EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR EL PASO INEXORABLE DEL TIEMPO

i) El Colegiado Superior no valoró adecuadamente los hechos imputados y la prueba actuada con relación a los mismos, especialmente en el tipo base atribuido.

ii) Para declarar la nulidad de la sentencia recurrida y disponer la realización de un nuevo juzgamiento, debe encontrarse expedita la acción penal.

iii) Si la acción penal se ha extinguido por el paso inexorable del tiempo, es jurídicamente imposible su prosecución y así se declara en la presente causa.

Lima, veintitrés de agosto de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la **SEGUNDA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DESCENTRALIZADA TRANSITORIA DE SAN JUAN DE LURIGANCHO Y LA PARTE CIVIL,** contra la sentencia del once de enero de dos mil diecinueve (folios 595 a 612v), emitida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que **absolvió** de la acusación fiscal a **BENJAMÍN ALBERTO MALÁSQUEZ ALIAGA** como autor del delito contra la libertad - violación de la libertad sexual de menor de edad, en perjuicio de R. M. A. L., con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

PRIMERO. El fiscal superior sostuvo en el dictamen acusatorio, que se imputa al procesado BENJAMIN ALBERTO MALÁSQUEZ ALIAGA, quien sin importarle la edad biológica de la víctima así como aprovechándose de la relación familiar y de confianza por ser tío de la perjudicada con las iniciales R. M. A. L. le practicó el acto sexual por vía vaginal, hecho que ocurrió de manera sistemática y continuada entre los años mil novecientos ochenta y ocho a mil novecientos noventa y tres cuando esta tenía tan solo entre siete y catorce años de edad y el incriminado habitaba la vivienda en la que ella también residía en la av. Jorge Basadre N.º 205-Sexta Zona – El Agustino, conociéndose que en dicho lugar el encausado al aprovechar la ausencia de los padres de

la menor víctima en mil novecientos ochenta y seis y cuando ella tenía cinco años de edad, tuvo el primer acechamiento realizándole tocamientos indebidos en sus partes íntimas, acto que repitió en diversas oportunidades, hasta el año mil novecientos ochenta y ocho; luego, cuando la menor alcanzó los siete años de edad fecha en que aquel seguía haciéndole tocamientos indebidos, le practicó por primera vez el acto sexual por vía vaginal, lo que realizó de forma sistemática durante varios años, aprovechando de que la menor debido a su escasa edad y comprensión de la gravedad de los hechos en su agravio, confundiéndola con gestos de cariño lo que permitió que el procesado repitiera su reprochable accionar hasta el año mil novecientos noventa y cuatro en la que la menor alcanzó los catorce años de edad; y en razón del desarrollo obtenido recién comprende el mal proceder de su tío y encausado para con ella evitando el encuentro con el acusado y decidiendo callar lo sucedido por temor o vergüenza a sus familiares, no obstante ya siendo adulta y al tomar conocimiento que el inculpado también había abusado de la misma forma de tres sobrinos menores de edad, e intentó hacer lo mismo con una prima suya, decidió contar lo que le había sucedido denunciando al procesado.

Estos hechos fueron tipificados como delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso 2, del primer párrafo, artículo 173, del Código Penal (CP) —texto original—, concordado con el último párrafo del mismo artículo y el artículo 29 del citado texto punitivo solicitando se le imponga al acusado la pena de veintidós años y el pago de dos mil soles, por concepto de reparación civil, a favor de la agraviada.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

SEGUNDO. La Sala Superior, para absolver a Benjamín Alberto Malásquez Aliaga de la acusación fiscal, sostuvo los siguientes argumentos:

2.1. Es incuestionable la existencia de una relación de familiaridad que le otorgaba autoridad al acusado, sin embargo, existen dudas respecto al hecho de que la menor se encontraba bajo su cuidado, conforme lo señala el último párrafo, del artículo 173, del CP (vigente al momento de los hechos).

2.2. Las conclusiones del certificado médico legal de integridad sexual practicado a la agraviada N.º 001502-IS, no abonan a la tesis incriminatoria debido al tiempo transcurrido entre la presunta vulneración a la indemnidad sexual, más aún si se tiene que a la fecha la agraviada es una mujer adulta casada y sexualmente activa.

2.3. La prueba principal en la cual se sustenta la acusación es la declaración de la testigo victima la cual constituye testimonio cualificado, por ser única testigo. El Acuerdo Plenario N.º 02-2005, describe las garantías de certeza que son: ***a)*** *la ausencia de incredibilidad subjetiva*. En el presente caso la agraviada no ha manifestado algún problema personal con el procesado antes de la denuncia de estos hechos, lo cual se encuentra corroborado por el dicho del propio acusado, quien refiere que la agraviada es madrina de su hija Milagros en el año dos mil cuatro, no advirtiéndose que haya existido algún problema entre los citados. Por otro lado, el acusado refirió que esta denuncia se generó por haber tenido otro compromiso luego de quedar viudo, y que los hechos se generaron a raíz de una reunión familiar, siendo este elemento de grado relativo; ***b)*** *persistencia en la incriminación*. La agraviada fue persistente en su incriminación contra su tío-acusado; ***c)*** *verosimilitud*. A pesar de lo anotado precedentemente, el valor probatorio de la incriminación de la víctima no está determinado en la medida en que la agraviada no ha sido uniforme al contar la edad en la que empezaron y culminaron los hechos en su agravio, en tanto refirió que se inició cuando tenía entre siete u ocho años y culminaron cuando contaba con trece o catorce años; y que a nivel preliminar, refirió que comunicó los hechos en su agravio a sus padres, los mismos que conocedores de este hecho decidieron mudarse al distrito de Surquillo en el año dos mil seis, sin embargo la madre de la agraviada en juicio oral manifestó que en el año dos mil diez en una reunión familiar tomó conocimiento del hecho, de igual forma su padre.

Además, la agraviada refirió que a los catorce años cuando ya entendió con mayor claridad lo que le estaba sucediendo decidió apartarse del acusado, sin embargo, aceptó ser madrina de primera

comunión de la hija de este.

2.4. La Pericia Psicológica N.º 001838-2012 PSC practicada a la agraviada, si bien hace referencia a afectaciones emocionales, no tiene la intensidad suficiente para reforzar la sindicación de la agraviada, más aún si no ha sido contrastada con otros elementos que hagan reforzar lo allí concluido, de igual forma el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 002421-2012-PSC y la Pericia Psiquiátrica N.º 075383-2012 PSQ, practicados al acusado, como menciona el Recurso de Nulidad N.º 4042-2013/CUZCO señalan que las pericias de opinión, no pueden sustentar una condena, debiéndose de considerar el paso del tiempo respecto a los hechos materia de denuncia, lo cual genera duda respecto a la imputación, más aun atendiendo a las posteriores relaciones de familiaridad entre el entorno familiar de la agraviada y el encausado.

2.5. En el Certificado Médico Legal N.º 001502-IS practicado a la agraviada, el médico legista certifica que presenta himen con desgarros incompletos antiguos, no pudiéndose precisar la data, por lo que no se cuenta con elemento objetivo que vincule al acusado con el hecho imputado.

2.6. La defensa de la agraviada ha querido demostrar una supuesta conducta similar del acusado con otros/as integrantes de la familia, sin embargo, por esos hechos no se ha emitido pronunciamiento de fondo aun, por lo que queda proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva.

2.7. En cuanto al tipo penal incoado al acusado, se hace referencia a un menor confiado a su cuidado, lo que no se ha logrado acreditar en la causa, ya que según lo relatado en juicio oral la agraviada se encontraba al cuidado de sus padres, abuela materna y por temporadas por parte del personal de servicio contratado por sus progenitores. Con ello, no solo se advierte ausencia de pruebas contundentes que acrediten la comisión del delito imputado de violación sexual, sino que, la agravante de que la menor haya sido confiada a su cuidado, tampoco ha quedado acreditada ni se ha producido la vinculación del encausado con el delito que se le

atribuye.

2.8. Los elementos en conjunto generan duda razonable, en consecuencia, el principio de presunción de inocencia ha quedado incólume, por tanto, al amparo de lo prescrito en el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales, se dicta sentencia absolutoria.

SUSTENTO DE LOS RECURSOS DE NULIDAD

TERCERO. La fiscal superior, en el recurso de nulidad (folios 618 a 621v), solicitó que se declare nula la sentencia absolutoria. Sostuvo los siguientes argumentos:

3.1. La Sala Superior inició sus motivos precisando que el titular de la acción penal rechazó la denuncia, sin embargo, no precisó que esta se debió a que se vinculaba con la prescripción de la acción penal, no a la inexistencia de delito; por el contrario, si el colegiado estimaba prescrita la acción penal debió de referirlo así en la sentencia y no blindarse, escudarse o adelantarse señalando como elemento que forma parte de los actos de investigación preliminar y que no trascendieron.

3.2. Sobre el vínculo de familiaridad que le otorgaba autoridad sobre ella, el colegiado asume este elemento del tipo penal "menor confiado a su cuidado" desde un punto de vista estricto y restringido, siendo que la interpretación de este último párrafo antes que restrictiva tiene que hacerse en consonancia con el esquema de protección e interés superior del niño que es la parte más vulnerable, por lo que ese párrafo denota que existe una posición de autoridad de poder respecto de alguien que es subordinado menor de edad. Por ello, en el presente caso, no cabe duda que está acreditado el grado de confianza que existía entre el acusado y la familia de la agraviada, lo que implica un pacto tácito de cuidado sobre ella.

3.3. En razón de las máximas de la experiencia y sentido común, los delitos sexuales suelen suceder en el ámbito familiar con mucha mayor frecuencia y forman parte de la cifra negra de la criminalidad en razón del silencio que se cierne por razones que ya se expresan en el Acuerdo Plenario N.º 1-2011. La menor si estaba a su cuidado superando entonces esa duda, respecto a la aplicación de esa circunstancia agravante del último párrafo del tipo penal original del Código Penal.

3.4. El colegiado reseña que no existía ningún problema entre la agraviada y el acusado, sin embargo luego quiebra esa afirmación señalando que el acusado señala que la denuncia se debe a que volvió a comprometerse, sin desarrollar la razón por la cual este hecho de ser cierto afectaba la relación entre la agraviada y el acusado al nivel de ocasionar que le imputen violación sexual, el colegiado no razona para explicar por qué esa sindicación motivada por el hecho de que él rehizo su vida se circunscribió en años muy lejanos y no en fechas más próximas, en concreto si la intención era perjudicar o hacer daño al acusado, porque la agraviada (con educación superior) no pudo atribuir tal acto o acción a fechas más próximas y no elaborar un relato que lo implica en hechos ocurridos casi veinte años antes.

Cierto es que existía un clima de calma familiar aparente y que así deseaba la agraviada que se mantuviera sintiéndose afectada íntimamente empero es lógico que al conocer que no era la única afectada y sentir que precisamente los demás miembros de la familia no creían lo que decían los primos de ella respecto a la conducta del acusado, es que decidió rebelar el hecho que tenía oculto y que por supuesto tiene contenido penal, por lo que ese argumento no cumple el deber de motivar porque no lo hace, solo aparentemente busca justificar el sentido de la sentencia pero no explica adecuadamente porque asumen como relativa la incredibilidad subjetiva.

3.5. En cuanto a la verosimilitud, se cuestiona la ausencia de uniformidad para citar la edad de inicio y culminación de la agresión sexual, sin embargo, este se deshace si se tiene en cuenta por sentido común que los eventos sexuales contra la agraviada sucedieron sistemáticamente desde muy corta edad, por lo que no es posible exigir que se precise exactamente, que el hecho de no recordar o no ser preciso en la fecha no significa que el hecho no hubiese ocurrido. En ese sentido, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.º 4224-2009/ÁNCASH sobre la puesta a conocimiento de los hechos de los padres de la agraviada, pueden no coincidir en hacer conocido el hecho antes de la reunión, pero eso no invalida que la reunión existió y que el evento se hizo público en tal reunión y que estaban los padres de la agraviada. Al

respecto, no puede calificarse de cierto o falso lo vertido por la agraviada a partir de la esfera de conocimiento de terceros toda vez que los padres de ella vienen siendo para este hecho delictivo clandestino, meros terceros ajenos al evento.

3.6. Respecto al hecho consistente en que no parece coherente que la agraviada haya aceptado ser madrina de la hija del acusado si refiere que ya había decidido apartarse de él, debe recordarse que la agraviada señaló que si aceptó ser madrina de su prima fue porque se lo había solicitado su tía (esposa del acusado) y ella estima a su tía que se encontraba físicamente con cáncer, entonces el argumento del colegiado es sesgado.

3.7. En cuanto a las pericias, el colegiado no explica debidamente a que se refiere con que no tienen intensidad suficiente y por ello desestima la pericia psicológica, es decir, las conclusiones no son analizadas, a pesar de haber sido ratificadas por el perito psicólogo, lo que es contrario con lo que establece la Corte Suprema, cuando señala que para descalificar el contenido de la pericia debe usarse argumentos científicos demostrándose que adolecen de solvencia o fiabilidad científica no solamente señalar no tiene intensidad suficiente. Esa conclusión afecta gravemente la pretensión del Ministerio Público en tanto esta pericia corrobora la versión de la agraviada y corrobora la afectación emocional de la misma, lo que es relevante en tanto afecta lo relatado por la agraviada, le resta credibilidad y soporte.

3.8. La pericia psicológica del imputado habla de su perfil sexual heterosexual, sobre lo que el colegiado refirió que las pericias de opinión no sustentan una condena, en concreto, por el paso del tiempo. Existe una total tergiversación del caso al aludir a las pericias de opinión en este caso concreto. El Recurso de Nulidad N.º 4042-2013-CUZCO al que hace referencia el colegiado para restar valor a la pericia psicológica del acusado se trata de un delito de asesinado donde la víctima jamás declaró por obvias razones (fallecida); empero, el caso que nos ocupa es uno de violación sexual y la agraviada si ha declarado; y si existe una pericia psicológica sobre la agraviada, es decir, esta conclusión u opinión del psicólogo no está solitaria ni aislada

más aún si en la propia sentencia se tiene en cuenta no el contenido del análisis del psicólogo sino lo que ha referido el propio evaluado acusado.

3.9. Concluye solicitando que se declare nula la sentencia.

CUARTO. La parte civil, en su recurso de nulidad (folios 623 a 633), solicitó que se declare nula la sentencia absolutoria y se ordene la realización de un nuevo juicio oral. Sostuvo los siguientes argumentos:

4.1. El órgano jurisdiccional no valoró debidamente las pruebas de cargo presentadas por la parte civil, así como su testimonio uniforme, el cual no ha sido valorado por presunciones absurdas, no acreditadas que indican que supuestamente la agraviada denunció los hechos materia de disputa porque su tío tenía una relación paralela cuando su tía fue diagnosticada de cáncer y por la influencia de las violaciones sufridas por sus primos menores. En tal sentido, se ha trasgredido la garantía de la debida motivación bajo la segunda modalidad establecida por el Tribunal Constitucional (falta de motivación interna del razonamiento) y el derecho a las pruebas debidamente valoradas, no cumpliendo con el estándar mínimo de motivación suficiente al que alude la jurisprudencia del TC, en la medida que dicha resolución no ha cumplido con dar respuesta razonada para emitir una sentencia absolutoria, ni ha valorado debidamente las pruebas de cargo presentadas por la agraviada.

4.2. Respecto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, el colegiado se basa en presunciones y no tiene como acreditar que la víctima supuestamente realizó la denuncia de los hechos materia de imputación por sentir rencor hacia su tío por rehacer su vida y por ser acusado de violación sexual por sus primos. No valoran debidamente el testimonio de la agraviada, que es coherente, consistente y uniforme, toda vez que ha demostrado en todo momento decir la verdad al relatar los hechos de manera pertinente, sin ocultar ni omitir ninguno de los sucesos ocurridos, y que de su declaración en juicio oral en cuanto a la edad que tuvo en los hechos acaecidos, ha remarcado sin alteración alguna. En la confrontación en juicio oral, se ratifica la versión de los

hechos dada por la agraviada, existiendo una versión uniforme de lo ocurrido. Asimismo, refiere que en el presente caso no existía una relación de odio, resentimiento o enemistad, por el contrario, creía que su tío solo quería darle afecto y le tenía más cariño que a sus otros primos.

4.3. Respecto a la verosimilitud en su relato, el colegiado establece que la agraviada no ha sido uniforme al citar la edad en la que empezaron y culminaron los hechos en su agravio, que se debe de tener en cuenta que lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 01-2011 en la que se indica que la uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizar razonablemente, y que se debe tener en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia. Por lo que en el presente caso se debe de flexibilizar el testimonio de la agraviada en virtud de que realizó la denuncia tras veinte años y el inicio del juicio oral en el año dos mil diecisiete, han transcurrido cinco años donde dicha extensión temporal, generó que no recuerde con certeza los años mencionados, sin embargo, el relato dado por la agraviada siempre fue uniforme respecto a los tocamientos indebidos y el modo de cómo se dieron las violaciones sexuales en el transcurso de tiempo mencionado. En cuanto a la contradicción de lo manifestado por la agraviada sobre que a los catorce años entendió con mayor claridad lo que le estaba sucediendo, y luego aceptó ser madrina de primera comunión de la hija del imputado, es importante señalar lo que declaró el psicólogo Percy Walter Bernabé Sánchez en el juicio oral, al referir que se conocen otros caso en los que las víctimas de abuso sexual se demoraron hasta treinta años o ni siquiera denunciaron los hechos por un sentimiento profundo de vergüenza y culpa, pues, el proceso de aceptación de una violación sexual puede tomar un periodo prolongado de tiempo. Indica que fue por la presión familiar en virtud de la relación de cercanía y confianza que tenía el entorno familiar de la agraviada con el imputado y por el proceso largo de aceptación de los hechos ocurridos, que aceptó ser la madrina de su prima, hija del imputado. Ello no señala que haya caído en

contradicción, debido a que aún no revelaba lo ocurrido y seguía considerando que su tío solo le daba "más afecto" que al resto de sus primos.

4.4. Respecto a la supuesta insuficiencia de las pericias de opinión, se tiene las declaraciones conjuntas de los peritos psiquíatras Víctor Guzmán Negrón y Flor De María Salazar rojas, así como la declaración brindada por el psicólogo Percy Walter Bernabé Sánchez, quienes han evaluado al imputado.

4.5. Respecto a la no acreditación del desgarro incompleto en el himen de la agraviada, contenido en el Certificado Médico Legal N.º 001502-IS que precisamente se le practicó, cabe acotar que, en el presente caso, se denunció los hechos veinte años después de que ocurrieran, además, ella se encuentra casada y ha llevado una vida sexual activa, dentro de los problemas emocionales y psicológicos que le causó la violación sexual sistemática vivida, no habiendo el colegiado evaluado debidamente el certificado médico, pues, debió acudir a otros medios probatorios presentados para establecer el vínculo del acusado con el hecho imputado.

4.6. El proceso paralelo donde se imputa al denunciado la comisión del delito de violación sexual en agravio de sus primos, resulta relevante ya que el imputado años más tarde fue denunciado por dicho abuso sexual. Ello indica que los abusos sufridos por la agraviada no constituyen un hecho aislado, debido a que son parte de una conducta reiterativa por parte del imputado.

4.7. Con relación a la no acreditación del tipo penal incoado, el cual se encuentra regulado al momento de la comisión de los hechos materia de la denuncia, se subsumen en el último párrafo, del artículo 173, del Código Penal de mil novecientos noventa y uno (texto original), toda vez que existe entre la agraviada y el procesado un vínculo familiar, quien al tener una relación de confianza con el entorno familiar de la víctima, en ocasiones se quedaba a cargo de la misma, situación que aprovechaba para perpetrar los abusos sexuales cometidos. Existía una situación de confianza y respeto con la familia de la agraviada, pues, los padres de la víctima dejaban a la menor a solas con su tío, bajo su cuidado,

pensando que el mismo no le haría daño por su reputación de buena persona, y que durante el periodo donde sufrió el abuso sexual, ella se quedaba sola bajo la tutela de su tío. Por ello carece totalmente de fundamento y en ningún momento ha sido acreditado y demostrado por el colegiado que nunca se haya encontrado bajo el cuidado de su tío.

4.8. Respecto a la ausencia de pruebas contundentes que acrediten la comisión del delito denunciado y su agravante, el testimonio brindado por la agraviada tiene que ser evaluado y considerado como prueba válida de cargo, por ende, debe ser suficiente para enervar la presunción de inocencia del imputado, en virtud a que no existe ninguna razón objetiva que invaliden las afirmaciones de la agraviada, si se podría hablar de una prueba contundente que acredita la comisión del ilícito penal. Adicionalmente se presentó como prueba documental el Certificado Médico Legal N.° 004502-IS, del uno de agosto de dos mil doce, con el cual si permite acreditar la violación sexual que sufrió la agraviada, el mismo que debe ser evaluado de acuerdo al contexto en el que se realizó; y debe ser analizado conjuntamente con la conclusión que señala la pericia psicológica, lo que calza con el relato ofrecido por la agraviada y el certificado médico presentado, tanto más si se presentó el informe de sesiones psicoterapeutas emitido por la psicóloga Helen Susan Castro Quispe, con el cual se acredita que ha recibido cuarenta y dos sesiones desde junio de dos mil diecisiete a noviembre de dos mil dieciocho, asimismo se presentaron los recibos por honorarios emitidos por la referida profesional, justamente por concepto de sesiones de psicoterapia, lo que acredita la magnitud que ha generado en la víctima la necesidad, de seguir con la ayuda profesional para superar el daño emocional sufrido.

4.9. Concluye indicando que los medios de prueba actuados durante el juicio oral no han sido debidamente valorados.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

QUINTO. Sin entrar en mayores detalles, este Supremo Tribunal puede advertir que el colegiado superior no valoró adecuadamente los hechos imputados y la prueba actuada con relación a los mismos, especialmente en el tipo base

atribuido y tampoco se efectuó una rigurosa evaluación del testimonio de la víctima de acuerdo a los parámetros consignados en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116. En ese sentido, para declarar la nulidad de la sentencia recurrida y disponer la realización de un nuevo juzgamiento, debe encontrarse expedita la acción penal, por lo que, en forma previa a cualquier argumentación analítica a propósito de los agravios, se pueden efectuar las siguientes constataciones:

5.1 Los hechos imputados según el Ministerio Público, se suscitaron entre mil novecientos ochenta y ocho hasta mil novecientos noventa y cuatro. Si tenemos en cuenta que la menor agraviada identificada con las iniciales R. M. A. L., nació el veinticinco de diciembre de mil novecientos setenta y nueve[1] entonces se puede mostrar el siguiente cuadro ilustrativo.

Fecha de los hechos	**EDAD DE LA VÍCTIMA**	**Tipo Penal aplicable y pena máxima**	**Código Penal**
1986/1989	07 a 10 años (cumplió el 25.12.1989)	2do párrafo del artículo 199: penitenciaría no menor a 10 años.	CP 1924
1990/1991	10 a 12 años	2do párrafo del artículo 199: penitenciaría no menor a 10 años.	CP 1924
1992/ 1993	13 a14 años	Inciso 3 del 1er párrafo artículo 173 concordado con el último párrafo: pena no menor de 08 años (y no mayor de 12 años jurisprudencia R.N. N.º 2860-2006-Áncash)	CP 1991

5.2 Del relato incriminador y conforme se detalló en el cuadro, el acusado desarrolló el hecho ilícito desde mil novecientos ochenta y siete, cuando la agraviada tenía siete años de edad y los vejámenes se fueron sucediendo a lo largo del tiempo hasta mil novecientos noventa y tres.

5.3 Lo primero que es necesario aclarar es que los hechos que se suscitaron antes de la vigencia del actual Código Penal deben evaluarse con el Código Penal de mil novecientos veinticuatro, lo que significa que es aplicable al caso concreto este Código hasta el mes de marzo de mil novecientos noventa y uno, ya que el nuevo Código Penal de mil novecientos noventa y uno, se promulgó por Decreto Legislativo N.º 635, del tres de abril de mil novecientos

[1] Según boleta de RENIEC de fojas veintitrés.

noventa y uno .

5.4 En consecuencia, los actos que se suscitaron entre mil novecientos ochenta y ocho a marzo de mil novecientos noventa y uno se subsumen en el artículo 199[2] del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, lo que no fue referido por el Ministerio Público en su acusación ni tampoco por el Colegiado en la sentencia emitida. Siendo ello así, de acuerdo a lo previsto en el artículo 119 del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, referido a la prescripción ordinaria, en los delitos que merezcan internamiento, la acción penal prescribe a los veinte años y habiéndose producido la interrupción, conforme a lo establecido en el artículo 121 del citado Código, opera la prescripción extraordinaria a los treinta años de realizados los hechos. Esto significa que, para los hechos suscitados hasta el mes de marzo de mil novecientos noventa y uno y los primeros días de abril, de ese año, —lo que incluye el segmento etario entre siete a diez años y una parte del segmento etario entre los diez a catorce años— la acción penal prescribió en el peor de los casos entre marzo y abril de dos mil veintiuno (a los treinta años).

5.5 Cabe acotar que la precisión antes anotada es trascendente por cuanto, si bien por imperio del artículo 49 del Código Penal actual, en el delito continuado se permite estimar una unidad de comportamiento sancionándolo "con la pena correspondiente al delito más grave", el segmento etario de mayor connotación penal ocurrió antes de la vigencia del Código Penal actual (entre los siete a diez años de edad de la víctima).

5.6 Ahora bien, de conformidad con lo establecido por el artículo 6 del Código Penal de mil novecientos noventa y uno; —criterio que fue igualmente regulado en el Código Penal de mil novecientos veinticuatro artículos 7 y 8—, en caso de combinación de leyes penales en el tiempo de los hechos suscitados, será aplicable la más favorable al procesado[3]. En ese contexto, por los hechos suscitados entre mil

[2] Artículo 199. Sera reprimido con pena de muerte el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete (7) o menos años de edad. La represión será penitenciaria no menor de diez años si la víctima contara con siete (7) a catorce (14) años de edad y estuviera comprendida en la circunstancia agravante por este artículo. La pena será penitenciaria o prisión no menor de cinco (5) años, cuando tratándose de estos menores no medie dicha circunstancia. Constituye circunstancia agravante de responsabilidad si la víctima es discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo del cónyuge o conviviente, o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado"

[3] Precedente vinculante establecido en el Acuerdo Plenario N.° 2-2006/CJ-116, del trece de

novecientos noventa y uno –hechos posteriores al tres de abril de ese año— a mil novecientos noventa y tres, espacio temporal en el que ya estaba vigente el Código Penal de mil novecientos noventa y uno –y la menor tenía entre diez a catorce años— es aplicable el **inciso 3 del primer párrafo del artículo 173** del Código Penal, texto original, que establecía: "El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: […], **3.** Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor cinco años", concordado con el **último párrafo del mismo artículo**, que prescribía: "Si el menor es un discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, **no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores.**".

5.7 Si ello es así, advirtiéndose en el presente caso, que en la ley aplicable solo se encuentra definido el mínimo de la pena, cabe determinar **cuál es la pena máxima para el cómputo de la prescripción.** En ese sentido el R.N. N.º 2860-2006-Áncash[4], estableció, que si bien en el texto original del artículo 173 del Código Penal, en sus tres incisos conminaba penas de diferente duración, según el grupo etario y solo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; ello no autoriza a concluir que el extremo superior de penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, **por estrictas razones sistemáticas definidas en cada inciso del tipo legal, éste debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etario precedente; que, por consiguiente, para el inciso tercero —que reprime la violación de menor de diez años a menos de catorce— el máximo de pena aplicable era el mínimo señalado en el inciso segundo,** y para el inciso segundo el máximo legal correspondía al extremo mínimo de pena conminada establecida en el inciso primero; y que solamente con relación a este último inciso, el máximo legal de la pena conminada sería el genérico. A su vez, se establecen bajo similares parámetros los máximos de las penas, según los grupos etarios

octubre de dos mil dieciséis. Asunto: combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes.

[4] Precedente vinculante establecido en el fundamento tercero y cuarto del R.N. 2860-2006-Áncash, del 25 de junio de 2007.

señalados en el artículo 173 original, para las modalidades agravadas contempladas en el párrafo final del citado numeral.

5.8 En esa línea de análisis, es de precisar que de conformidad con el artículo 80 del Código Penal el plazo de prescripción ordinaria es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, y su plazo extraordinario opera conforme con la parte *in fine* del artículo 83, del precitado cuerpo normativo, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. En consecuencia, en aplicación a la pena conminada para el supuesto de hecho (inciso 3 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal concordado con el último párrafo del mismo artículo), el cálculo del máximo de pena aplicable será el mínimo señalado en el inciso segundo, y conforme a lo prescrito en el texto original del artículo 173[5] del citado cuerpo normativo, esto es, de doce años de pena privativa de libertad, por tanto, la prescripción extraordinaria de la acción penal opera a los dieciocho años. Por consiguiente desde la última fecha de la comisión del delito incriminado —mil novecientos noventa y tres— operó la prescripción extraordinaria en diciembre del año dos mil once, es decir, dicho plazo ha transcurrido con exceso.

SEXTO. En atención al mérito de lo expuesto, debe declararse de oficio la prescripción de la acción penal, debiendo enervarse la sentencia absolutoria recurrida, —lo previsto en el artículo 298 inciso 1 del Código de Procedimientos Penales—, por no haber realizado un correcto análisis de fondo y no haber tenido en cuenta los aspectos de ineludible abordaje referidos en la presente resolución. En todo caso, son pertinentes los subsiguientes efectos que por la Constitución y la ley corresponden a la prescripción, es decir, la anulación de los antecedentes que se hubieran generado y las órdenes de captura que se hubieran dispuesto en la causa.

DECISIÓN

[5] Artículo 173 del CP (Texto original). El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años. 2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años.3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor cinco años.
Si el menor es un discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores.

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. DECLARARON, NULA la sentencia del once de enero de dos mil diecinueve (folios 595 a 612), emitida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que **absolvió** de la acusación fiscal a **BENJAMÍN ALBERTO MALÁSQUEZ ALIAGA** como autor del delito contra la libertad - violación de la libertad sexual de menor de edad, en perjuicio de R. M. A. L., con lo demás que contiene.

II DE OFICIO, EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN a favor del encausado **BENJAMÍN ALBERTO MALÁSQUEZ ALIAGA** por el delito contra la libertad - violación de la libertad sexual de menor de edad (Ilícito penal previsto y penado en el inciso 3 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal concordado con el último párrafo del mismo artículo, texto original), en perjuicio de R. M. A. L.

II. DISPUSIERON, el archivo definitivo de la presente causa, así como la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hayan generado en contra del precitado como consecuencia del presente proceso.

III. ORDENARON se notifique la presente ejecutoria suprema a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

ISGL/zmch/gc