



VOTO MINORITARIO DE LA JUEZA SUPREMA PONENTE SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU

ABSOLUCIÓN POR INSUFICIENCIA PROBATORIA

Sumilla. No se actuaron medios probatorios suficientes que desvirtúen la presunción de inocencia que asiste al sentenciado. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia condenatoria y, reformándola, absolverlo de la acusación fiscal.

Lima, seis de abril de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado **CÉSAR ENRIQUE CÁRDENAS SUSAYA**, en contra de la sentencia del veintiocho de mayo de dos mil diecinueve (foja 1031), emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio del menor identificado con clave N.º 049-2015; y, como tal, se le impuso treinta años de pena privativa de libertad; además, fijó el pago de treinta mil soles como reparación civil, a favor del agraviado, con lo demás que contiene.

Oído el informe oral de la defensa. Con lo expuesto por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO

PRIMERO. Con base en la acusación fiscal escrita y ratificada en juicio oral (fojas 229 y 1016, respectivamente), la Sala Superior emitió sentencia del veintiocho de mayo de dos mil diecinueve, que condenó a Cárdenas Susaya por haber violado vía acceso bucal, al menor de tres años identificado con clave N.º 049-2015.

En cuanto a su **responsabilidad penal**, se consideró que la principal prueba de cargo en su contra era la sindicación del menor, la que fue analizada conforme con los tres requisitos de validez del Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116:



1.1. Sobre la ausencia de incredulidad subjetiva concluyó que el referido menor conocía al acusado como Pastor y cada vez que se encontraban, este le invitaba dulces. Aspecto no cuestionado por la defensa.

1.2. En lo concerniente a la verosimilitud, se analizó el dicho del menor, quien textualmente refirió que: "El pastor me metió en la boca pipilín", y que existían otras pruebas periféricas que lo corroboraban, consistentes en: **i)** La declaración de Liliam Rosmery (madre del menor), quien manifestó que su hijo conocía a Cárdenas Susaya como "Pastor" y existía confianza entre ambos porque este siempre le compraba golosinas. El 18 de setiembre de 2015 ingresó desesperado a la habitación y llorando, hasta que le contó en sus palabras sobre la agresión que sufrió, motivo por el cual ella se dirigió a la habitación de Cárdenas Susaya para agredirlo. Precisó que este se encontraba en estado de ebriedad, lo que fue corroborado por el PNP Brando Vladimir Javier Navarro. **ii)** La pericia psicológica practicada a Cárdenas Susaya, en cuyas conclusiones se aprecia que tiene personalidad disocial e inestable, así como un perfil psicosexual inmaduro, con poco control de impulsos. **iii)** El Certificado Médico Legal N.º 051069-E-IS, según el cual el menor tenía tres años al momento de los hechos, punto importante, ya que al interponerse la denuncia el menor no contaba con ningún documento personal que acredite su edad.

1.3. Respecto a la persistencia, estimó que, para evitar su revictimización, el menor solo declaró a nivel preliminar; por ende, no ratificó su sindicación en otra etapa del proceso; sin embargo, aquella única manifestación reviste de legalidad y puede ser valorada, por cumplir con las exigencias de los artículos 62 y 72 del Código de Procedimientos Penales (C de PP).

En cuanto a la **determinación judicial de la pena**, la Sala Superior invocó la STC N.º 10-2002-AI/TC-Lima para desestimar la cadena perpetua prevista para el delito de violación sexual de menor de edad y solicitada por el fiscal superior. Consideró que vulneraba los derechos a la libertad personal y dignidad humana, así como el principio resocializador de la pena, pues, entre otros, anulaba la esperanza del sentenciado de lograr la libertad. Por lo que, de acuerdo, con las



características particulares de Cárdenas Susaya¹, le impuso treinta años de pena privativa de libertad.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

SEGUNDO. La defensa del sentenciado Cárdenas Susaya formuló recurso de nulidad (foja 1045) y sostuvo como agravios los siguientes:

2.1. El día de los hechos, su patrocinado solo estuvo en su cuarto, libando licor junto con los padres del menor, por tanto, no participó en los hechos y cuando lo intervinieron, ni siquiera intentó huir porque sabía que no era culpable. Precisó que el papá del menor buscó un pretexto para denunciarlo porque días antes discutieron, a raíz de que la abuela del menor vio que su patrocinado trataba a la esposa del padre del menor como si fuese su mujer.

2.2. La condena se basó esencialmente en la declaración extrajudicial del menor, que no fue recibida mediante cámara Gesell, ni con la presencia de un abogado.

2.3. No se practicó una pericia psicológica al menor que acredite algún daño psíquico producto de los hechos imputados.

2.4. La declaración de la madre del menor es referencial, pues no presenció ni escuchó algo el día los hechos, y a nivel judicial agregó que encontraron a su patrocinado con el pantalón abajo, lo que no se condice con el modo en que fue intervenido.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SUSTENTO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOGMÁTICO

TERCERO. Como el acusado Cárdenas Susaya alegó inocencia, se tiene en cuenta que el principio de presunción de inocencia, consagrado en el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política prescribe que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

¹ A la fecha de los hechos se dedicaba a la venta de objetos de segundo uso en lugares de dudosa procedencia, y carecía de recursos económicos y educacionales.



Conforme con la doctrina y jurisprudencia, sus dimensiones en el proceso penal son las de principio y como regla: de tratamiento, probatoria y de juicio. Como regla probatoria, exige la actuación de suficiente prueba de cargo directa o indiciaria sobre la existencia del hecho y la intervención del acusado. Y como regla de juicio, que si luego de la valoración de la prueba, el juzgador no llega a la certeza sobre la culpabilidad del acusado debe declarar su inocencia.

CUARTO. En consonancia con el principio anotado, se tiene el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, consagrado en el inciso 5, artículo 139, de la Norma Fundamental, el cual constituye un derecho fundamental del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y asegura que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino exige que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión².

QUINTO. En suma, para que el órgano jurisdiccional emita sentencia es preciso que tenga plena certeza respecto de la responsabilidad o irresponsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser motivada debidamente con base en actuación probatoria suficiente³. Esto implica que, en cada caso en concreto, se verifique el acopio de prueba pertinente, conducente y útil, además de que se valore a la luz de las exigencias del delito en cuestión.

SEXTO. En el caso que es materia de autos, se acusó al recurrente por el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el inciso 1, artículo 173, del Código Penal (CP)⁴, el cual sanciona con cadena perpetua a aquel que 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 diez años de edad.

SÉPTIMO. El acceso bucal es también denominado **violación a la inversa**, el cual admite la felación activa (cuando el sujeto activo introduce el miembro viril del menor en su cavidad bucal) y felación pasiva (cuando este introduce su propio

² STC. N.º 03433-2013-PA, del 18 de marzo de 2014, fj. 4.

³ Recurso de Nulidad N.º 2729-2015/Lima Sur, del 14 de setiembre de 2017.

⁴ Modificado por la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, vigente al momento de los hechos.



órgano sexual en la cavidad bucal del menor). Esta interpretación permite tutelar integralmente el bien jurídico protegido de indemnidad sexual⁵.

En sentido similar, se pronunció el Tribunal Supremo español que interpretó el concepto de *acceso carnal* como equivalente a *acceder carnalmente* y a *hacerse acceder*⁶, y consideró como violación sexual cuando la víctima es penetrada como cuando es obligada a penetrar.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

OCTAVO. Para analizar la sentencia de mérito, se tiene como punto de partida el principio de congruencia recursal que determina los límites de revisión de este Supremo Tribunal, y en cuya virtud el ámbito de la resolución únicamente se circunscribe a las cuestiones promovidas en el recurso⁷. Al respecto, como un primer agravio, la defensa cuestionó la validez de la sindicación del menor agraviado, pues alegó que no se recibió mediante cámara Gesell.

NOVENO. Como se anotó, la Sala Superior sustentó la condena de Cárdenas Susaya en la **declaración preliminar del menor identificado con clave N.º 049-2015**, recibida el mismo día de los hechos, con presencia de su madre, la fiscal de Familia y la PNP instructora (foja 8). En el acta correspondiente se consignó que el citado menor refirió palabras entrecortadas y, entre ellas, indicó textualmente: “Me ha metido boca pipilín, el pastor me metió en la boca pipilín”. Agregó que esto sucedió cuando se encontraba en la cama, y al preguntarle si esa fue la primera vez, el menor contó que pasó con anterioridad, luego rió y guardó silencio.

En cuanto a la descripción de “Pastor”, dijo que era un hombre grande, con cabello en la cabeza. La fiscal de familia dejó constancia de que reconocía las partes del cuerpo humano, como los ojos, boca, piernas y a los órganos genitales les decía “pipilín”.

DÉCIMO. De la revisión de los actuados, se verifica que esa fue la única oportunidad en que el menor declaró sobre los hechos y, en efecto, tal como lo

⁵ Recursos de Nulidad números 4029-2014 y 189-2017/Junín.

⁶ SSTC 909/2005 del 8 de julio de 2005.

⁷ Casaciones números 215-2011/Arequipa y 147-2016/Lima, así como la STC N.º 05975-20D8-PHC/TC.



señaló la defensa del sentenciado en el informe oral de la vista de la causa, su manifestación no se recibió mediante entrevista única en cámara Gesell, ni se contó con un abogado que lo represente.

Al respecto, es importante señalar que era de suma importancia resguardar la forma en que se recibía esta primera declaración del menor. Es más, desde que se usa la herramienta forense de cámara Gesell, se ha proscrito que los efectivos policiales reciban directamente la declaración de los agraviados⁸ para evitar la victimización secundaria, es decir, que evoquen en reiteradas veces la agresión vivida. En el caso de menores de edad, su uso es especialmente importante, pues en atención al interés superior del niño, la entrevista se realiza con un lenguaje adecuado a su edad, cultura e instrucción educativa.

DECIMOPRIMERO. Cabe precisar que, al momento de los hechos⁹, era de aplicación la Guía para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual¹⁰, en la cual se estableció que, en todos los casos que se atribuyan los delitos de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, el testimonio del niño, niña o adolescente agraviado debía cautelarse a través de la entrevista única, y en caso de flagrancia –como se alegó en este caso– dicha declaración debía recepcionarse en el plazo de veinticuatro horas.

Esta debía ser dirigida por el fiscal penal, el fiscal de familia o el fiscal mixto, según corresponda, y realizada por el psicólogo del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, pues dicho profesional cuenta con los conocimientos teóricos y técnicos para lograr obtener los elementos fácticos que requieren los fiscales¹¹. Además, debe realizarse en una sola sesión que consta de tres etapas (previa¹², entrevista única y etapa posterior¹³) y en una cámara Gesell, que tiene dos

⁸ En determinados delitos, como los sexuales.

⁹ A la actualidad se cuenta con el Protocolo de entrevista única para niños, niñas y adolescentes en cámara Gessell, aprobada en el 2019.

¹⁰ Aprobada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1247-2012-MP-FN, del 22 de mayo de 2012.

¹¹ En caso existan investigados mayores y menores de edad, quien dirige la entrevista es el fiscal penal previa coordinación con el fiscal de Familia, a fin de que se comunique al psicólogo cuáles son los elementos fácticos que son necesarios conocer.

¹² Incluye la denuncia y evaluación médico legal.

¹³ Incluye la evaluación psicológica y la derivación de la víctima para su tratamiento a los servicios de salud, y a la unidad de víctimas y testigos cuando corresponda.



ambientes separados por un vidrio espejado: **i)** un ambiente de entrevista, donde se encuentra el agraviado y el psicólogo, y **ii)** un ambiente de observación, destinado a los sujetos procesales, esto es, el fiscal, los padres o responsables del agraviado, el abogado de la víctima, el abogado del imputado y el policía.

Simultáneamente se registra la entrevista en medio audiovisual que graba la expresión verbal y no verbal del entrevistado así como del entrevistador

DECIMOSEGUNDO. Si bien la Observación General N.º 12 del Comité de los Derechos del Niño reconoce el derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado en el proceso judicial y que esta opinión sea tomada en consideración¹⁴, queda claro que esto no implica que dicha declaración sea recibida de cualquier manera, sino que, por el contrario, justamente para resguardar los intereses del menor y las partes, estas se deben recibir con determinadas garantías, las que en este caso no se cumplieron.

En efecto, la declaración del menor de edad fue recibida en un ambiente no adecuado, guiado en las preguntas sin una especialista –más aún considerando que el menor tenía tres años–, no se registró su declaración en audio y video, tampoco contó con la participación de la defensa.

DECIMOTERCERO. Además, el fiscal superior no solicitó la oralización de la citada declaración en juicio oral¹⁵, por lo que la defensa no tuvo oportunidad de contradecirla. En relación a lo anotado, uno de los agravios de la defensa es que la Sala Superior valoró la citada declaración con base en los artículos 62¹⁶ y 72¹⁷ del C de PP. Al respecto, una diligencia en sede preliminar tan importante, como fue la declaración del menor debe contar con la participación de un defensor de libre elección o un defensor público, si esto no ocurre trae como

¹⁴ Posteriormente, reconocido por la Ley N.º 30466 del 17 de junio de 2016, que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

¹⁵ Conforme fluye del contenido de las actas de juicio oral.

¹⁶ Artículo 62 del C PP.- La investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los jueces y tribunales, conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del Código.

¹⁷ Artículo 72 del C PP.- Las diligencias actuadas en la etapa policial, con la intervención del Ministerio Público, y las practicadas por el propio fiscal provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento.



consecuencia que su valor probatorio se relativice si es que no cuenta con elementos probatorios que lo corroboren.

Además, para que este acto de investigación sea valorado por la Sala Superior, debió ser incorporado en la etapa de oralización de la prueba instrumental a efectos de permitir el contradictorio entre las partes, tal como lo dispone el artículo 262 del acotado Código¹⁸.

DECIMOCUARTO. Ahora bien, en cuanto a la prueba periférica que corroboró la declaración del menor y que es relevante dada su edad, se tiene la declaración de su madre **Liliam Rosmery**, quien declaró en las diversas etapas del proceso, conforme se expone a continuación:

14.1. A nivel policial, declaró el 18 de setiembre de 2015 (foja 10). Señaló que conocen al imputado como Pastor y era un inquilino del inmueble donde vivían. Los hechos ocurrieron a las 9:30 horas, aproximadamente, y tomó conocimiento de ellos cuando su menor hijo regresó desesperado y llorando a su cuarto, y le dijo que: "Pastor le quería meter el pipilí a la boca". Por lo que fue a su cuarto a golpearlo, pero como la policía los vio pelear, los llevaron a ambos a la dependencia policial a fin de que formule su denuncia. Agregó que Cárdenas Susaya se encontraba en estado de ebriedad.

14.2. Durante la instrucción, declaró el 11 de diciembre de 2015 (foja 105). Refirió que el imputado era su amigo, a quien conocen como Pastor, apelativo por el cual su hijo también lo llamaba. Aclaró que no apreció los hechos, pero su hijo vino corriendo y le dijo que Pastor le agarró de la cabeza y le metió el pipilín en su boca. Razón por la cual, ella y su esposo fueron a buscarlo y lo encontraron con

¹⁸ Artículo 262 del C de PP.- Oralización de la prueba instrumental

1. Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental. La oralización comprende la lectura o, en su caso, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

2. La oralización se iniciará, por su orden, a pedido del fiscal y de los defensores de la parte civil, del tercero civil, y del acusado. Quien pida la oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil. Si los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra, ordenándose de ser el caso su lectura parcial.

[...]

5. Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, la Sala concederá la palabra por breve término a las partes, empezando por quien la solicitó, para que, si consideran necesario, expliquen, aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido".



el pantalón abajo, como masturbándose. Al reclamarle, él solo negaba haber hecho algo. Lo jalaron para llevarlo a la comisaría, pero este intentó escaparse, hasta que un policía lo capturó.

Reiteró que su hijo solía saludar a Cárdenas Susaya y le recibía las golosinas que le compraba, pero precisó que con anterioridad no ha ingresado al cuarto de él. Añadió que, luego de los hechos, cuando le preguntaban a su hijo al respecto, este recordaba nuevamente lo sucedido o también cuando pasaban por el lugar. Preciso que el citado menor fue gravemente afectado, emocional y psicológicamente, pues era menos sociable, miedoso, temeroso y cambió de personalidad.

14.3. En la sesión de **juicio oral** del 14 de marzo de 2019 (foja 980) explicó que, el día de los hechos, su esposo salió temprano junto con Cárdenas Susaya. A su regreso, los tres estuvieron libando licor en su cuarto, entre 6 a 8 cervezas, durante dos horas, aproximadamente, cuando, de un momento a otro, el imputado decidió retirarse. Luego, su hijo quiso ver al imputado para que le dé un chizito. Pasaron tres minutos, aproximadamente, y como no veía a su hijo, se paró en la puerta hasta que lo vio regresar corriendo desesperado y la abrazó fuerte. Le dijo: "Pastor, pipí, boca". En este punto, cabe precisar que en el acta de juicio oral se dejó constancia de que la mamá hizo unos gestos de haber acercado su miembro viril a su boca, como también se cogió la cabeza produciendo movimiento de arriba hacia abajo.

Al proseguir con su relato, señaló que ella, junto a su esposo, fueron a reclamarle al sentenciado y lo encontraron puesto un polo pero con la bragueta abierta. Negó los hechos y bajó corriendo por las escaleras en ropa interior. Una vez afuera, pagó a unos chicos para que le peguen a ella y su esposo, para así poder escapar. Luego que fue intervenido y se encontraban en la comisaría, vio como él le hacía señas a su hijo y le decía: "Tú y yo somos amigos, dile a tu mamá que no siga con la denuncia", razón por la que dijo a la policía que lo calle.

Además, manifestó que al menor lo hicieron identificar al imputado de entre otras personas y que dibuje. Cuando el fiscal superior le preguntó sobre la cercanía



entre ella y el imputado, respondió que se enteró de que él estaba enamorado de ella, y en alguna oportunidad le pellizcaba o cogía de la cintura cuando abría la puerta, por lo que le llamaba la atención y le reclamaba por esa mala costumbre, pero no le dijo nada a su esposo, para que no se moleste.

14.4. Ante la versión que ofreció en juicio oral, en la misma sesión de audiencia (foja 438) se realizó **una confrontación entre la testigo y el acusado Cárdenas Susaya**, a efectos de esclarecer los siguientes puntos controvertidos, fueron cuatro: **1)** Si la testigo entró al cuarto del imputado para dejarle comida. **2)** Si la madre de la testigo percibió algún contacto de pareja entre ambos. **3)** Si el imputado le pellizcaba. **4)** Si el imputado salió corriendo en ropa interior, después de la comisión de los hechos. Al respecto, cada uno se mantuvo en su dicho.

DECIMOQUINTO. Como se observa del detalle del fundamento anterior, la declaración de la testigo **adolece de las siguientes inconsistencias:**

15.1. Sobre los hechos antecedentes y la hora en que ocurrieron los hechos

La testigo inicialmente refirió que el día de los hechos no libó licor con Cárdenas Susaya y, en horas de la mañana, su hijo regresó llorando del cuarto del acusado para contarle lo sucedido. Lo que ratificó en la instrucción, y fue reproducido en la acusación fiscal, pues se imputó que los hechos ocurrieron a las **9:30 horas**.

Sin embargo, en juicio oral, la citada testigo cambió su versión y aceptó que el acusado, su esposo y ella sí libaron licor juntos en la mañana, y que los hechos ocurrieron en **horas de la tarde**. Aspecto que es relevante, pues conforme con el Atestado Policial N.º 177-15-DIREJESEGCIU-DIRPRONNA/CIE.L.C-INV.G2 (foja 2), el PNP Javier Navarro Brando Vladimir dejó constancia de que se desplazaba por el lugar de los hechos a las **13:10 horas**, cuando intervino al acusado. Así también, con el acta de registro personal, firmada a las **15:10 horas**. No hay coincidencia respecto a las horas declaradas inicialmente por la madre y la intervención de la policía.



15.2. En cuanto a las circunstancias posteriores al hecho

Recién en la instrucción, la testigo señaló que encontraron a Cárdenas Susaya con el pantalón abajo –en una posición de la cual se podía inferir que se masturbaba–. En juicio oral, aclaró que el acusado solo tenía la bragueta abierta del pantalón, pero luego añadió que, al agredirlo, bajó corriendo en ropa interior. Lo que da a entender que el acusado se quitó el pantalón para escapar, aspecto que no reviste de lógica, y el efectivo policial interviniente Vladimir Javiel Navarro tampoco dejó constancia de ello en el acta correspondiente, ni lo mencionó en sus declaraciones durante la instrucción y juicio oral.

15.3. En cuanto a los detalles no advertidos desde el inicio del proceso

La declaración preliminar de la testigo fue muy escueta, a diferencia de la que brindó en juicio oral (cuatro años después de ocurridos los hechos), en la que fue minuciosa, considerando que el factor temporal normalmente incide en la pérdida de información y no en su recuperación. Por lo que aquellos detalles advertidos con posterioridad, deben evaluarse con el resto de pruebas obrantes para determinar si pueden ser corroborados, lo que, en este caso, no ocurrió.

Si bien se convocó al padre del menor, quien también habría agredido al acusado –de acuerdo con la testigo–, no concurrió a declarar durante el proceso, pese a que se notificó en reiteradas oportunidades, y en la sesión de juicio oral del 25 de abril de 2019 (foja 1010), se prescindió de su declaración.

DECIMOSEXTO. Por su parte, se debe advertir que, en el presente caso, **era esencial la pericia psicológica**, a fin de determinar la presencia de lesiones psíquicas agudas o secuelas emocionales generadas en la víctima, a consecuencia de los hechos, conforme con el Acuerdo Plenario N.º 04-2015/CJ-116¹⁹. de acuerdo con las guías y protocolos de actuación, en los delitos de esta naturaleza, inmediatamente después de recibida la declaración de los agraviados mediante entrevista única en cámara Gesell, se realiza la evaluación

¹⁹ Del 2 de octubre de 2015. Asunto: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, fjs. 32 y 33.



psicológica forense. Excepcionalmente, se lleva a cabo en otra fecha. A su vez, las pruebas periciales conexas²⁰ también se realizan con la misma inmediatez.

La razón de ser de esta exigencia, radica en que, cuanto más tiempo transcurra, cabe la posibilidad de perderse información valiosa –lesiones que desaparecen, testimonios que pueden verse alterados en sus detalles, etc.–; sin embargo, como se anotó no se realizó la pericia psicológica al menor. La que sí se practicó al menor fue una pericia médico legal, pese a que, según el suceso fáctico se trató de la modalidad de acceso bucal, que generalmente no deja una lesión física, y por tanto, aportó un escaso valor probatorio a la instrucción y juicio oral.

DECIMOSÉTIMO. En conclusión, conforme con las reglas de valoración probatoria, la declaración del menor no cumplió con las exigencias del artículo 262 del C PP y la de su madre contiene diversas inconsistencias, por lo que carece de fiabilidad. En ese sentido, se cuenta con las siguientes pruebas de cargo oralizadas en juicio oral: **i)** La Pericia Psicológica N.º 036751-2016-PS-EP (foja 205), en la que se consignó que el acusado presentaba una personalidad disocial e inestable, con un perfil psicosexual inmaduro, con poco control de sus impulsos. **ii)** La Pericia Psiquiátrica N.º 009278-2017-EP-PSQ, en la cual se detalla que el acusado tenía, entre otros, una conducta antisocial repetida (robos, embriaguez, fugas, mentiras, lesiones, peleas), no experimentaba sentimientos de culpa por su conducta; falta absoluta de autocrítica; no admitía ninguna norma social; dificultad de inserción social, familiar o laboral; rasgos psicópatas, agresivo e impulsivo (foja 477).

También se oralizó la declaración preliminar de la PNP Jessica Katherine Juárez Racchumi, quien se ratificó en la recepción del parte policial y, en específico, se leyó su respuesta a la pregunta ocho, en la que, refirió que cuando Cárdenas Susaya llegó a la comisaría se encontraba en aparente estado de ebriedad, lo que se condice con la declaración del acusado y la mamá en juicio oral, quienes aceptaron haber libado licor el día de los hechos desde muy temprano.

Las dos primeras pruebas no son suficientes para acreditar el delito materia de autos, pues no vincula de manera directa al acusado con la comisión de los

²⁰ Como las biológicas, físicas u otras.



hechos, aun cuando se cuente con el indicio de capacidad comisiva (puesto que se precisa de indicios plurales concordantes y convergentes, lo que en este caso no ocurrió).

DECIMOCTAVO. Es por ello que, ante la insuficiencia de pruebas de cargo, que demuestren de modo fehaciente la responsabilidad del sentenciado Cárdenas Susaya, corresponde revocar la condena impuesta en su contra; y, reformándola, absolverlo de la acusación fiscal por el delito de violación sexual de menor de edad.

Es preciso anotar que si bien en un caso similar esta Sala Penal Suprema estimó conveniente realizar un nuevo juicio oral²¹, ello se debió a que existían otras pruebas de cargo válidas contundentes que no habían sido evaluadas correctamente por la Sala Superior.

En cambio, en este caso estimo que, por el interés superior del niño, ya no es conveniente solicitar que se recaben aquellas pruebas omitidas (su declaración en cámara Gesell o una pericia psicológica) y sean actuadas en un eventual nuevo juicio oral. Más aún, si los testigos que concurrieron a juicio oral (después de cuatro años de lo ocurrido), no esclarecieron los hechos, pues el efectivo policial interviniente indicó que, por el tiempo ya no recordaba los detalles de lo sucedido, la madre -con las contradicciones en que incurrió- manifestó su incomodidad por concurrir nuevamente a juicio oral, pues mencionó que incluso ella pensaba que el caso ya había finalizado y mostró desinterés, pues indicó que

²¹ Entre ellos, la Casación N.º 510-2016/Loreto²¹, en la que se cuestionó una sentencia absolutoria por el delito de violación sexual de menor de edad (penetración por la cavidad anal), en perjuicio de un menor de 3 años. El principal argumento de la Sala Penal de Apelaciones consistió en que, la declaración del menor de 3 años no se recibió mediante entrevista única en cámara Gesell, ni contó con la presencia del abogado del acusado para asegurar su derecho de defensa. Al respecto, esta Sala Penal Suprema precisó que la declaración del menor no era la única prueba de cargo contundente, sino que existían otras, como: **i)** Certificado médico legal en el que se consignó lesiones traumáticas en el ano compatibles con la introducción parcial del pene erecto adulto. **ii)** Pericia psicológica practicada al menor agraviado, quien relató el abuso sexual en sus propias palabras (se transcribieron las palabras sueltas y no cohesionadas del menor), y se dejó constancia de que el menor se ponía nervioso cuando le mencionaban el nombre del acusado. Por lo que se anuló la referida sentencia absolutoria y se dispuso un nuevo juicio oral, previo a que se recabe la declaración en cámara Gesell y se evalúe conjuntamente con las dos pruebas anotadas.



el agraviado ya había olvidado el hecho y se encontraba bien. A lo que se agrega la circunstancia de que el juicio oral se quebró en siete oportunidades²².

DECIMONOVENO. Finalmente, se advierte que, en este caso, los funcionarios y servidores públicos del Poder Judicial y Ministerio Público no actuaron con la diligencia debida²³ y reforzada²⁴, ni la celeridad que amerita esta clase de delitos, de cara a recabar las pruebas necesarias para esclarecer los hechos. Sobre lo anotado, se precisan las siguientes omisiones:

19.1. Mediante Dictamen N.º 222-2016 del 24 de mayo de 2016 (foja 187), la fiscal superior devolvió los actuados, sin pronunciamiento de fondo, por considerar que la investigación se encontraba incompleta, ya que no se habían recabado elementos de convicción sustanciales como la pericia psicológica del imputado o del menor agraviado, ni se recibió la declaración de este último en cámara Gesell.

19.2. En mérito a ello, el Juzgado Penal amplió el plazo de la investigación (foja 191) y dispuso que se realicen las diligencias solicitadas en el dictamen, para lo cual se ofició para que se practiquen las pericias psicológica y psiquiátrica al imputado, mas no al agraviado.

19.3. El 11 de julio de 2016, se dio cuenta de que mediante resolución administrativa, el juzgado penal se convirtió en uno laboral, por lo que los expedientes se redistribuyeron (foja 199).

19.4. El 27 de julio de 2016, la jueza se avocó al conocimiento de este expediente e indicó erróneamente que se dio cumplimiento a lo ordenado en la resolución que amplió el plazo de investigación, pese a que no se había recabado nada,

²² Conforme se aprecia de las fojas 334, 340, 379, 465, 483, 629 y 734.

²³ En la Casación N.º 186-2018/Amazonas, se señaló que el deber de diligencia no es una obligación de resultados sino de medios, pues no necesariamente se obtendrá una conclusión coincidente con los hechos denunciados, pero se debieron haber realizado las diligencias para asegurar la evidencia, además de actuar con prontitud y en un plazo razonable. Esto exige una actitud propositiva, activa y oportuna, a fin de evitar que se pierdan irremediamente elementos probatorios por el paso del tiempo o se dilate el proceso innecesariamente.

²⁴ El Estado peruano ha asumido compromisos internacionales, a fin de investigar y sancionar efectivamente los delitos sexuales, en especial, los cometidos en perjuicio de menores de edad y mujeres.



pero dado el vencimiento del mismo, remitió los actuados al Ministerio Público, a fin de que emita el pronunciamiento correspondiente (foja 202).

19.5. Mediante Dictamen N.º 98-16, del 10 de agosto de 2016 (foja 203), la fiscal superior advirtió que las diligencias ordenadas no se realizaron por la desactivación del juzgado penal, por lo que devolvió el expediente con el propósito de que estas se reprogramen y cumplan.

19.6. Otro juez penal amplió la investigación por el plazo de veinte días (foja 204) y ordenó que se practique la pericia psicológica al imputado y se reciba la declaración del menor en cámara Gesell. Para ello, se emitieron los oficios correspondientes (foja 213). Sin embargo, no se cumplió con ello y, vencidos los plazos, se envió el expediente al Ministerio Público, para la vista fiscal. Luego del cual se emitió la acusación.

En atención a lo expuesto, deben remitirse copias a las Oficinas Desconcentradas de Control Interno del Poder Judicial y Ministerio Público del Distrito Judicial y Fiscal de Lima, respectivamente, para que procedan de acuerdo con sus atribuciones.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con los artículos 141 y 142 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **MI VOTO** es en el sentido de que:

I. SE DECLARE HABER NULIDAD en la sentencia del veintiocho de mayo de dos mil diecinueve (foja 1031), emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a **CÉSAR ENRIQUE CÁRDENAS SUSAYA** como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio del menor identificado con clave N.º 049-2015; como tal, se le impuso treinta años de pena privativa de libertad; y fijó el pago de treinta mil soles como reparación civil, a favor del agraviado, con lo demás que contiene. **REFORMÁNDOLA**, lo absolvió del delito materia de acusación fiscal.

II. SE ORDENE la inmediata libertad de César Enrique Cárdenas Susaya, siempre y cuando no exista en su contra otro mandato de detención emanado de



autoridad competente; en consecuencia, **SE OFICIE** vía fax, a fin de concretar la libertad del sentenciado, a la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

III. SE REMITA copias certificadas de las piezas procesales pertinentes a las Oficinas Desconcentradas de Control Interno del Poder Judicial y Ministerio Público del Distrito Judicial y Fiscal de Lima, respectivamente, a fin de que proceda conforme con sus atribuciones.

IV. SE DISPONGA que se devuelvan los autos a la Sala Superior y se haga saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema.

S. S.

CASTAÑEDA OTSU

SYCO/rbb