

Lima, veinticuatro de enero de dos mil trece.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado don **EZEQUIEL QUISPE FLORES;** emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA.

Lo es la sentencia de dos de agosto de dos mil doce –obrante en los folios trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y ocho–, que condenó al recurrente como autor del delito contra la libertad sexual **-VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD-** en agravio de la menor de identidad reservada, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó por concepto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles a favor de la agraviada.

SEGUNDO: FACTUM.

Según la acusación fiscal –obrante en los folios doscientos veintiocho –:

2.1. "El primero de mayo de dos mil nueve, siendo aproximadamente las nueve de la noche, la menor agraviada, salió de su domicilio ubicado en la comunidad de Ccarhuaschocce del Distrito de Acocro, hacia el campo a realizar sus necesidades fisiológicas a una distancia aproximada de veinte metros de su casa, circunstancias en que el procesado Ezequiel Quispe Flores, se le acerca y la lleva a su domicilio comprometiéndose que se casaría con ella y tras ingresarla a su cuarto le acostó en la cama procediendo a bajarle la falda y el pantalón para mantener relaciones sexuales" (sic).

2.2. "Los progenitores de la menor agraviada, enterados del lugar donde se encontraba; se acercaron al domicilio del procesado en horas de la noche del día siguiente acompañado del Teniente Gobernador, llegando a entrevistarse con la madre del denunciado y pasado una hora, la menor agraviada, el procesado, la madre y hermana de éste fueron a la casa de los padre de dicha menor, lugar donde el procesado pidió a la madre la mano de la menor agraviada en matrimonio, aceptando todos" (sic).

2.3. "La menor agraviada permaneció durante una semana en la vivienda del procesado llegando a mantener relaciones sexuales en cinco oportunidades, sin embargo, regresó al domicilio de sus padres, por ello la madre denunció los

hechos ante el Juez de Paz de Acocro, ante quien llegaron a un acuerdo que el procesado no cumplió; siendo que según el Certificado Médico Legal de fecha dieciocho de junio de dos mil nueve, los peritos concluyen entre otros que la menor agraviada presenta desfloración antigua" (sic).

TERCERO: AGRAVIOS.

En la formulación -de los folios cuatrocientos doce a cuatrocientos veintiuno- se aduce que:

3.1. No se atendió la impugnación presentada por la defensa técnica, respecto al cuestionamiento del examen de la agraviada, esto es, por la presencia de su progenitora que influyó indirectamente en el vertimiento espontáneo y verosímil de los hechos, máxime si es marcado el propósito de perjudicarlo, por parte de la madre de la menor.

3.2. En la decisión cuestionada primaron connotaciones morales, sin constatare una mínima evidencia de violencia, como medio comisivo del acceso carnal.

3.3. Los hechos y circunstancias acaecidas con posterioridad al hecho imputado, tales como, tratos económicos para salvaguardar el honor de la menor, compromisos matrimoniales de parte de los padres de ambos, convivencia consentida de las partes por parte de ambos padres y eventual incumplimiento de lo pactado ante la autoridad y el desenlace de la denuncia penal, no constituyen elementos facticos del tipo penal de violación sexual; en consecuencia, no existen elementos de prueba suficiente, por lo que, debe aplicarse el principio de indubio pro reo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.

1.1. El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

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

1.3. El artículo doscientos ochenta y cuatro del citado Código, establece los presupuestos absolutorios.

1.4. El artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba.

5
1.5. El inciso tercero contenido en el primer párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal –modificado por la ley 28704- que regula el *delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

1.6. El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al **delito de violación sexual realizado 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 la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

1.7. El inciso diez del artículo veinte del Código Penal, referente a la causa eximente o atenuante de responsabilidad penal, señala "el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición".

1.8. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204º de la Constitución establece que: "**La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal**".

1.9. Asimismo, el artículo ciento tres de la Constitución Política prevé que "**pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos**; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. **La ley se deroga por otra ley, también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.** "

1.10. El Acuerdo Plenario número dos – dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis, del treinta de septiembre del dos mil cinco –referente a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado-: "*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 enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: **Ausencia de incredibilidad subjetiva**. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. **Verosimilitud**, que 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. **Persistencia en la incriminación**, con las matizaciones que se señalan en el literal "c" del párrafo anterior. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto".

1.11. El Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/ CJ – ciento dieciséis, con carácter vinculante, que en su parte pertinente (considerando número nueve, parte final) señala lo siguiente: (...) "en cuanto a la excepción de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número siete - dos mil siete / CJ – ciento dieciséis a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho acuerdo plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años." (...).

1.12. El Acuerdo Plenario número uno – dos mil once/cj-116, asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual –de seis de diciembre de dos mil once-, referente a la **irrelevancia de la resistencia de la**

5

víctima de agresión sexual, señaló en el fundamento veintiuno que: “El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *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, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual (...) y en cuanto a **Declaración de la víctima, es estableció:** “La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente. Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. **B.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la

6

5 víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre. C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

1.13. El Acuerdo Plenario número uno – dos mil doce/CJ-ciento dieciséis asunto: reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo ciento setenta del Código Penal -veintiséis de marzo de dos mil doce-, en el fundamento jurídico número diecisiete se estableció que: *"No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique que el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente. Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley"*.

1.14. En la Sentencia del Tribunal Constitucional, de trece de octubre de dos mil ocho Exp. Número setecientos veintiocho – dos mil ocho-PHC/TC-Lima, caso, Giuliana Flor De Maria Llamuja Hilares, se señaló que: El texto constitucional establece expresamente en su artículo segundo, inciso veinticuatro, literal e), que **"Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"**. Este dispositivo constitucional supone, en **primer lugar**, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el

contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, **en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.** El principio *indubio pro reo*, por otro lado, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, debe estarse a lo que sea más favorable a éste (la absolución por contraposición a la condena). Si bien es cierto que el principio *indubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo uno de la Carta Fundamental). Ahora bien, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el *indubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el *primer caso*, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el *segundo caso*, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas - desde el punto de vista subjetivo del juez - genera duda de la culpabilidad del acusado (*indubio pro reo*), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente".

1.15. En La **sentencia del Tribunal Constitucional -recaída en el expediente N° ocho - dos mil doce PI/TC** -de doce de diciembre de dos mil doce- "Demanda de Inconstitucional contra el artículo 1° de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3 del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad: en el fundamento jurídico número ciento quince se estableció lo siguiente: "De lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173.3, inciso 3 del Código Penal,

modificado por la ley 28704: **el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18 años, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en material penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultaran 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 o 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 procesado nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente".**

TERCERO:.DEL ASPECTO DOGMÁTICO.

3.1. La carga de la prueba es un deber peculiar y exclusivo de cada una de las partes, que indica que se ha de probar y suministrar la prueba de un hecho, vale decir que la prueba de un hecho es un asunto de la parte que lo afirma. Es necesario percatarse a quien le corresponde la prueba de la acusación y a quién la prueba de la defensa. En la forma acusatoria del proceso, la carga de la acusación le corresponde al acusador y la carga de la defensa al acusado¹.

3.2. El Órgano Jurisdiccional debe ser imparcial, siendo que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que acuden a un tercero imparcial que es titular de las potestades, es decir, el Juez o Magistrado².

¹ FLORIÁN, Eugenio: "De las Pruebas Penales"; Ed. Temis, Bogotá, 1990, págs. 142 y 143.

² CUBAS VILLANUEVA, Víctor: tomando a Montero Aroca, Juan en "El Proceso Penal, Teoría y Práctica", Ed. Palestra, Lima, 2003, p. 56.

3.3. LA VIOLENCIA (*vis absoluta*).

El empleo de violencia a que se refiere el artículo ciento setenta del Código Penal, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto. En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, bastando la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor. De esta forma, la violencia (*vis absoluta*) ejercida por el agente sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar. Debe tratarse del despliegue de una determinada dosis de violencia física susceptible de quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, de allanar los obstáculos para la realización de la conjunción carnal³.

Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia (seria, persistente, real, efectiva) de la víctima, de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso con acceso carnal⁴.

3.4. AMENAZA GRAVE.

Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente⁵.

La intimidación, como medio comisivo alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia española como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra

³ BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Delitos Sexuales, Editorial Visión, Bogota 1984, p.90.

⁴ DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial T.I, 2da Edición, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2003, p.546.

⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel y Díaz Maroto, Julio, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra la libertad y seguridad, liberta sexual, honor y estado civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2da Edición, p.207.

u obra de causar una daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia.

Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa, que genere dicha intimidación⁶.

CUARTO: DEL DELITO MATERIA DE ACUSACION FISCAL.

Previsto en el inciso tercero del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, modificado por la ley veintiocho mil setecientos cuatro.

QUINTO: DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 173.3. DEL CÓDIGO PENAL - MODIFICADO POR LA LEY 28704-

Que conforme a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional citada -recaída en la sentencia N° 0008-2012-PI/TC, de 12 de diciembre del 2012- se establecieron dos clases de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad, en dos supuestos:

5.1. El primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados **en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso**, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre catorce años y menos de dieciocho años, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en material penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, **no resultaran sancionados penalmente;** y,

5.2. 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 o 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, **dependiendo de los hechos concretos**, podrán ser susceptibles de **"sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesado nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal** u otro tipo penal que resultara pertinente.

5.3. Es de resaltar que aunque no lo menciona, la sentencia del Tribunal Constitucional acoge la doctrina jurisprudencial que se deriva de los Acuerdos Plenarios número cuatro – dos mil ocho/ CJ – ciento dieciséis, número uno – dos mil once/ CJ – ciento dieciséis y número uno – dos mil doce/CJ-ciento dieciséis.

⁶ Quintero Olivares, Gonzalo, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Segunda Edición, Aranzadi, Navarra, Pág. 243.

SEXTO: ANÁLISIS DEL CASO.

6.1. DEL FALLO ARRIBADO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.

6.1.1. La Sala Sentenciadora consideró que el delito materia de juzgamiento se encuentra acreditada: "con el certificado médico, donde la menor agraviada, presenta desfloración antigua, por haberse practicado el reconocimiento médico con fecha dieciocho de junio del año dos mil nueve, cuando los hechos ocurrieron el primero de mayo del mismo años, es decir, después de más de un mes de ocurrido los hechos en juzgamiento. De otro lado, obra en autos el protocolo de pericia psicológica que concluye que la menor agraviada presenta trastorno de las emociones situacional y reacción ansiosa asociado a estresor de tipo sexual, recomendando recibir orientación psicológica para brindar el adecuado soporte familiar, y que requiere de apoyo psicológico, instrumental debidamente ratificada" (sic) -Conforme se aprecia del duodécimo considerando de la sentencia recurrida-

6.1.2. "Del análisis de toda las pruebas actuadas a nivel policial, judicial y durante el juicio oral y precisadas en los fundamentos precedentes, el Tribunal de Fallo, arriba a la convicción de que el acusado Ezequiel Quispe Flores, **mantuvo relaciones sexuales utilizando la violencia con la menor agraviada** de las iniciales E.G.T. de catorce años de edad, según consta de su partida de nacimiento, **utilizando para ello la violencia, y sin el consentimiento de la menor agraviada** (...). **En el presente caso el medio para la perpetración del delito es la violencia entendida como la violencia física que se ejerce sobre la víctima a fin de doblegar su voluntad**, medio que acontece en el presente caso que nos convoca y **que el acusado consumó el ilícito penal sexual instruido con violencia; además de ello, el acusado ultrajó sexualmente a la menor agraviada con dolo, conocimiento y voluntad de hacerle sufrir el acto sexual con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales**" (sic) -Conforme se aprecia del décimo tercer considerando de la sentencia recurrida-

6.2. ANÁLISIS PROBATORIO.

6.2.1. La menor tenía algo más de catorce años de edad al tiempo de los hechos -conforme es de verse en la partida de nacimiento obrante en el folio cuarenta y uno-

6.2.2 La indemnidad o intangibilidad sexual, se refiere específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición el

ordenamiento jurídico- bajo el criterio de interpretación sistemático- a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explico y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis⁷.

6.2.3. En la sentencia objetada se fundamenta la convicción sobre la autoría del procesado, en la declaración de la víctima, empero no se cumplió con valorarla de acuerdo con las pautas orientativas acuñadas por este Supremo Tribunal en el citado Acuerdo Plenario número dos – dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis –referente a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado- para ponderar con mayor rigor los relatos inculpatorios de quien es considerado sujeto pasivo del ilícito penal.

6.2.4. Al respecto, es de recordar la reiterada doctrina emitida por esta Suprema Sala Penal que, como se acaba de citar, viene admitiendo como prueba válida las manifestaciones del testigo - víctima de agresiones sexuales y la posibilidad de que sea el testigo único de los hechos porque, generalmente, son actos que se realizan fuera de la vista de otras personas que puedan dar noticia luego de ellos, quedando como sólo testigo excepcional la persona que los sufre y es víctima. Ha recogido la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo la necesidad de que ese testimonio único sea, rodeado de ciertas cautelas aseguradoras de la validez de lo que la víctima afirme, estas son: **a)** ausencia de incredulidad subjetiva que derivara de las previas relaciones entre acusado y víctima y que pudieran hacer comprender que la segunda obrara por móviles de

⁷ Conforme se aprecia en el 6° fundamento de la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N°1222-2011 – LIMA, de nueve de febrero de 2012

se encontraba; se acercaron al domicilio del procesado en horas de la noche del día siguiente acompañado del Teniente Gobernador, llegando a entrevistarse con la madre del denunciado y pasado una hora, la menor agraviada, el procesado, la madre y hermana de éste fueron a la casa de los padres de dicha menor, lugar donde el procesado pidió a la madre la mano de la menor agraviada en matrimonio, aceptando todos. **La menor agraviada permaneció durante una semana en la vivienda del procesado llegando a mantener relaciones sexuales en cinco oportunidades, sin embargo, regresó al domicilio de sus padres, por ello la madre denunció los hechos ante el Juez de Paz de Acocro, ante quien llegaron a un acuerdo que el procesado no cumplió (...)**".

6.3.2. Desde dicha perspectiva, se constata datos que explican la denuncia formulada por motivos de rencor, resentimiento y venganza; quedando así, configurada la incredulidad subjetiva en la testigo víctima de cargo, cuyo testimonio, erróneamente fue considerado verosímil por la Sala de Fallo.

6.4. DE LA INEXISTENCIA DE VIOLENCIA, AGRESIÓN O ABUSO SEXUAL, O GRAVE AMENAZA, CONTRA LA AGRAVIADA.

6.4.1. Desde la perspectiva de la prueba periférica, no se advierte que el relato histórico de cargo, se encuentre corroborado por plurales elementos periféricos que avalen la verosimilitud de las declaraciones de la víctima; acorde con ello, la Sala de Fallo no observó el proceso de fijación del presupuesto probatorio o acreditativo, a partir del cual se solventa la configuración del medio comisivo violencia o amenaza, desarrollados líneas arriba. **Contrario a ello, emerge y cobra verosimilitud la tesis de la presencia de consentimiento en las relaciones sexuales sostenidas entre el procesado y agraviada; ello con los comportamientos ex post a la comisión del hecho imputado**, esto es, los referidos sujetos procesales, sostuvieron relaciones sexuales en cinco ocasiones, en el lapso de una semana – conforme lo señaló la agraviada en el decurso del proceso-, actos que contaron, además del consentimiento mutuo, con la aprobación de parte de los progenitores de la agraviada -como lo recalcó el titular de la acción penal al describir los hechos materia de acusación-; pues conforme lo manifestó la propia agraviada no fue amenazada por el encausado (ver declaración brindada en presencia del Ministerio Público, obrante en el

folio treinta y seis); no obstante que en el contradictorio varió su versión señalando el procesado la llevó a la fuerza tomándola de la mano para conducirla a su casa; sin embargo en los debates orales cuando se le preguntó el motivo por el cual varió su primigenia versión; no brindó una respuesta coherente; máxime si en el plenario, se precisó que dicha menor pudo huir de la casa del procesado cuando salía a realizar sus necesidades fisiológicas –ver acta de sesión de audiencia de veinticinco de mayo de dos mil doce, obrante en el folio trescientos treinta y cuatro-.

6.4.2. En consecuencia al haber mediado consentimiento en la realización del evento, deviene en irrelevante penalmente la conducta del acusado, debido a la aplicación del inciso décimo del artículo veinte del Código Penal (eximente de responsabilidad) y conforme a lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional referente a la inconstitucionalidad del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

6.4.3 Se torna en innecesario analizar los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad, referidos fundamentalmente a consideraciones de irresponsabilidad penal, debido al sentido y contenido de ésta decisión.

7. DE LA INCONCURRENCIA DE DE LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL TIPO PENAL PREVISTO EN ARTÍCULO CIENTO SETENTA DEL CÓDIGO PENAL.

Finalmente, conforme a los lineamientos esbozados en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, al haberse descartado el uso de los medios comisivos, violencia o amenaza, no resulta jurídicamente aplicable la regulación del artículo ciento setenta del Código Penal, dado que su esencia radica en el empleo de violencia absoluta o compulsiva para la perpetración del abuso sexual, y ello no se ha probado.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

I. DECLARAR HABER NULIDAD en la sentencia de dos de agosto de dos mil doce – obrante en los folios trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y ocho-, que condenó a don **EZEQUIEL QUISPE FLORES** como autor del delito contra la libertad sexual – **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**– en agravio de la menor de identidad reservada, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó

por concepto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles a favor de la agraviada; y

II. REFORMÁNDOLA: ABSOLVER al citado encausado de la acusación fiscal por el indicado delito y agraviada;

III. DISPONER la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados en su contra como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la causa respecto al citado encausado; y encontrándose sufriendo carcelería:

IV. ORDENAR su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente; comunicando para tal efecto vía fax a la Primera Sala Penal de Ayacucho; y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN

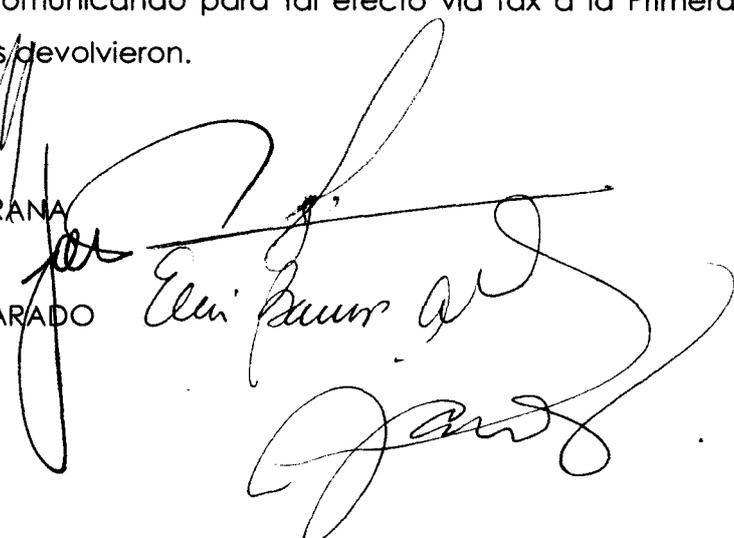
PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALAVARADO

TELLO GILARDI

JLSA/eam



SE PUBLICO CONFORME A LEY



Dra. **PILAR SALAS CAMPOS**
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

resentimiento o enemistad determinando incertidumbre al juzgador para alcanzar la convicción precisa para juzgar, **b)** corroboración del testimonio de la víctima por datos objetivos concomitantes y claramente relacionados que contribuyan a la verosimilitud de ese testimonio y **c)** solidez de las manifestaciones incriminantes que han de ser persistentes, plurales, sin cambios sustanciales de unas a otras, y sin ambigüedades ni contradicciones.

6.2.5. Tales elementos no fueron valorados ni ponderados razonadamente por el Tribunal Sentenciador para concluir que el hecho y la autoría del acusado se encuentra acreditada.

6.3. DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INCREDBILIDAD SUBJETIVA.

6.3.1 Bajo dichos cánones y exigencias probatorias en materia de delitos sexuales, se advierte la configuración de la incredibilidad subjetiva en el relato histórico de la agraviada, consistente en la no concreción de la promesa de matrimonio por parte del procesado, que impulsó a la presunta perjudicada a acusar mendazmente al procesado con quien luego de la comisión de los hechos mantuvo una **"relación de convivencia"** con el encausado por aproximadamente una semana, conforme así lo manifestó la aludida agraviada al señalar a escala preliminar que: **"permanecí en su casa por espacio de una semana", mis padres con el teniente gobernador vinieron a esa casa esa noche pero como teníamos dos cuartos Ezequiel se encerró conmigo en un cuarto y me repetía cada rato que no dijera nada porque esa noche nos iríamos a mi casa a pedir la mano ara casarnos (...)** a la hora fuimos a mi casa con la madre de Ezequiel y su hermana al llegar el pidió mi mano en casamiento (...) **no es justo que después que me violó ahora me vote como si fuera cualquier cosa** –ver respuestas de las preguntas ocho, nueve y quince de la declaración obrante en el folio treinta y ocho, realizada en presencia del representante del Ministerio Público- versiones que guardan relación con lo vertido por su progenitora quien en los debates orales declaró: **"el acusado con su familia vinieron a pedir la mano de su hija trayendo una caja de gaseosa"** –ver acta de sesión de audiencia de veinticinco de mayo de dos mil doce, brante en el folio trescientos treinta y ocho-; en efecto, resulta ilustrativo al respecto el factum de la imputación postulado por el ente persecutor al señalar que: **"Ezequiel Quispe Flores, se le acerca y la lleva a su domicilio comprometiéndose que se casaría con ella (...)** los progenitores de la menor agraviada, enterados del lugar donde