado para lograr la penetración anal, pues manifiesta haber sido sometido a una operación de columna, es de destacar la declaración plenaria del médico Díaz Calvo, quien narró concluyentemente que el acusado fuera operado hace once años de las cinco vértebras lumbares y que fue una operación exitosa y que la única limitación que señalara es una dorsificación del pie izquierdo que en la práctica importa la dificultad (no imposibilidad) de impulsarse hacia delante con los dedos del pie izquierdo. Además, en las diligencias en el lugar de los hechos se aprecia que el acusado se moviliza perfectamente por las escaleras de acceso al segundo piso y traspasa la tranca de madera sin mayor dificultad ligeramente de costado, como lo haría cualquier persona con una valla de setenta y ocho centímetros de alto. El imputado ha reconocido en el propio juicio de apelación que subía agua en la tina azul al segundo piso, para cuestiones de aseo personal y de su esposa, lo que

importa peso, fuerza y una posición hacia adelante sostenida durante toda la subida a gradas bastante empinadas como se verificara en el video de la inspección, y por si fuera poco, en la propia audiencia de apelación, atravesaba hasta en dos oportunidades la Sala (de ida y de regreso) frente a los magistrados, para ubicarse en el lugar de su examen, trasvasando el cable del micrófono del sistema de audio, ubicado a considerable altura, sin ningún problema y sin apoyarse en mueble o persona alguna. En tal virtud, no es verdad que no haya podido sostener por breve lapso de tiempo una posición que le permita acceder a rozamientos o intentos de penetración anal en los menores.

Que lo narrado por los menores ha sido corroborado no sólo por las circunstancias de tiempo, lugar, espacio, bienes y personas, sino por las circunstancias ansioso depresivas producto de stress o trauma sexual que presentan, quienes han quedado con secuelas psicológicas y psiquiátricas que les tomará tiempo y dinero superar y que son una prueba más de que los hechos efectivamente ocurrieron. que, respecto a las testimoniales de descargo, como lo destacara el Ministerio Público, las mismas no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios señalados, como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Es más, varias de las declaraciones no sólo se desvanecen en cuanto a su verosimilitud por las relaciones –de los referidos deponentes- con el acusado por ser su alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismo, las testimoniales carece de consistencia. Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base de los tres motivos de casación constitucional.

III. Del primer motivo casacional. Presunción de Inocencia.

CUARTO. El recurrente denuncia que la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba. Afirma que el Colegiado interpretó contrario sensu la prueba médica que aportó su defensa; que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados; que la evaluación psiquiátrica realizada por los Peritos Psiquiatras Sami Acuña Buleje y Moisés Ponce Malaver, en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de la evaluación del menor R.A.S.V., no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por Ana María Álvarez Culqui, empero no precisó si la observación efectuada por la citada testigo se realizó durante el recreo o a la hora de salida de los alumnos a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores en dicho patio; que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron, específicamente lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “afectación en la función motora”, es decir, “movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres”, secuelas que se le han presentado durante los once años transcurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación.

QUINTO. Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso

sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación. SEXTO. De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las sindicaciones uniformes y persistentes de los menores agraviados; que si bien las evaluaciones psiquiátricas señalan cierta inconsistencia en los relatos de dichos menores, están referidas a determinadas circunstancias absolutamente comprensibles dada la escasa edad de las víctimas; que las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga Giuliana Elaine Gutiérrez Meléndez en el acto oral –que dan cuenta de la reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentan ambos menores– refuerzan los cargos; que si bien la testigo de descargo Ana María Álvarez Culqui negó haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, tal aseveración quedó desvirtuada con la visualización de los videos filmados con ocasión de la inspección en el lugar de los hechos y el proporcionado por la defensa del acusado; que, finalmente, está descartado que el acusado padeciera de limitaciones físicas que le impidieran cometer los ilícitos que se le atribuyen -no solamente por lo explicado por el médico Díaz Calvo sino también por lo observado en los videos incorporados en la que se aprecia al acusado movilizándose perfectamente por las escaleras del segundo piso, traspasa una tranca de madera de setenta y ocho centímetros de alto, por lo declarado por el mismo acusado en el sentido que subía agua en una tina azul al segundo piso y por lo observado por los magistrados que intervinieron en la audiencia de apelación-. Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria.

El motivo no puede prosperar.

IV. Del segundo motivo casacional. Debido proceso.

SÉPTIMO. Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela jurisdiccional, en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, y por ser una garantía general dota de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas no reconocidas expresamente en la Carta Política, pero que están destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo. Por ello se dice que se trata de una cláusula de carácter residual o subsidiaria, en cuya virtud comprende fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos.

No resulta por tanto correcto, incluir en el derecho al debido proceso a las cláusulas de garantía específicas ya contenidas en la Constitución.

En consecuencia, la garantía del debido proceso asegura que un fallo sea justo, acorde tanto a los hechos como al derecho, lo que justifica que una causa sea revisada por una instancia superior.

OCTAVO: De la lectura de lo argüido en este extremo por el encausado en el sentido de que se habría vulnerado la garantía del debido proceso en razón a que la sentencia de vista incurrió en incongruencia fáctica al indicar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, diagnóstico que –según el recurrente- no se evidenciaría en los protocolos de pericia psicológica, es de acotar que dicha alegación cuestiona el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba y su vinculación con los mismos, aspectos que, como se indicó en el fundamento jurídico quinto, están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia, no a la garantía del debido proceso. Adicionalmente, cabe puntualizar que lo denunciado por el recurrente no se condice con el mérito de lo actuado. En efecto, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista se sustentaron, entre otros elementos de convicción, en el mérito de las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga Giuliana Elaine Gutiérrez Meléndez, quien en el acto oral hizo referencia a la “reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentaban ambos menores agraviados”. El motivo debe rechazarse.

V. Del tercer motivo casacional. Derecho de defensa.

NOVENO. El inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución reconoce la garantía de defensa procesal. Es una garantía, desarrollada legalmente en el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, que importa que todo justiciable pueda tomar posición frente a los reproches o cargos formulados en su contra y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión; es decir, permite instrumentalmente el esclarecimiento de la sospecha mediante un proceso dialéctico, en el que se pone a debate aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como los argumentos y contra argumentos ponderados entre sí.

DÉCIMO. Alega el recurrente que se vulneró su derecho de defensa porque se dejó de lado las declaraciones testimoniales de descargo por el sólo hecho de que los deponentes eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.

UNDÉCIMO. Los cuestionamientos que se esgrimen no se refieren, propiamente, al ámbito de la garantía de defensa procesal, sino al de tutela jurisdiccional, pues una resolución fundada en derecho requiere una apreciación y, luego, una valoración de los actos de prueba determinantes del juicio de culpabilidad, así como una respuesta acabada a los puntos que integran el objeto del debate y un pronunciamiento congruente con las pretensiones de las partes. Por lo demás, analizando el mérito de la denuncia, se tiene que tanto el Tribunal juzgador como el de apelación han cumplido con expresar de manera clara, entendible y suficiente las razones por las que le restan mérito probatorio a las referidas declaraciones testimoniales, especificando en la sentencia de vista que dichas declaraciones no llegan a enervar la consistencia,

persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios – mencionados expresamente en la citada sentencia-, tales como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Asimismo, se indicó que dichas testimoniales no sólo se desvanecían en cuanto a su verosimilitud por las relaciones con el acusado como alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismas, carecían de consistencia.

En consecuencia, se advierte que los citados elementos de prueba fueron debidamente analizados y compulsados de manera conjunta y razonada con el caudal probatorio actuado en juicio oral. En todo caso, corresponde al Juez, soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda, aspecto que no le está permitido analizar a este Tribunal de Casación. Los argumentos de defensa del imputado fueron adecuadamente debatidos y analizados. El Tribunal de apelación desarrolló una argumentación racional ajustada al tema en debate y además ha dado cumplida respuesta a cada uno de los agravios manifestados por éste al formular su recurso de apelación.

El motivo carece de virtualidad.

DUODÉCIMO. El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal precisa que procede excepcionalmente la casación “...cuando la Sala Penal de la Corte Suprema discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. En virtud de la referida norma procesal, esta Suprema Sala consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.

DÉCIMOTERCERO. La individualización judicial de la pena o determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas, sobre esa base el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En función a estos dos criterios, trabajará tal como lo explica la doctrina primero en construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; como segundo paso, pasará a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta – individualización de la pena concreta-, y finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto. 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 Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” –artículo dieciséis del Código Penal-. De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. 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.

En consecuencia, queda claro que si el ilícito de violación sexual de menor de edad no llega a consumarse, pese a haberse iniciado la ejecución del mismo, el Juez al momento de determinar la pena a imponer necesariamente deberá disminuirla prudencialmente.

DÉCIMOCUARTO: Desde una perspectiva global, la tipificación de los delitos contra la Libertad Sexual previstos en el Título IV, Capítulo IX, del Código Penal protegen el libre desarrollo de la sexualidad o la capacidad de una persona de auto determinarse sexualmente. El bien jurídico “Libertad Sexual” debe ser entendido en un sentido dual: como un derecho a la libre autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores e incapaces. El delito de violación sexual está previsto en el artículo ciento setenta del Código Sustantivo, que sanciona a quien “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, (...)”. De manera similar el artículo ciento setenta y tres del citado cuerpo normativo, reprime a quien “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, (...)”.

De la lectura de ambas normas se advierte que el “acceso carnal por vía bucal” está contemplado expresamente en nuestra legislación como una conducta castigada, en el primer caso, si se efectúa con violencia o grave amenaza y, en el segundo caso, si se trata de menor de edad, en el que la concurrencia de tales elementos –violencia o grave amenaza- resulta intrascendente.

En consecuencia, el legislador ha equiparado la gravedad de obligar a una relación sexual vía vaginal o anal con la conducta de imponer a una persona -o a un menor de edad- a practicar el sexo oral, puesto que en ambos casos importa una vulneración intensa de su libertad sexual y su facultad de autodeterminarse –o de su indemnidad sexual-, lo que a su vez implica –tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria- que no es necesario el daño físico o la comisión de un delito de lesiones para que exista una conducta subsumible en el artículo ciento setenta o ciento setenta y tres del Código Penal. Como bien señala Caro Coria, “el ejercicio violento de la libertad sexual no sólo ataca aspectos físicos” (Caro Coria, Dino Carlos: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual; p. 82) sino que compromete también aspectos valorativos que se vinculan con el ejercicio de derechos constitucionales, los cuales no pueden permitir y tolerar una protección penal sesgada y unilateral.

DÉCIMOQUINTO. Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a contrario sensu, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por los motivos de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado Santos Elmer Vásquez Valqui contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado Santos Elmer Vásquez Valqui; ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.–

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO