



**LA DUDA FAVORECE AL REO. LA PROBABILIDAD ES UN ESTADO INTERMEDIO COMO LA DUDA QUE NO EQUIVALE A CERTEZA. SOLO LA CERTEZA PUEDE SOSTENER UNA CONDENA.**

**i)** Tanto la presunción de inocencia como la favorabilidad por duda (*in dubio pro reo*), inciden en la valoración probatoria del juez ordinario.

**ii)** Es un principio constitucional que permite al acusado ser absuelto en un proceso penal, en tanto que toda la actuación y la comunidad de pruebas no genera una convicción al juzgador sobre la responsabilidad en el ilícito que se imputa, sino que originan cognitivamente una duda respecto de la situación jurídica de este (si es responsable o inocente).

**iii)** Resulta trascendente aclarar que, dentro de los estados intelectuales del juez, un alto nivel de probabilidad de participación en un evento delictivo no equivale a la certeza. La probabilidad o improbabilidad son igual que la duda, estados intermedios en el intelecto humano, diferente al estado de certeza positiva o negativa que son absolutas. Tanto la duda como la probabilidad o la improbabilidad al ser estados intermedios condicionan la absolucón. Solo con la certeza positiva se puede sostener una condena.

Lima, once de marzo de dos mil veintidós

**VISTO:** el recurso de nulidad<sup>1</sup> formulado por la defensa del sentenciado Freddy Marlon Apaza Chávez, contra la sentencia del veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve<sup>2</sup>, expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha sentencia emitida por mayoría se le condenó como autor del delito de violación sexual de menor, en agravio de la menor identificada con la clave N.º 03. En consecuencia, se le impuso veinte años de pena privativa de libertad y fijaron en mil soles el monto por concepto de reparación civil que pagará a favor de la agraviada, con lo demás que contiene.

**Con lo expuesto** a lo dictaminado por la Fiscalía Suprema en lo Penal.

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

---

<sup>1</sup> Cfr. folios 889 a 893

<sup>2</sup> Cfr. folios 873 a 882v.



## CONSIDERANDO

### Primero. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

**1.1.** El recurso de nulidad es el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios que regula el Código de Procedimientos Penales. En términos del profesor García Rada: “Se trata de un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión superior”<sup>3</sup>. De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, el recurso de nulidad permite la revisión total de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema.

**1.2.** La Sala Penal de la Corte Suprema tiene facultades para modificar o revocar la sentencia o auto dictados por la instancia inferior. Previa a la resolución final de la Sala Suprema, el Ministerio Público debe emitir pronunciamiento y lo hará si la causa se encuentra dentro de los supuestos taxativamente contemplados en el artículo ochenta y tres de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Frente a la decisión adoptada no cabe recurso alguno y, por lo tanto, la causa se agota procesalmente dado que la ejecutoria genera estado definitivo del proceso.

### Segundo. Fundamentos del recurso

El recurrente solicitó se le absuelva de la imputación sobre la base de los siguientes fundamentos:

**2.1.** La sentencia se ha expedido solo con lo actuado a nivel preliminar, que reúne solo indicios preliminares.

**2.2.** No se realizó actuación probatoria en el juicio oral, pues solo se recabó la declaración del recurrente.

**2.3.** Por inacción de la Sala de juzgamiento no se ha permitido a la defensa examinar a la agraviada, testigos ni peritos inconcurrentes a juicio.

---

<sup>3</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 981.



**2.4.** La prueba pericial médica, psicológica, toxicológica y psiquiátrica del caso no son pruebas fehacientes y contundentes que demuestren la responsabilidad del encausado.

**2.5.** No se acreditó la persistencia en la incriminación, pues la agraviada no concurrió a juicio, por lo que es falsa la concurrencia de esta garantía, tanto más si en el juicio anterior dijo que no recordaba lo sucedido y que en ese momento pensó que eran los 3 —el recurrente, y los conocidos como “Caballito” y “Chino Nay”—, pero no podría acusar a alguien porque no recuerda debido a la bebida que tomó. La testigo Karen Heidi Guevara Robles no sabe quién la ultrajó. Lo anterior no fue tomado en cuenta porque el juicio se quebró por responsabilidad de los integrantes de la Sala (faltaban o se enfermaban), y solo se basaron en lo realizado a escala preliminar.

**2.6.** No existe prueba suficiente, tampoco se tomó en cuenta la adecuación del tipo penal en aplicación del principio constitucional consistente en que la duda favorece al reo, planteado inclusive por el fiscal.

### **Tercero. Hechos**

Según los términos de la acusación fiscal<sup>4</sup> se atribuye a Freddy Marlon Apaza Chávez, haber abusado sexualmente de la menor agraviada identificada con la clave N.º 03 cuando esta se encontraba en estado de inconsciencia.

Es el caso que el veinticuatro de junio de dos mil cinco, en circunstancias en que la menor agraviada y su amiga Karen Guevara Robles se dirigían al colegio en horas de la mañana, se encontraron en el trayecto con el procesado Freddy Marlon Apaza Chávez apodado "Chacalón" y los sujetos conocidos como "Caballito" y "Chico Nay", con quienes acordaron ir a la casa del acusado en donde bebieron licor, siendo, que la menor agraviada al sentirse mareada se recostó en la cama del procesado y escuchó decir a su amiga que se iba al baño, se despertó a las cuatro de la tarde, viendo a su amiga que la llevaba a su casa para hacerle comer frutas, para luego acompañarla hasta un parque que queda cerca de su domicilio; y, llegando a su casa la menor agraviada advirtió que tenía la ropa interior volteada y

---

<sup>4</sup> Cfr. folios 299 a 305.



estaba manchada con sangre, así como dolores en sus partes íntimas, sin contar nada de lo sucedido a su madre .

#### **Cuarto. Opinión de la Fiscalía Suprema en lo Penal**

Mediante Dictamen N.º 325-2020-MP-FN-1FSP<sup>5</sup>, el fiscal de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, opinó que se declare **no haber nulidad** en la sentencia, por no ser fundado ninguno de los agravios.

#### **Quinto. Análisis jurídico fáctico**

##### **Control formal**

**5.1.** La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública del veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve<sup>6</sup>, interponiendo recurso en ese acto la defensa del sentenciado, fundamentándolo el siete de octubre del señalado año, esto es, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

##### **Análisis de fondo**

**5.2.** Es pertinente establecer que este Supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el recurso de nulidad, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales<sup>7</sup> (principio conocido como *tantum apellatum quantum devolutum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión, está delimitada objetiva y subjetivamente, precisamente por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

<sup>5</sup> Cfr. folios 28 a 31 del Cuadernillo formado en esta instancia.

<sup>6</sup> Cfr. folio 869 y 869v.

<sup>7</sup> **Artículo 300. Ámbito del recurso de nulidad**

1. Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.

[...]



**5.3.** El tipo penal materia del presente proceso, tiene como bien jurídico protegido la indemnidad o intangibilidad sexual de la persona menor de catorce años; en tal sentido, se busca cautelar tanto el libre desarrollo como su futura libertad en el ámbito sexual, prohibiéndose aquellas acciones que pudieran afectar el desarrollo de su personalidad. En la doctrina penal, se sostiene, entre otros, que el fundamento de este tipo penal se encuentra en la ausencia de consentimiento del menor o en la invalidez de este<sup>8</sup>.

**5.4.** Antes de analizar los agravios vinculados a los aspectos de valoración probatoria, cabe enfocarse en aquellos que tienen que ver con afectaciones a garantías constitucionales que pudieran ocasionar la nulidad de la decisión. En el caso en concreto, se ha puntualizado la afectación al derecho de defensa, por inacción del Colegiado Superior, al no permitir a la defensa se examine a la agraviada, testigos y peritos “inconcurrentes a juicio”. Sobre este aspecto, tal como la propia defensa lo señala, no se ha suscitado un caso en que se limite o se le prohíba a la defensa examinarlos, sino que dichos testigos no concurrieron a juzgamiento y la fiscalía —quien fue la que solicitó su concurrencia, mas no la defensa, ver sesión de juicio oral del nueve de mayo de dos mil diecinueve de folio 723— ante las inconurrencias prescindió de dichas diligencias, sin que hubiera oposición de la defensa —véase sesiones del cuatro y veintiséis de julio de dos mil diecinueve, en folios 765 y 776—. En tal sentido, no se aprecia vulneración alguna al respecto, tanto más si la defensa no propuso su actuación en juicio, que por imperio de la concordancia de los artículos 232 y 238 del Código de Procedimientos Penales, las pruebas deben ser postulados antes del inicio del juzgamiento y tratándose de pruebas nuevas indicando la pertinencia y aporte, que no es el caso.

**5.5.** También ha expresado la defensa que no se tomó en cuenta la solicitud de adecuación del tipo penal en aplicación del principio constitucional de la “duda favorece al reo”, planteado la fiscalía. Sobre el particular, cabe remitirse a la resolución de diez de mayo de dos mil dieciséis (folios 653 a 654v), en la que la Sala Superior ya emitió pronunciamiento al respecto y declaró infundada la recalificación, toda vez que la inconstitucionalidad del numeral 3,

---

<sup>8</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho penal-Parte especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores. Primera edición, septiembre de 2011, página 440.



del artículo 173, del Código Penal fue respecto de una norma posterior (en la que se criminalizaba la conducta del acceso carnal con un menor entre 14 y 18 años) la cual fue debidamente notificada al encausado (folio 655), emitiéndose además el dictamen del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis, en que la Fiscalía Superior, con mayor criterio, solicitó se declare insubsistente el dictamen previo, en el que se había solicitado la recalificación, todo lo cual quedó firme por ausencia de recurso.

En atención a lo señalado, deben rechazarse los agravios sobre este aspecto.

**5.6.** En cuanto a la valoración probatoria, la defensa sostiene que se le condenó solo sobre la base de diligencias obtenidas a escala preliminar, no habiendo concurrido la víctima a juicio, por lo que no se evidencia la persistencia en la incriminación. Además, también hizo referencia que en uno de los juicios quebrados (por negligencia de los Colegiados Superiores y no del recurrente) la víctima acudió y refirió no tener certeza sobre quién la habría ultrajado.

Previamente, es pertinente recordarle a la defensa que, el contenido de las actas de un juicio oral quebrado no puede ser utilizado para sustentar ni la decisión ni tampoco para formar parte de los alegatos de las partes, salvo la prueba documental que pudiera ser de utilidad y haya sido oportunamente ofrecida y actuada en el nuevo juzgamiento. Por esta razón lo dicho por la agraviada en aquel juzgamiento, no es de recibo, por lo que este Colegiado se enfocará en la valoración de la prueba actuada e introducida al juzgamiento válidamente.

**5.7.** En primer lugar, verificado el juzgamiento, ante la ausencia de los testigos y la prescindencia de su testimonio, entre ellos la agraviada, el Ministerio Público introdujo al contradictorio el Atestado N.° 52-05-DIRINCRI-PNP/DIVIPD-BPD.03 de folios 19 a 31, el certificado médico legal practicado a la agraviada de folio 53, el examen pericial psicológico practicado a la agraviada de folios 55 a 57 y el informe de asistencia de la agraviada al Colegio Alfonso Ugarte de folios 75 y 76, mientras que la defensa no las cuestionó y tampoco, a su turno, oralizó alguna pieza procesal (ver sesiones de juicio oral del veintiuno de agosto y dos de septiembre de dos mil diecinueve, en folios 784 y 787).



Técnicamente el Atestado contiene como anexos las declaraciones prestadas por la agraviada y los testigos, así como los dictámenes periciales, actas de recepción, entre otros, recogidos a escala preliminar, los cuales deben ser merituados con el conjunto probatorio, es decir con lo recabado en instrucción y juzgamiento.

**5.8.** Ahora bien, tal como se ha desarrollado el suceso delictivo, este Colegiado coincide con lo expresado por el Colegiado Superior en mayoría, en cuanto a las siguientes conclusiones vinculadas a la garantía de certeza y verosimilitud consistentes en que: **a)** El día de los hechos, la menor agraviada conjuntamente con la menor Karen Heidi Guevara Robles ingresaron al inmueble del recurrente y otros dos varones de apodos "Caballito" y "Chico Nay" —en este punto, existen discrepancias en si ingresó o no "Chico Nay"—, así lo han confirmado tanto la agraviada como el recurrente; **b)** en el interior del domicilio ingirieron bebidas alcohólicas —se desconoce qué tipo de licor—; **c)** la menor Karen Guevara se retiró del inmueble, dejando a la agraviada y al encausado, con los otros dos varones en el interior del domicilio, regresando a dicho domicilio unas horas después; **d)** producto de la ingesta de bebidas alcohólicas la agraviada perdió la conciencia; **e)** al despertar la agraviada, se encontraba con la ropa desarreglada y posteriormente se percató que tendría sangre en la ropa interior.

Conforme a lo antes señalado, aunque se encuentra acreditado por la propia versión de la víctima, la testigo Karen Guevara y el recurrente —en tanto los apodados como "Caballito" y "Chico Nay", no fueron identificados y no brindaron testimonio—, que todos estuvieron en la vivienda del encausado, no obstante, el ultraje al que hace referencia la víctima no encuentra un respaldo indiciario sólido que permita determinar la responsabilidad del encausado.

**5.9.** Así, aunque la menor refirió que al llegar a su vivienda luego de estar en casa del recurrente, notó que estaba con la falda volteada y la ropa con restos de sangre (ver respuesta a la pregunta cuatro de su primera declaración preliminar), este testimonio no concuerda con la conclusión del reconocimiento médico legal, toda vez que en el examen de integridad sexual se señaló que tenía un



himen amplio, dilatado y con secreción menstrual, determinándose: himen complaciente.

Según la Guía Médico Legal de Evaluación Física de la integridad sexual<sup>9</sup>, se dice respecto de este tipo de himen:

**I.- HIMEN DILATABLE, DISTENSIBLE, EXTENSIBLE O COMPLACIENTE:**

Este tipo de himen tiene un alto contenido de fibras elásticas, lo cual le permite distenderse durante el coito y puede no hallarse desgarrado. **Por su gran capacidad elástica, le permite "tolerar" la penetración del elemento viril o pene, sin romperse**, de ahí que muchos autores lo denominen himen complaciente, el cual proviene del término "compliance" (membrana con capacidad de distenderse o dilatarse y luego volver a su tamaño normal), también conocido como himen dilatado, himen distensible, o himen extensible. Para su diagnóstico debe cumplir con las siguientes características: Ser elástico y tener un orificio amplio y dilatado con un diámetro de distensión mayor de 2.5cm (para otros autores mayores de 3.0 cm). [Resaltado agregado]

Asimismo, en la señalada guía se señala como nota<sup>10</sup>:

**Cabe resaltar que el himen dilatado o distensible o extensible o himen complaciente, puede presentar desgarrado ante: Una agresión sexual con gran violencia, en presencia de procesos patológicos (infecciones o inflamaciones genitales), y cuando existe una desproporción anatómica entre el (los) agresor (es) y la víctima, o con el agente causal.** [Resaltado agregado]

**5.10.** De otro lado, todos los testimonios brindados por la víctima a escala preliminar y de instrucción, son que no recuerda lo que se suscitó y que no llegó a sentir nada porque estaba profundamente dormida, pero al regresar a su casa al ver "el sangrado" y el "chupete en cuello" reclamó a la menor Karen Guevara a los tres días de sucedido el hecho el por qué la había dejado en "la casa de Freddy", y que esta le habría dicho que se escape de su casa y que aborte si es que estaba embarazada. Hasta este punto, la imputación surge por los indicios que refiere la víctima vio en su cuerpo y en su ropa interior; no obstante, no imputa propiamente este hecho al encausado —teniéndose en cuenta que había más personas en el lugar que no fueron identificados—.

<sup>9</sup> Accesible en el portal web (página 57):

[https://portal.mpfj.gob.pe/descargas/iml/guias2017/12/evaluacion\\_fisica\\_de\\_la\\_integridad\\_sexual.pdf](https://portal.mpfj.gob.pe/descargas/iml/guias2017/12/evaluacion_fisica_de_la_integridad_sexual.pdf)

<sup>10</sup> Ibidem, p. 58.



A esta conclusión puede arribarse con mayor razón si la propia madre de la menor presuntamente agraviada expresó ante la psicóloga (folios 104 a 105) rubro referido a “Motivo de la consulta” lo siguiente: “[...] Mi hija se fue de la casa el 1 de julio, y cuando le he buscado me enteré por su amiga Karen que había sido violada, seguro fue cuando yo encontré su trusa de sangre y le pregunté si le había venido la regla, porque con ella no hay una fecha segura [...]”. Ello denota que la presencia de sangre en la ropa interior de la menor no parece compatible con el hallazgo del himen dilatado, sino que además dentro de las posibilidades hipotéticas podría ser producto del sangrado menstrual porque la menor no habría tenido un período regular de menstruación.

**5.11.** Es más, mucho de lo suscitado (como la preocupación por un supuesto embarazo y el ausentarse de su domicilio) puede haberse producido por el susto y la preocupación —incluso probablemente amenazas— que de algún modo lo habría generado su propia amiga Karen según las propias declaraciones de la menor agraviada, aunque también existen incoherencias entre sus declaraciones. Lo cierto es que los elementos de prueba obtenidos no permiten que este Supremo Tribunal tenga certeza de la agresión sexual que se imputa al recurrente e incluso existe la posibilidad hipotética de que podrían haber actuado alguno de los otros presentes.

En ese sentido, cabe acotar, que si bien es cierto existe un correo electrónico enviado por el recurrente a la cuenta Hotmail de la víctima, en donde se hace referencia “acaso lo hicimos a la fuerza fue con tu consentimiento”, ciertamente este dato aislado no es de tal fuerza acreditativa que determine la responsabilidad del encausado, tanto más si el encausado en sesión de juicio oral del diez de junio de dos mil diecinueve explicó que el “consentimiento” al que hizo referencia, era respecto a que la agraviada acudió a la vivienda de este sin ser obligada (ver folios 744 a 746); lo que ciertamente también produce un estado de duda sobre el particular.

**5.12.** En ese escenario, resulta trascendente aclarar que, dentro de los estados intelectuales del juez, un alto nivel de probabilidad de participación en un evento delictivo —como en este caso, sustentado por la incriminación del agraviado— NO



equivale a la certeza. La probabilidad o improbabilidad son igual que la duda, estados intermedios en el intelecto humano, diferente al estado de certeza positiva o negativa que son absolutas<sup>11</sup>. Tanto la duda como la probabilidad o la improbabilidad, al ser estados intermedios, condicionan la absolución. Solo con la certeza positiva se puede sostener una condena.

**5.13.** En atención a lo señalado, en atención a que los medios de prueba, valorados en su conjunto, no generan certeza de la responsabilidad penal atribuida, cabe la prevalencia de la presunción de inocencia, en armonía con el principio constitucional del *in dubio pro reo*, estipulado en el inciso 11, del artículo 139, de la Constitución Política del Estado, por lo que debe absolverse al encausado; y, en consecuencia, encontrándose con órdenes de captura, disponer el levantamiento de estas.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

**I. Declarar, HABER NULIDAD** en la sentencia del veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve, expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, por la que en mayoría se condenó a Freddy Marlon Apaza Chávez como autor del delito de violación sexual de menor, en agravio de la menor identificada con la clave N.º 03; se le impuso veinte años de pena privativa de libertad y fijaron en mil soles el monto por concepto de reparación civil que pagará a favor de la agraviada; **REFORMÁNDOLA, ABSOLVIERON** al mencionado encausado del delito imputado; en consecuencia, **DISPUSIERON** el archivo definitivo del proceso en este extremo y la anulación de los antecedentes generados en su contra.

**II. LEVANTAR** las órdenes de captura en contra de Freddy Marlon Apaza Chávez, debiendo oficiarse en el día a la autoridad competente.

---

<sup>11</sup> CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires. Ediciones Depalma Segunda Edición. 1994. P. Este autor explica además en las mismas referencias que "Habría probabilidad (...) cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza a los negativos; es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay *improbabilidad* o probabilidad negativa"



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA  
RECURSO DE NULIDAD N. ° 261-2020  
LIMA**

**III. DISPONER**, que 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.

Intervino el juez supremo Núñez Julca, por licencia de la jueza suprema Castañeda Otsu.

**S. S.**

PRADO SALDARRIAGA

NÚÑEZ JULCA

BROUSSET SALAS

PACHECO HUANCAS

**GUERRERO LÓPEZ**

GL/gc