

RECURSO CASACIÓN N.º 727-2020/CALLAO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Actuación de la entrevista única. Prevalimiento. Colaboración.

Sumilla. 1. Lo relevante en materia de la declaración en cámara Gesell no son los problemas técnicos que dieron lugar a que no se filme la diligencia, sino que tal acto, irregular de por sí, no afectó los derechos de las partes, en tanto en cuanto existe el acta escrita levantada al efecto y no consta que ésta se adulteró o es falsa (ex artículo 152, numeral 1, literal c), del Código Procesal Penal) –el artículo 172, segundo párrafo, del Código Procesal Civil es impertinente al caso por referirse a las notificaciones–. La diligencia se actuó, en ella intervinieron el Ministerio Público, el perito psicólogo, la agraviada, sus padres y la defensa del imputado, y se levantó el acta correspondiente, luego; no se afectó un requisito esencial de su actuación. **2.** Desde una perspectiva abstracta, del alcance del prevalimiento, en orden al abuso de confianza, éste importa el quebrantamiento de un deber de lealtad puesto en el agente en el curso de relaciones de amistad o de otra índole, que hizo valer el agente (se aprovechó de ella), lo que facilita la comisión delictiva, más aún si, como en esta causa, la víctima es menor de edad que importó un desnivel notorio entre las posiciones de los sujetos concernidos –existe un plus de culpabilidad–. No cabe duda de esta circunstancia de superioridad y ventaja, pues el imputado era amigo de los padres de la agraviada desde hacía varios años atrás y los visitaba, incluso en algunas ocasiones se quedaba a cuidarla, por lo que ella y sus padres le tenían confianza, de modo que aprovechó tal situación para efectuarle tocamientos indebidos. **3.** El fundamento político criminal de la confesión es colaborar con la justicia, facilitando la investigación de lo sucedido al dar a conocer los pormenores de lo ocurrido y, de este modo, facilitar el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya ocurrido. Cuando se produce una retractación o se pone en duda lo que anteriormente expresó variando pasajes esenciales del hecho imputado la propia noción utilitaria de colaboración con la justicia se enerva.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, uno de septiembre dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia privada: los recursos de casación por inobservancia de precepto constitucional interpuestos por el encausado JOSÉ LUIS PULACHE ANTÓN y por el señor FISCAL SUPERIOR DEL CALLAO contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y ocho, de siete de agosto de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y siete, de quince de julio de dos mil diecinueve, condenó a José Luis Pulache Antón como autor del delito de actos contra el pudor con agravantes en agravio de J.P.M.F.M. a siete años y seis meses de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal de fojas cuatro, de diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, el encausado JOSÉ LUIS PULACHE ANTÓN el día diecisiete de marzo de dos mil dieciocho, como a las once horas con treinta minutos, en un cuarto del predio ubicado en el jirón Alfonso Ugarte número seiscientos veintisiete, segundo piso, del distrito de Bellavista – Callao, realizó tocamientos en el pecho (por debajo de la ropa), pierna y vagina (por encima de la ropa) a la menor J.P.M.F.M., de once años de edad. Asimismo, luego de ponerla en sus piernas, la besó en los labios, lo que provocó el llanto de la agraviada y su posterior rechazo, a la vez que le pidió que se retire del lugar, mientras el imputado le rogó que lo perdonara y que no le contara lo sucedido a sus progenitores.

∞ La conducta del imputado se llevó a cabo aprovechando la relación de amistad con los padres de la agraviada en vista que, en diversas oportunidades, se quedaba a solas con la víctima y su hermano menor en el interior de la vivienda, lo que le daba una posición de confianza respecto de la indicada agraviada. Ella en su declaración en cámara Gesell expresó que el imputado acudía a su casa una vez al mes o cada dos o tres meses y que la cuidaba.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite de la causa, se tiene lo siguiente:

1. La acusación fiscal de fojas tres, de diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, atribuyó a José Luis Pulache Antón la autoría del delito de actos contra el pudor, previsto en el tercer y último párrafo del artículo 176-A del Código Penal, concordante con el artículo 173 del citado Código. Solicitó diez años de pena privativa de libertad y el pago de quince mil soles por concepto de reparación civil.

2. La sentencia de primera instancia de fojas sesenta y siete, de quince de julio de dos mil diecinueve, condenó al encausado Pulache Antón a diez años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en cinco mil soles el monto por concepto de reparación.

∞ Sus fundamentos son los que a continuación se detallan:

A. La manifestación de la agraviada, como único testigo de los hechos, cumplió con los factores de certeza previstos en el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116. (i) En lo que respecta a la incredibilidad subjetiva, no se advirtió que la defensa adujo que la menor actuó por motivos de odio, resentimiento, enemistad u otros de carácter espurio, por el contrario existía una buena relación con la menor y la familia, al punto que el imputado, en varias ocasiones, se quedó al cuidado de los hijos menores de la familia. (ii) En cuanto a la verosimilitud del testimonio de la menor, conforme a lo informado por la perito psicóloga, su relato fue coherente, lógico para su edad, orientada en tiempo, espacio y persona, adecuada apariencia de acuerdo a su edad; asimismo, también dio cuenta de la afectación psicológica de tipo emocional, cognitiva,

compatible a evento de tipo sexual. Las apreciaciones periciales coinciden con la entrevista única de cámara Gesell, de veintisiete de junio de dos mil diecinueve, en la que la agraviada proporcionó explicaciones de la agresión que dotan de coherencia interna a su declaración. Asimismo, existe corroboración por parte de los padres de la menor Janeth Bety Purizaca Sánchez y Carlos Janampa Huaracaya quienes confirman el contenido del relato de su hija y dan cuenta de la buena relación que tenían con el imputado. También existe corroboración por parte de Rocío Janampa Huaracaya y Adriana Janampa Huaracaya, hermanas del padre de la menor, quienes informaron que encontraron a la menor llorando a causa del imputado y que les relató la agresión sufrida. (iii) Finalmente, sobre la persistencia en la incriminación, se cuenta con entrevista única en cámara Gesell y entrevista en consultorio psicológico, ambas coincidentes en su contenido y también en las apreciaciones de los especialistas.

- B.** La defensa argumentó que no hubo una intervención policial propiamente dicha sino que el encausado Pulache Antón se personó voluntariamente a la Comisaria. Señaló que él estaba en casa de unos amigos jugando con la menor agraviada, cuando ella de improviso le dio un beso, por lo que se asustó ante el llanto de la menor; que la entrevista en cámara única no fue filmada; que no existe principio de espontaneidad porque su declaración se llevó a cabo luego de más de un año.
- C.** El Juzgado Penal acotó que si bien es correcto que la entrevista no fue grabada, empero se utilizó audio; además, la pericia psicológica se realizó el mismo día del evento delictivo, lo que resulta admisible como prueba de cargo suficiente, más aún si se ha informado al respecto. De otro lado, la entrevista en cámara Gesell del veintisiete de junio de dos mil diecinueve, ordenada como prueba por el colegiado el diecinueve de junio de dos mil diecinueve, es pertinente y útil en razón a que en la entrevista de cámara Gesell del diecisiete de marzo de dos mil dieciocho no se cumplió con la filmación a fin de perennizar la misma.
- D.** El hecho de que la entrevista de cámara Gesell realizada el diecisiete de marzo de dos mil dieciocho no fue filmada le quitó el carácter de entrevista única, por lo que se vulneró la Guía de Procedimiento de Entrevista Única en Víctima, tal irregularidad se puso en conocimiento de la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público a fin que actúe conforme a sus atribuciones debido a que los fiscales a cargo no dispusieron de lo pertinente para grabar la entrevista única y por ende se perennice –el Tribunal Superior, empero, dejó sin efecto este punto de la sentencia de primera instancia–. Pese a ello, los hechos han sido acreditados.
- E.** Se fijó la reparación civil en cinco mil soles porque la psicóloga Medina Jiménez indicó que requería apoyo psicológico dada la afectación emocional cognitiva que tenía, no se ha acredita el monto solicitado por el actor civil (quince mil soles) a causa de que no hay documento que acredite que la menor haya concurrido a terapia psicológica.

3. El encausado interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas ciento veintiuno, de veintidós de julio de dos mil diecinueve. Alegó que realizó una incorrecta valoración de la prueba pericial, específicamente de la entrevista en cámara Gessell porque no fue filmada, consecuentemente, se vulneraron las reglas de admisión de la prueba de oficio; que se analizó en forma errada la declaración de la víctima debido a que no cumplió con lo estipulado en el Acuerdo plenario 02-2005, en el sentido que el acta de entrevista única es nula; que se incurrió en una motivación aparente de la confianza al indicar que tiene particular autoridad sobre la víctima; que no se motivó el elemento típico trascendente y no se motivó debidamente (motivación aparente) los requisitos de la reparación civil; que la entrevista única que fue incorporada como prueba documental no se podía hacer por decisión fiscal.

4. El Tribunal Superior, tras el trámite impugnativo correspondiente, dictó la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y ocho, de siete de agosto de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia impuso al encausado Pulache Antón siete años y seis meses de privación de libertad. Sus argumentos son como siguen:

- A. La acusación fiscal está acreditada con la versión de la menor, según acta de entrevista de diecisiete de marzo de dos mil dieciocho. La validez de la versión obtenida en esta entrevista no está afectada en ningún modo por la falta de filmación debido a un caso de fuerza mayor del Ministerio Público que fue debidamente explicado, ello conforme al artículo 152, apartado 1, del Código Procesal Penal y el artículo 172, segundo párrafo, del Código Procesal Civil. Asimismo, está corroborada por el acta de entrevista única, de fojas doscientos diez, de veintisiete de junio de dos mil diecinueve, del cuaderno noventa y cinco, dispuesta de oficio por el juzgado colegiado [acta de juicio oral de diecinueve de junio de dos mil diecinueve, a fojas ciento ochenta y ocho del cuaderno noventa y cinco].
- B. Lo expuesto en la entrevista inicial quedó confirmado con el cuaderno noventa y cinco, acta de fojas doscientos diez y acta de juicio del trece de mayo de dos mil diecinueve, de fojas noventa y tres, así como las versiones corroborativas que obran en el mismo cuaderno.
- C. Tanto por la versión de la menor y sus familiares como por la exposición del propio Pulache Antón se acreditó que existía amistad entre ellos. Incluso se presentaron coincidencias en las versiones del acusado y de la agraviada. El imputado entró en contradicciones cuando aceptó los tocamientos indebidos y el beso, pero dijo que si bien la menor lo besó él no le correspondió. Se corroboró que hubo contacto inapropiado con la menor con el mérito de los estudios psicológicos realizados a la víctima.
- D. La menor tiene una versión coherente y persistente, la cual está acompañada de corroboraciones. Por el contrario, la versión brindada por el acusado Pulache Antón no fue corroborada y en determinado momento tuvo un contenido contradictorio, pues sostuvo una posición tanto de inocencia como de responsabilidad.

E. La confesión sincera permite una reducción de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo según el artículo 161 del Código Procesal Penal. Al no tratarse de una confesión sincera plena, dado el reconocimiento de la autoría, contenido en su declaración policial, la reducción será en un cuarto por debajo del mínimo.

5. Contra la sentencia de vista, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación. Éste corre en el escrito a fojas doscientos cinco, de diecisiete de agosto de dos mil veinte. Asimismo, también recurrió el acusado Pulache Antón; su recurso corre a fojas doscientos setenta y seis, y es de fecha veinte de agosto de dos mil veinte.

TERCERO. Que el encausado PULACHE ANTÓN en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos setenta y seis, de veinte de agosto de dos mil veinte, invocó como motivo de casación: inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, Código Procesal Penal). Alegó que no se dio respuesta a los agravios materia de su recurso de apelación; que se aceptó como válida la declaración de la agraviada; que cuestionó la supuesta afectación psicológica de la víctima, sin obtener debida respuesta; que la declaración en cámara Gessel de la agraviada no fue filmada, por lo que resulta inválida para su apreciación; que la versión de la agraviada no fue corroborada; que él siempre rechazó los cargos.

CUARTO. Que el señor FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos cinco, de diecisiete de agosto de dos mil veinte, planteó como motivo de casación: inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, Código Procesal Penal). Argumentó que se vulneró la garantía de legalidad; que se sostuvo la confesión sincera para la reducción de la pena, se valoró la versión del imputado en sede preliminar; sin embargo, el imputado no fue consistente con su confesión preliminar pues en el acto oral negó los cargos y se declaró inocente.

QUINTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento cuatro del cuadernillo formado en esta Sala Suprema, de veintiséis de marzo de dos mil veintiuno, es materia de dilucidación en sede casacional, por su amplitud, la causal de inobservancia de precepto constitucional.

∞ El examen casacional ha de comprender el análisis de **(i)** los alcances de la confesión sincera, su concepto o alcance y efectos; **(ii)** la eficacia de la entrevista única llevada a cabo el diecisiete de marzo de dos mil dieciocho, al no haber sido filmada y la motivación utilizada sobre este punto; **(iii)** el reconocimiento de la comisión del delito atribuido en la declaración preliminar del imputado; **(iv)** si se respondió a los agravios respecto al cuestionamiento de la pericia psicológica; y, **(v)** la aplicación de la circunstancia agravante específica de prevalimiento.

SEXTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios

por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas ciento diez, de trece de julio del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día miércoles veinticinco de agosto de este año. El mismo día, con posterioridad a la audiencia, La Fiscalía Suprema presentó requerimiento por escrito en el que planteó se declare fundados los recursos de casación interpuestos por el Fiscal Superior y el encausado.

SÉPTIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia privada de casación se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez, y la defensa del imputado Pulache Antón, doctora Judith Antonieta Rebaza Antúnez.

OCTAVO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional radica en el examen de denuncias de quebrantamiento de preceptos procesales (la eficacia de la entrevista única del diecisiete de marzo de dos mil dieciocho al no haber sido filmada, el reconocimiento de la comisión del delito atribuido en la declaración preliminar del imputado, y si se respondió a los agravios respecto al cuestionamiento de la pericia psicológica) y de infracción de preceptos materiales (aplicación de la circunstancia agravante específica de prevalimiento y efectos de la confesión sincera). Tales agravios fueron planteados desde una perspectiva constitucional (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y presunción de inocencia).

∞ Siendo así, en primer lugar, es de rigor examinar aquellas denuncias casacionales referidas a la validez o legitimidad del procedimiento y de la sentencia; y, en segundo lugar, si y solo si estas son desestimadas, corresponde analizar las denuncias casacionales concernientes a la infracción de las normas materiales referidas a la tipicidad y al *quantum* de la pena impuesta.

SEGUNDO. Que, en cuanto a la declaración en cámara Gesell, aparece de autos que ésta se realizó, en una primera oportunidad, el día diecisiete de marzo de dos mil ocho, bajo la conducción del Ministerio Público y con la presencia del defensor del imputado Pulache Antón. Según su tenor fue materia de grabación. Empero, la grabación en imágenes no se consolidó. El Tribunal Superior así lo consideró en función a lo expuesto por el Ministerio Público y entendió que se produjo una causa de fuerza mayor [folio dos, punto cinco, de la sentencia de vista]. En todo caso, consta el acta escrita de dicha declaración especializada. Es importante tener presente que conforme al artículo 120 del Código Procesal Penal la actuación procesal se documenta por medio de acta y es posible su reproducción audiovisual –que la normatividad especializada en

estos casos exige la simultaneidad de ambos medios–, de suerte que la invalidez del acta está en función a lo estipulado en el artículo 121 del citado código.

∞ En vista de la ausencia de filmación de esta declaración en cámara Gesell, el Juzgado Penal dispuso su repetición en el acto oral, bajo la formalidad de su actuación en cámara Gesell, la que se realizó en la sesión del día veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

∞ Es evidente que entre ambas declaraciones no existen diferencias sustanciales. La sindicación de la agraviada es directa, precisa, coherente, sin contradicciones. Se cuestiona que la primera declaración no es válida procesalmente porque no consta la filmación, pero es obvio que en caso de que ello ocurra se tiene el acta de declaración firmada por todos los participantes y asistentes a ella. Lo relevante no son los problemas técnicos que dieron lugar a que no se filme la diligencia, sino que tal acto, irregular de por sí al faltar la grabación audiovisual, no afectó los derechos de las partes, en tanto en cuanto existe el acta escrita levantada al efecto y no consta que ésta se adulteró o es falsa (ex artículo 152, numeral 1, literal ‘c’, del Código Procesal Penal) –el artículo 172, segundo párrafo, del Código Procesal Civil es impertinente al caso por referirse a las notificaciones–. La diligencia se actuó efectivamente, en ella intervinieron el Ministerio Público, el perito psicólogo, la agraviada, sus padres y la defensa del imputado, y se levantó el acta correspondiente. Luego, no se afectó un requisito esencial de su actuación.

∞ Por otro lado, el Juzgado Penal entendió que debía repetirse la declaración, asumiendo empero una concepción formalista del acto procesal (falta de un elemento: filmación); y, por ello, correctamente, a pedido de las partes acusadoras, ordenó su nueva actuación, la que se realizó cumpliéndose con el protocolo correspondiente –la meta del proceso es el debido esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad, y si no se contaba con la declaración de la víctima, lógico era tratar de obtenerla en atención a su indispensable utilidad: artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal, que autoriza la prueba final sea a pedido de parte o de oficio–. Tal declaración, como se anotó, es coincidente en lo esencial con la declaración anterior; y, el hecho de su repetición, de por sí, aun cuando puede restarle espontaneidad, no eliminó en el caso concreto el contenido de su información, sinceridad y veracidad. Cabe apuntar que la lógica de la declaración única para víctimas especialmente vulnerables es que declaren en una sola oportunidad para evitar una re-victimización, para lo cual empero debe cumplirse con el principio de contradicción en su formación; y, como se trataría de una prueba sumarial (preconstituída en la anterior legislación y anticipada en la vigente legislación tras la reforma del artículo 242, apartado 1, literal d), del Código Procesal Penal, mediante el Decreto Legislativo 1307, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis), basta su lectura u oralización, formal, en el plenario (es una excepción a la formación con intermediación de una prueba personal). En el presente caso, la declaración de la víctima se realizó como una prueba personal común y bajo la especialidad estipulada en el artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal.

∞ Entonces, las dos declaraciones en cámara Gesell tienen pleno valor probatorio, lo que importa que sean utilizables y válidas para la conformación de la sentencia.

TERCERO. Que el imputado Pulache Antón declaró en sede preliminar, en el ámbito global del procedimiento preparatorio [véase: folio seis, del párrafo diez, literal ‘a’, de la sentencia de vista] y, luego, lo hizo en el plenario [según se detalló en la sentencia de primera instancia, folios tres y cuatro, párrafo segundo] –en el turno de autodefensa negó los hechos acusados–. Empero, la declaración preliminar no fue incorporada al juicio o plenario, pues sobre ella no se formularon preguntas ni su texto se oralizó. Luego, no es posible sustentar en ella punto alguno de la sentencia, al amparo del artículo 393, apartado 1, del Código Procesal Penal que estatuye que: *“El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”*.

CUARTO. Que la pericia psicológica 004680-2018-PSC dio cuenta de los instrumentos y técnicas utilizadas para el examen de la agraviada y desde ellos, como de la entrevista psicológica realizada (un instrumento psicológico más) concluyó que la niña presentó una afectación psicológica de tipo emocional cognitiva compatible a evento de tipo sexual –el narrado, por lo demás, en sus declaraciones ante la autoridad– y, por ello, además, requiere de apoyo psicológico.

∞ La defensa del imputado en el recurso de apelación señaló que la evaluación psicológica fue incorrectamente evaluada y la correlacionó con la declaración en cámara Gesell. Se señaló en casación que el Tribunal Superior no respondió acabadamente este punto impugnativo. Al respecto, cabe enfatizar lo siguiente: En primer lugar, el Tribunal Superior se sustentó mayormente en la declaración de la víctima prestada en su presencia. En segundo lugar, no consideró ineficaz la primera declaración en cámara Gesell de la víctima, conclusión que desde argumentos específicos esta Sala de Casación considera arreglada a ley. En tercer lugar, si el presupuesto de la censura casacional ha sido descartado, mal puede tener significación relevante la impugnación de la parte acusada. En cuarto lugar, no existe compatibilidad en todo el material probatorio disponible, sino que la pericia psicológica en sí misma considerada es completa y sólida en sus conclusiones.

∞ Este motivo casacional se desestima.

QUINTO. Que, en conclusión, las reglas de procedimiento y las de formación probatoria no han sido quebrantadas. El debido proceso no ha sufrido vulneraciones que lo desnaturalizan. La regularidad del proceso ha sido respetada y lo actuado en el plenario de primera instancia y en el trámite del juicio de segunda instancia no presenta vicios procesales relevantes que le resten eficacia.

∞ Desde las garantías procesales de tutela jurisdiccional (sentencia de fondo fundada en derecho) y motivación, es evidente que las sentencias de mérito, específicamente la de vista, y, en lo ratificado por ella, la sentencia de primera

instancia, dieron cuenta de las pruebas de cargo, de su específico sentido inculpatorio, de su carácter lícito y de su suficiencia. Se indicó lo que mencionó la víctima y el conjunto de la prueba testifical y pericial que revelaba no solo la credibilidad del testimonio de la víctima, la ausencia de problemas graves entre la niña y sus padres con el imputado, la coherencia interna del testimonio incriminador, y su apoyo de determinados pasajes del mismo en la prueba testimonial y pericial [véase, en especial, el segundo fundamento de hecho, literal a, de esta sentencia casatoria, así como el párrafo trece punto dos de la sentencia de primera instancia: folios treinta y cuatro a cuarenta y cinco]. Así las cosas la conclusión condenatoria es correcta, que está escoltada de una argumentación precisa, completa y racional (no existen patologías de motivación), en función además al cumplimiento de las reglas de prueba y de juicio de la garantía de presunción de inocencia (véase: artículo 2, numeral 24, literal 'e', de la Constitución y artículo II, numeral 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

SEXTO. Que, respecto de la circunstancia agravante específica de prevalimiento, la defensa del imputado impugnó su aplicación al presente caso. Sin embargo, tal circunstancia es lo que precisamente se presentó en el *sub-judice*. El artículo 176-A del Código Penal en su versión fijada por la Ley 28704 de cinco de abril de dos mil seis, fijaba una pena no menor de diez ni mayor de doce años de privación de libertad, cuando, entre otros supuestos, el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. El texto vigente de ese precepto legal en orden a esa agravante específica, conforme a la Ley 30838, de cuatro de agosto de dos mil dieciocho, fue eliminado pero, a su vez, elevó la pena para el supuesto general y único de tocamientos indebidos a menor de edad de nueve a quince años de privación de libertad.

∞ Desde una perspectiva abstracta, del alcance de esta agravante específica, el prevalimiento, en orden al abuso de confianza, importa el quebrantamiento de un deber de lealtad puesto en el agente en el curso de relaciones de amistad o de otra índole, que hizo valer el agente (se aprovechó de ella), lo que facilita la comisión delictiva, más aún si, como en esta causa, la víctima es menor de edad que importó un desnivel notorio entre las posiciones de los sujetos concernidos –existe un plus de culpabilidad–. No cabe duda de esta circunstancia de superioridad y ventaja, pues el imputado era amigo de los padres de la agraviada desde hacía varios años atrás y los visitaba, incluso en algunas ocasiones se quedaba a cuidarla, por lo que ella y sus padres le tenían confianza, de modo que aprovechó tal situación para efectuarle tocamientos indebidos.

SÉPTIMO. Que el Tribunal Superior en el párrafo diez de la sentencia de vista [folio seis] aseveró que el imputado en sede policial admitió los cargos y solicitó acogerse a una terminación anticipada, por lo que estimó que se trató de una confesión sincera desde que fue relevante antes de la formalización del proceso. Asimismo, indicó que el imputado en juicio oral sostuvo una versión tanto de inocencia como de responsabilidad; luego, ante la duda debe aplicarse

la ley más favorable, por lo que corresponde una reducción por confesión sincera dado el sentido de su declaración policial, pero como no es una confesión plena la reducción debe ser un cuarto por debajo del mínimo legal conminado.

∞ Esta concepción no es de recibo. Ya se estipuló que la declaración preliminar no fue materia de contradicción y debate en el juicio oral, por tanto carece de eficacia procesal [vid.: fundamento jurídico tercero]. Y, en todo caso, a los efectos del artículo 160 del Código Procesal Penal se requiere que la admisión de los cargos o imputación formulada en contra del encausado sea sincera y espontánea. Esto último hace mención a la coherencia y persistencia de su declaración, y a su compatibilidad con los demás elementos de prueba. Si se sigue la concepción del Tribunal Superior, de utilizar la declaración preliminar del imputado, no sería aceptable entenderla como confesión sincera pues en el juicio oral negó los cargos, lo que dio lugar a una amplia actividad probatoria en el plenario. Por lo demás, la confesión es sincera o no lo es –no son admisibles términos medios, ha de ser plena y uniforme–. La admisión de cargos, es de insistir, ha de ser total y constante (perseverante) en todas las etapas del proceso o no se está ante una confesión sincera.

∞ Lo expuesto es patente en la medida que el fundamento político criminal de la institución es colaborar con la justicia, facilitando la investigación y el enjuiciamiento de lo sucedido al dar a conocer los pormenores de lo ocurrido y, de este modo, posibilitar el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya ocurrido (ésta ahorra esfuerzos en la investigación y en el enjuiciamiento). Cuando se produce una retractación o se pone en duda lo que anteriormente expresó variando pasajes esenciales del hecho imputado la propia noción utilitaria de colaboración con la justicia se enerva.

∞ En conclusión, atento incluso que en el recurso la defensa del imputado cuestionó haber aceptado total o parcialmente los cargos y al hecho que el acusado en el momento de la última palabra fue enfático en negarlos, no es posible aceptar la aplicación del artículo 161 del Código Procesal Penal. Por ello, no cabe disminución de la pena hasta por debajo del mínimo legal sea el porcentaje que fuera.

∞ La aplicación errónea del artículo 161 del citado Código importa ratificar la pena impuesta en primera instancia, que además fue coincidente con la solicitada en la acusación fiscal. No corresponde a la casación variar la pena si no se ha producido una vulneración objetiva de alguna regla de medición de la pena.

OCTAVO. Que, en suma, cabe desestimar el recurso de casación del imputado y amparar el recurso de casación de la Fiscalía –en este último caso la sentencia casatoria debe ser rescindente y rescisoria, desde que es de aplicación el artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal porque no es necesario un nuevo debate–. De conformidad con los artículos 504, numeral dos, del Código Procesal Penal, las costas del recurso debe abonarlas el imputado recurrente.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal de inobservancia de precepto constitucional, interpuesto por el encausado JOSÉ LUIS PULACHE ANTÓN contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y ocho, de siete de agosto de dos mil veinte, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y siete, de quince de julio de dos mil diecinueve, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor con agravantes en agravio de J.P.M.F.M.; con todo lo demás que al respecto contiene y es materia de su recurso. **II. CONDENARON** al citado imputado al pago de las costas del recurso de casación, que se liquidarán por Secretaría y se ejecutarán por el Juez de la Investigación Preparatoria competente. **III. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de inobservancia de precepto constitucional, interpuesto por señor FISCAL SUPERIOR DEL CALLAO contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y ocho, de siete de agosto de dos mil veinte, que revocando en un extremo la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y siete, de quince de julio de dos mil diecinueve, condenó a José Luis Pulache Antón como autor del delito de actos contra el pudor con agravantes en agravio de J.P.M.F.M a siete años y seis meses de pena privativa de libertad; con todo lo demás que al respecto contiene y es materia de este recurso de casación. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en cuanto al quantum de la pena privativa de libertad impuesta; y, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que le impuso diez años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el diecisiete de marzo de dos mil dieciocho vencerá el dieciséis de marzo de dos mil veintiocho. **IV. MANDARON** se remita la causa al Tribunal Superior para que curse los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **V. DISPUSIERON** se lea la sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente a las partes, y se publique en la página Web del Poder Judicial; registrándose. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR