



LA DESVINCULACIÓN PROCESAL: DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR A ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENOR

1. La atribución delictiva que tuvo desde el origen como base la versión de la agraviada, empezó por tocamientos indebidos y luego, por violación y tocamientos.
2. En la resolución recurrida se consideró probado el delito de violación de menor. Sin embargo, las versiones de la propia agraviada, aunque son claras y persistentes en cuanto a la agresión en general, generan cierta duda en cuanto a la penetración parcial o total en concreto.
3. Así, los hechos probados se subsumen mínimamente —con respeto del principio del *in dubio pro reo* respecto al delito de violación de menor— al delito de actos contra el pudor de menor, no constituyendo ello una mutación sustancial del hecho punible imputado, pues no se exige una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, en tanto que el tribunal puede precisar aspectos fácticos atribuidos e incluidos en la imputación del Ministerio Público y que han sido materia de prueba y del contradictorio.
4. La desvinculación procesal resulta procedente, válida y necesaria. Se realiza en línea de lo más favorable a su situación jurídica en el caso concreto, por ende, no afecta ningún derecho del procesado recurrente, pues, no es exigible —en este caso— que la tesis de desvinculación sea postulada en el juicio, porque la nueva calificación jurídica es producto de una opción jurídica correcta en clave de garantía para él. No es que se haya descartado la penetración sexual, sino que surge la duda irrefragable al respecto, pero de lo que no existe duda es por lo menos de los tocamientos indebidos que constituye actos contra el pudor. El tipo penal es homogéneo al que se acusó, porque se protege el mismo bien jurídico.

Lima, nueve de diciembre de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad formulado por el sentenciado **Luis Enrique Fernández Saavedra**, contra la sentencia del doce de agosto de dos mil diecinueve (folios 603 a 611v). Dicha sentencia lo condenó como autor el delito de violación sexual de menor de edad (previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal), en perjuicio de la menor con las iniciales A. N. R. V., e impuso treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.



CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

De acuerdo a los Dictámenes Fiscales números 101-2015 y 324-2015 (folios 314 a 320 y 345 a 347, respectivamente), se imputa al procesado Luis Enrique Fernández Saavedra lo siguiente:

- 1.1.** Un sábado del mes de febrero de 2011, luego de una reunión familiar en el que estuvo presente la agraviada, su tía Marisa Paola Valenzuela Campos le pidió que le haga compañía para pernoctar en su vivienda ubicada en la urbanización Mayorazgo-Distrito de Ate Vitarte. Al llegar, la menor se acostó en la misma cama con su tía. Horas más tardes cuando se encontraba durmiendo llegó el imputado (pareja sentimental de su tía), quien se acostó en medio de las dos. Después, empezó a tocar la vagina a la menor logrando despertarla, por lo que esta trató de rechazar el acto y logró quitar la mano, queriendo gritar, pero el encausado le indicó que no dijera nada. Al día siguiente, aprovechando que la tía había bajado al primer piso a preparar el desayuno, él se habría acercado nuevamente a la menor tocándole sus partes y proceder a bajarle sus prendas de vestir, subiéndose encima de ella llega a introducir parcialmente su miembro viril en la vagina de la víctima, quien reacciona empujándole y sintiendo un dolor fuerte en su zona íntima.

- 1.2.** En el mes de junio o julio del mismo año, en el inmueble de su abuela ubicado en La Victoria, donde se quedaba la menor agraviada, el imputado subió al camarote de ella, la destapó y comenzó a manosearla, fue cuando la menor decide avisarle a su tía Guadalupe Valenzuela Campos de lo sucedido, quien le reclama y bota de la casa al encausado por lo referido. Estos tocamientos se habrían repetido en varias oportunidades, siendo que en una de ellas vio su padrastro y en otra oportunidad su abuelo Maurino Víctor Valenzuela, quien le dijo a la menor que no tuviera tanta confianza con su tío.



SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

El sentenciado Luis Enrique Fernández Saavedra al fundamentar el recurso de nulidad (folios 634 a 650), sostuvo que:

- 2.1. La resolución no consideró las contradicciones incurridas por la agraviada, tampoco valoró adecuadamente las testimoniales de los familiares directos de la agraviada, quienes refutan lo vertido por ella.
- 2.2. La pericia psicológica no es determinante para establecer la responsabilidad penal, dado que no puede reemplazar al cúmulo de pruebas que obran en autos, los cuales deben ser analizadas en su conjunto.
- 2.3. La evaluación del médico legista —en la data se señaló “refiere tocamientos”— y la evaluación psicológica practicadas a la agraviada, no pueden corroborar la imputación, pues de acuerdo a la incriminación de la menor esta no es sólida, existiendo en autos varias manifestaciones prestadas por ella que son contradictorias entre sí, debiendo haber sido el Colegiado más exhaustivo y coherente con la valoración de esa declaración.
- 2.4. Se valoró como persistente, coherente y sólida la incriminación de la agraviada, cuando esta se retractó de esa sindicación, siendo incoherente por cuando no precisó el lugar exacto del presunto hecho, así como las fechas de la comisión del ilícito penal en su contra. No es sólida dado que sus familiares directos han desmentido muchos de los pasajes y versiones de su incriminación, afectando la verosimilitud. Por tanto, no se cumple con el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116.
- 2.5. La versión de la agraviada carece de toda credibilidad. Tanto en su declaración preventiva como en el plenario entró en serias contradicciones, máxime, si ante una pregunta por el Colegiado, respondió que solo le habría tocado los pechos y su vagina, le intentó violar, no recordando la hora ni fecha.



TERCERO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- 3.1.** El principio de legalidad (previsto en el literal d, del inciso veinticuatro, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado) constituye, en un Estado de derecho, uno de los principales principios delimitadores del *ius puniendi*¹; puesto que, al tener como base el aforismo *nullum crimen, nullum poena sine lege praevia*, expresa el sentido que nadie será sancionado penalmente por un delito que no estuvo previsto, como tal, en una ley con anterioridad al hecho imputado. De este modo, mediante este principio se garantiza uno de los derechos fundamentales de mayor importancia del ser humano: la libertad personal.
- 3.2.** Asimismo, el referido principio establece que a un individuo se le atribuirá un determinado delito si el hecho imputado se subsume a la norma jurídico-penal que contiene esa figura delictiva, motivo por el cual, “el principio de legalidad encuentra su máximo esplendor en la teoría jurídica del delito², específicamente en la tipicidad”³. Ello es así porque en ese nivel de evaluación se realiza una función técnico–valorativa llevada a cabo por el juicio de tipicidad, donde el operador jurídico analizará si un comportamiento social se adecúa a un tipo penal (operación mental: proceso de adecuación valorativa conducta–tipo). Para ello, se debe advertir la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo⁴.

CUARTO. ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO

- 4.1.** De la actividad probatoria llevada a cabo con observancia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, se puede apreciar que la agraviada participó activamente en las tres etapas del proceso.

¹ Locución latina que significa derecho punitivo o sancionador.

² Dentro de esta teoría, la tipicidad implica la contrariedad con el orden normativo (del tipo), más no del orden jurídico, porque puede existir una causa de justificación que apruebe esa conducta. Por ello, la tipicidad constituye un supuesto indiciario de la antijuricidad. Ver en: Sentencia de Casación N.º 327-2017/SAN MARTÍN

³ Así se estableció en los recursos de nulidad números 1908-2017/LIMA NORTE y 1645-2018/SANTA. El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal. Ver en: VILLAVICENCIO TERREROS. Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2017, p. 90.

⁴ En esa misma línea, el Recurso de Nulidad N.º 1645-2018/SANTA.



Se advierte de sus declaraciones diferentes versiones en cuanto a sí el recurrente llegó o no a ultrajarla sexualmente. Así tenemos que:

a) Su primera versión la expuso en la evaluación psicológica (ver pericia de folio 60), donde narró cómo se habría suscitado los hechos. Aquí no indicó que el procesado llegó a realizarle el acceso carnal, se limitó a afirmar que hubo tocamientos y un intento de penetración, esto último no se concretó porque ella no se dejó. En función a esta versión, la perito concluyó que la agraviada presentaba “perturbación de sus emociones asociado a estresor sexual”, relacionada a esos hechos.

b) Ese acto de no penetración y que solo hubo tocamientos, también se lo indicó a su madre, Patricia Esperanza Valenzuela Campos. Es por ese motivo que dicha testigo interpone la presente denuncia —por hechos referidos a tocamientos indebidos— (folios 17 a 20) y lo vuelve a señalar en el Informe Social (folios 7 a 8).

c) Asimismo, en el examen médico legal (ver certificado de folio 22), la menor volvió a señalar (ver apartado denominado “Data”) que había sido víctima de actos contra el pudor; aunque, el certificado concluyó que presentaba “desfloración antigua”. Igualmente, en la data es destacable sobre la primera relación sexual: “Niega”.

d) Hasta el momento de la elaboración de esos elementos de convicción, la menor agraviada no había sindicado al recurrente como el agente que le realizó el acceso carnal —que detalló el certificado médico legal—, sino por tocamientos indebidos y así se inició este proceso mediante una denuncia de parte por ese delito.

e) Sin embargo, es recién en su declaración fiscal (folios 75 a 79) donde la agraviada cambia la versión de los hechos, indicando que el acusado sí llegó a introducir una parte de su miembro viril en su vagina. Se debe resaltar que ese nuevo dato fáctico lo señaló un año después de interpuesta la denuncia y cuando ya había pasado por el reconocimiento médico legal —el cual concluyó que ella ya había tenido una



experiencia sexual—, a pesar que en ese momento incriminó al recurrente por tocamientos indebidos.

f) A nivel judicial, la agraviada concurrió al juzgado a deponer su declaración preventiva (folios 265 a 268), donde realizó una retractación en su versión incriminatoria, señalando que los hechos antes narrados no se han suscitado, habiendo sindicado falsamente al acusado. Respecto a la “desfloración antigua” que advirtió el certificado médico legal, la menor señaló que fue porque tuvo relaciones sexuales consentidas con su enamorado en el colegio de su abuela Aurora Campos.

g) Por último, en el juicio oral la agraviada (folio 546) volvió a incriminar al recurrente. Sin embargo, aquí no fue contundente en señalar si el procesado llegó a penetrarla o no: En un **primer momento** de esa declaración señaló que cuando su tía Maritza salió del cuarto el acusado aprovechó para hacerle tocamientos en sus pechos por lo que ella se salió de la habitación (actos contra el pudor que también lo depuso en sus primeras versiones detalladas en la Pericia Psicológica N.º 059812-2011-PSC y Certificado Médico Legal N.º 059700-CLS, y así lo replicó su madre cuando interpuso la denuncia y en el Informe Social), pero en una **posterior respuesta** indicó que recuerda que no introdujo todo su pene, solo una parte (como también lo refirió en su declaración de folio 75). Sin embargo, la agraviada **terminó** su declaración señalando que no hubo penetración, solo tocamientos e intentó bajarle el short, pero no se dejó y se salió del cuarto. Al final de su declaración el colegiado insistió (folio 558 vuelta) preguntándole ¿Le introdujo o trató de quitarle su ropa?, a lo que ella respondió: El me agarró el short no me introdujo nada, porque ahora sé que es introducir todo, pero esa vez no fue todo; ¿cuántas veces ha realizado eso? Dijo: solo esa vez en La Molina. De lo que no existe duda es que ese día —como se puede verificar a lo largo de la presente resolución— mínimamente existieron tocamientos en agravio de la menor.

4.2. La Sala Superior al construir judicialmente la culpabilidad del recurrente, no realizó una debida valoración de las citadas versiones de la agraviada. Concluyó que esa versión incriminatoria fue sólida y uniforme,



pero no realizó una evaluación sobre la concurrencia o no de alguna contradicción, especialmente sobre el dato fáctico que permitiría la configuración del delito materia de imputación, no siendo suficiente para la materialidad del delito de violación de menor de catorce años de edad el resultado del certificado médico legal. Lo principal y relevante es analizar la versión que depone la agraviada, la cual luego de someterlo a los criterios de credibilidad se puede realizar la subsunción típica.

- 4.3.** Esta ausencia de motivación —por no valorar de manera individual y en conjunto las declaraciones de la menor— no constituye una nulidad insubsanable. Con mayor razón, teniendo en cuenta la evaluación psicológica de folio 60, se estima que la agraviada sí ha sufrido de una agresión sexual. Lo discutible a la luz de lo actuado durante todo el proceso es si fue víctima de una violación sexual consumada o solo se produjo una tentativa o, si eventualmente, se perfeccionó únicamente el delito de actos contra el pudor en agravio de menor de catorce años.
- 4.4.** Como se detalló anteriormente, la agraviada no expuso con total seguridad y firmeza el acceso carnal que el fiscal le atribuyó al recurrente. Incluso los primeros elementos de convicción recabados estaban relacionados a tocamientos indebidos. Por ese motivo, este tribunal supremo considera que no existen suficientes pruebas y razones para sostener una condena por el delito de violación sexual de menor, menos aún con la magnitud de la sanción penal que se le impuso —treinta y cinco años de pena privativa de libertad—. Por la misma razón tampoco es factible considerar acreditada la tentativa con relación a ese delito.
- 4.5.** Lo que sí ha quedado como hecho probado es que la agraviada sí ha sufrido de una agresión sexual, como se evidenció de la evaluación psicológica. Los peritos que la elaboraron señalaron en el plenario (folio 545) que la agraviada depuso una versión espontánea, sincera y de una persona que ha sufrido una situación o acto de índole sexual donde la experiencia fue traumática. Dicha agresión sexual desde un principio se la atribuyó al recurrente, esto es, como la persona que le realizó



tocamientos en febrero y junio o julio de 2011; tocamientos atribuidos que lo volvió a ratificar en el plenario (en cuanto a la rectificación que realizó en su declaración preventiva, será analizada más adelante). Además, no se ha demostrado que entre la agraviada y el procesado exista una relación de odio, venganza o rencor.

- 4.6. Por estos motivos, resulta razonable, con observancia del principio de legalidad, subsumir estos hechos probados al delito de actos contra el pudor en menor. Ello no constituye una mutación sustancial del hecho punible imputado, pues no se exige una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, ya que el tribunal —conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral— puede precisar aspectos fácticos atribuidos e incluidos en la imputación del Ministerio Público y que han sido materia de prueba y del contradictorio haciendo a su vez más completo y comprensivo el relato.
- 4.7. Respecto a la posibilidad de desvinculación de la calificación jurídica imputada, el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116 ha establecido lo siguiente:

Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: **nueva tipificación** e incorporación de circunstancias agravantes. **Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados —como argumento principal, alternativo o secundario—, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.** Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria —la Fiscalía en este caso— y de la prohibición de la indefensión —que es la vertiente negativa de dicha garantía—, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial —aducidos por las partes o que pueden



proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*— han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos. **Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa** [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], **de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido** [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], **en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.** [...]⁵.

- 4.8.** En ese sentido, la presente desvinculación procesal resulta procedente, válida y necesaria. Se realiza además, en línea de lo más favorable a su situación jurídica en el caso concreto, por ende, no afecta ningún derecho del recurrente —especialmente el derecho de defensa—, ya que, en virtud a la citada doctrina jurisprudencial, no es exigible —en este caso— que la tesis de desvinculación sea postulada en el juicio porque la nueva calificación jurídica —actos contra el pudor en menor— es producto de una opción jurídica correcta en clave de garantía para él, pues, no es que se haya descartado la penetración sexual, sino que surge la duda irrefragable al respecto.

De lo que no existe duda es por lo menos de los tocamientos indebidos que constituyen actos contra el pudor, aspecto que ha estado presente transversalmente incluso en la actividad defensiva en la medida en que la atribución fáctica ha sido fluctuante entre la violación y los tocamientos —véase las conclusiones y alegatos finales de foja 580 y siguientes e incluso en el escrito impugnatorio se insiste en el hecho de que en la data del certificado médico se refirió “tocamientos”—. En ese sentido, es destacable que el tipo penal por el que se produce la desvinculación protege el mismo bien jurídico —indemnidad sexual—.

⁵ Fundamento jurídico N.º 12.



Debe quedar claro que los tocamientos o actos contra el pudor fueron parte de la imputación fáctica contenida en la acusación y si bien se comprendió hechos de mayor gravedad (violación de menor), es evidente que en todo caso no se sobrepasa la imputación fáctica —se respeta el carácter inmutable del hecho—, con lo cual no se infringe lo establecido en el inciso 1, del artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales. En tal sentido, se justifica y corresponde que esta Sala Suprema realice la desvinculación procesal del delito de violación sexual de menor (previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal) por actos contra el pudor de menor (previsto en el inciso 3 del primer párrafo, y último párrafo, del artículo 176-A, del Código Penal).

- 4.9.** La responsabilidad del recurrente por este delito se encuentra sustentada principalmente por la versión inculpativa de la agraviada, la misma que está corroborada con la evaluación psicológica (folio 60), declaración de los peritos que elaboraron esa pericia (folio 545), denuncia interpuesta por su madre (folio 17) e informe social (folio 7). Igualmente se cuenta con la Pericia Psicológica N.º 016204-2014-PSC (folios 243 a 245) que se le practicó al recurrente, el mismo que concluyó que presenta “personalidad de rasgos pasivos agresivos y disociales”, y en el apartado de *Análisis de la Personalidad* se advirtió que es una “persona con falta de capacidad de empatía, saca provecho de las personas y de las circunstancias, es manipulador, tiende a la mentira, se victimiza, psicosexualmente presenta conflicto, con falta de conocimiento de su psicosexualidad, no tiene control de sus impulsos sexuales”. Prueba científica que también refuerza la sindicación contra él.
- 4.10.** Por su parte, el acusado postuló como tesis de defensa la inocencia, esto es, que él no habría agredido sexualmente a la agraviada. No obstante, existen suficientes medios de prueba que enervan esas tesis, constituyendo un argumento tendiente a evadir su responsabilidad penal.



4.11. Si bien la agraviada en el juzgado se retractó, señalando que el procesado es inocente y que los hechos denunciados no se han suscitado, lo cierto también es que no se puede soslayar que resulta siempre una eventualidad que quienes denuncian por este tipo de hechos de grave connotación, debido al impacto familiar adverso que implica, sufran presiones y cuestionamientos, surgiendo de ese modo las versiones no inculpativas o retractaciones como parte de un sentimiento de culpa causado por la presión familiar. En ese sentido, puede advertirse objetivamente que, en este caso, el recurrente es pareja de su tía Marisa Paola Valenzuela Campos⁶ por parte de su mamá, por lo que, las variaciones en la sindicación deben analizarse con enfoque de género y en el contexto familiar en el que se producen.

4.12 Al respecto, en el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116 se ha remarcado:

9º. Las “perspectivas de género” –per se– si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del derecho penal y procesal penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños– presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra–, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (párr. 502).

10º. [...] como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

⁶Ver declaración ante el fiscal (folios 75 a 79)



C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual.

No cabe duda que este tipo de casos deben ser evaluados teniendo en cuenta los referidos parámetros, casos en los que es usual y frecuente que se presenten situaciones de reproche socio familiares frente a las denuncias de esta naturaleza, incluso, surgen sentimientos de culpa en las propias víctimas y en las personas que denuncian dichos eventos. Al respecto en el mismo acuerdo plenario se expresó:

23°. Se ha establecido anteriormente *–con carácter de precedente vinculante–* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia *–en cuanto a los hechos incriminados–* por parte de un mismo sujeto procesal: coimputado, testigo víctima, testigo, **es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante.** Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva *—que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental—*, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia *—la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente.*

A propósito de esos parámetros, es un hecho destacable lo que la menor depuso respecto a que sus familiares la estuvieron presionando desde el principio. Así se pueden verificar los siguientes hechos relevantes:

a) En su declaración de veintiséis de noviembre de dos mil doce (folios 75 a 79), informa que al acusado nunca lo ha visto más desde la fecha en que



se denunciaron los hechos *"hasta que el día de ayer el abogado del denunciado ha querido conversar con mi mamá vía telefónica porque se ha enterado que el día de hoy me iban a tomar mi declaración pero mi mamá no aceptó; así mismo, mis tías me han estado llamando para conversar con mi mamá para que abandone y retire mi denuncia, mi tía Consuelo también me ha estado diciendo que lo dejara ahí, que acarrearía más problemas, así también el día de hoy mi tía Marisa Paola me ha enviado un sobre con dinero mediante mi abuela, para que ya no siga denunciando pero mi mamá no le aceptó dicho sobre, a lo que mi abuela le respondió que nunca vaya a su casa; que siente temor"* (preguntas 12 y 13).

b) Luego de la interposición de la denuncia, la madre de la agraviada doña Patricia Esperanza Valenzuela Campos, quien tenía un nuevo compromiso y no vivía con la menor agraviada, fue citada reiteradamente para recibir su declaración, no habiendo concurrido a las citaciones de los días 22, 28 y 30 de marzo de 2012; 07, 11 y 15 de mayo; y 26 de octubre y 26 de noviembre del mismo año; como se verifica en las citaciones y constancias de inasistencia de fojas 38 a 45, 49, 50 y 65 a 74, no obstante lo importante que era su declaración para su menor hija;

c) Cuando su referida madre declara en la instrucción (fojas 208 a 211) lo hace para expresar que nunca existió reunión en el mes de febrero y sostener que su hija se había puesto a llorar y que todo lo que dijo no era cierto, que lo hizo por cólera;

d) En el juicio oral la menor (ya a los veinte años aproximadamente) expresó que (folio 546 y 548v): Siempre estuvo sola, le decían que por su culpa su tía Mariza no come y se va a morir porque el recurrente estaba en la cárcel; hasta ahora se siente presionada porque le dicen que su abuela estaba mal y se puede morir; si su abuelo se muere será su culpa; en su preventiva mintió porque fue influenciada por sus tías y el abogado de él, además, que su tía Maritza se iba a morir por estar enferma; no fue al anterior juicio porque nunca recibió la notificación, en cambio ahora ella



misma lo ha recibido; se rebeló cuando cumplió diecisiete años ya que la trataban de mentirosa y su madre iba como si nada donde su tía Maritza; “que se pudra mi tía Maritza” porque ella decía que a mí nunca me pasó nada.

Esto refleja que ha existido una presión familiar contra la agraviada para que se desista de su incriminación. Por esa razón cabe restarle certeza a su retractación efectuada en su declaración preventiva. Esta apreciación resulta más relevante si se tiene en cuenta que en el juicio oral sostuvo que en el anterior juzgamiento la presionaron para que cambie de versión y con notable resentimiento expresó “que se pudra mi tía Maritza”.

- 4.13.** Con lo expuesto, se debe mantener la condena, pero reconduciendo el tipo penal al delito de actos contra el pudor en menor. En consecuencia, cabe analizar la pena que debe corresponderle por la nueva subsunción típica.
- 4.14.** El referido delito al momento de los hechos se encontraba previsto en el inciso 3 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 176-A, del Código Penal⁷, que preveía un marco penal no menor de diez ni mayor de doce años. Teniendo en cuenta que el recurrente era un agente primario y no concurre alguna circunstancia agravante genérica, resulta pertinente individualizar la pena concreta final en el extremo mínimo, esto es, diez años, con observancia del principio de proporcionalidad y el fin preventivo y resocializador de la pena. En consecuencia, se debe reducir a ese lapso de tiempo la pena privativa que se le impuso en la sentencia cuestionada.

⁷ Actualmente ese tipo penal tiene una regulación distinta, en el sentido que contempla la conducta reprochada en un solo párrafo sin hacer diferencia de edad —de manera general señala “cuando la víctima es menor de 14 años”— ni el tipo de relación que existiese entre el agente y la víctima. Si bien, la actual regulación prevé una pena no menor de nueve ni mayor de quince años, no resultaría posible realizar una aplicación retroactiva de esa norma, toda vez que también se debería aplicar la agravante prevista en el artículo 177, en concordancia con el segundo párrafo, del artículo 170, del Código Penal, resultando ser una pena abstracta mayor a la prevista en el artículo 176-A al momento de los hechos.



4.15. Por último, forma también parte de la imputación fáctica los hechos que se habrían cometido en el mes de junio o julio de 2011 (ver la descripción del considerando 1.2 de la presente resolución) referidos a tocamientos indebidos que el recurrente le habría realizado a la agraviada cuando ella se encontraba descansando en su habitación. Al respecto, se aprecia de la sentencia cuestionada que la Sala Superior no expuso pronunciamiento alguno sobre la configuración o no de ese extremo de la imputación, menos aún por la situación jurídica del acusado. Sin embargo, este Supremo Tribunal estima que la ausencia de ese juicio de valoración no constituye, en el presente caso, un motivo para anular la sentencia, porque en el peor de los casos estaríamos ante la continuidad del delito de actos contra el pudor en menor, en perjuicio de la misma agraviada, sin mayor impacto en la dosificación punitiva; y, por el contrario, en términos de costos para la justicia resultaría enormemente oneroso.

QUINTO. ASISTENCIA ESPECIALIZADA A FAVOR DE LA VÍCTIMA

- 5.1.** La víctima tiene en el proceso penal, entre otros derechos, el de obtener una reparación integral del daño generado por la comisión del delito, la cual no puede limitarse a la compensación económica que se impone pagar al responsable del daño causado.
- 5.2.** No cabe duda que el abuso sexual ocasiona afectación psicológica en las víctimas, fundamentalmente en los niños y niñas, dejando muchas veces graves secuelas que requieren ser atendidas, en principio, como parte de la reparación civil a cargo del agresor. El Estado no puede encontrarse al margen del deber de atender a las víctimas, a través de los sistemas de salud pública, la necesidad de evaluación y, en su caso, de brindar el tratamiento psicológico, terapias o la asistencia que resulte necesaria, según diagnóstico, ofreciéndole los medios necesarios para alcanzar su recuperación.



5.3. En este aspecto, resulta relevante el literal g, del artículo 4, de la Declaración sobre la violencia contra la mujer⁸, al señalar que los Estados deberán:

g) Esforzarse por garantizar, en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física psicológica.

5.4. En tal virtud, para alcanzar una reparación integral de la víctima, debe atenderse necesariamente a la recuperación del daño psicológico sufrido como consecuencia del hecho delictivo en su contra, en los delitos contra la indemnidad y libertad sexual, con especial atención en el caso de menores de edad y personas con discapacidad; por lo cual, corresponde que, en ejecución de sentencia, se disponga que el Estado, en cumplimiento de lo expresamente establecido por el Código de los niños y los adolescentes⁹, previa evaluación especializada, brinde tratamiento psicológico a la menor agraviada y a sus familiares —de ser el caso—, para su recuperación integral, para cuyos efectos se notificará a la parte agraviada.

⁸ Adoptada en la 85ª sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993 de la Organización de Naciones Unidas.

⁹ **Artículo 38. Programas para niños y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual**

El niño o el adolescente víctimas de maltrato físico, psicológico o de violencia sexual merecen que se les brinde atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. El servicio está a cargo del Sector Salud. Estos programas deberán incluir a la familia.

El Estado garantiza el respeto de los derechos de la víctima en todos los procedimientos policiales y judiciales. El Promudeh promueve y establece programas preventivos de protección y atención, públicos y privados, tendentes a prevenir, atender y reducir los efectos de la violencia dirigida contra el niño o el adolescente.



Dicho extremo debe ser materia de integración, de conformidad con las facultades contempladas en el segundo párrafo, del artículo 298, del Código de Procedimientos Penales¹⁰.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el dictamen de la Fiscalía Suprema en lo Penal, declararon:

- I. **DESVINCULARSE** de la calificación jurídica postulada por el representante del Ministerio Público consistente en el delito de violación sexual en menor, previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal a la previsión delictiva prevista en el inciso 3 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 176-A, del Código Penal delito de actos contra el pudor en menor. En consecuencia, **CONDENAR** a Luis Enrique Fernández Saavedra como autor del delito de actos contra el pudor de menor, en perjuicio de la agraviada con las iniciales A. N. R. V.

- II. **HABER NULIDAD** en sentencia cuestionada, en el extremo que le impusieron al referido acusado treinta y cinco años de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLA** le impusieron diez años de pena privativa de libertad; la misma que desde su detención el 13 de agosto de 2019 —ver notificación de folio 619—, y teniendo en cuenta la detención que sufrió desde el 4 de febrero hasta el 6 de agosto de 2014 (seis meses con dos días) —por prisión preventiva, ver resolución¹¹ de folios 140 y antecedente judicial¹² de folio 500—, vencerá el 10 de febrero de 2029.

¹⁰ **Artículo 298. Causales de Nulidad**

[...]

No procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados; o que no afecten el sentido de la resolución. **Los jueces y tribunales están facultados para completar o integrar** en lo accesorios, incidental o subsidiario, **los fallos o resoluciones judiciales.**

¹¹ Que declaró fundada la prisión preventiva; y en la audiencia se encontraba presente el encausado.



- III. **SE INTEGRO** la referida resolución en cuanto **SE DISPONE** que el personal especializado del Sector Salud de la provincia de Lima y especialmente del distrito donde reside la agraviada, brinde **tratamiento psicológico** a la agraviada —de ser el caso a su familia— con la evaluación de sus necesidades al respecto; para el efecto, en ejecución de sentencia, se debe remitir el oficio pertinente a la Dirección Regional de Salud con copia de esta sentencia y la de primera instancia. La Dirección anotada debe disponer que los encargados reserven el nombre de la agraviada e informen periódicamente de dicho tratamiento al juez que conoce de la intervención judicial de la pena, siempre guardando en reserva su identidad en los documentos que remita al Poder Judicial, debiendo anotar sólo el número del expediente; todo bajo responsabilidad; así mismo, el juzgado a cargo de la ejecución de la sentencia debe disponer la notificación a la parte agraviada, a efecto de que previa evaluación especializada, que determine las medidas necesarias en el caso concreto, se le brinde el acceso a los servicios de salud pública para la asistencia especializada que fuera requerida en su rehabilitación.
- IV. **DISPONER** se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

¹² Aquí se detalla la fecha en la cual se le dio libertad, en virtud a la resolución del 5 de agosto de 2014 de folio 284 que declaró procedente la variación de la prisión preventiva por comparecencia restringida.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1864-2019
LIMA**

GL/awza