



ESPECIALISTA : DAVID YONY GUILLEN LOPEZ
PROCESADO : JOSE VICENTE MORILLO MENDOZA
MATERIA : VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE 13 AÑOS
AGRAVIADO : MCRE

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO: CUARENTISEIS

Nuevo Chimbote, dieciocho de mayo

del año dos mil veintidós. - - - - -

Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones conformada por los Jueces Superiores: Daniel Alberto Vásquez Cárdenas, José Manzo Villanueva por impedimento de la magistrada Mardelí Elizabeth Carrasco Rosas y Niczon Holando Espinoza Lugo, quien interviene como director de debates.

I.- ASUNTO

Pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesta por la defensa del sentenciado José Vicente Morillo Mendoza contra la sentencia contenida en la resolución número treinticuatro de fecha 21.12.2021 que le condena como autor del delito de violación sexual de menor de 13 años de edad previsto en el artículo 173 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales MCRE, a la pena de cadena perpetua, revisable en el plazo de 25 años de cumplida la pena, cuya ejecución provisional lo suspende, bajo reglas; y, la reparación civil lo fija en S/40,000.00; además, ordena su tratamiento terapéutico conforme el artículo 178A del CP.

II.- CONTROVERSIA RECURSAL

1. De la sentencia que viene en grado se aprecia que la imputación estaba referida que la menor de iniciales M.C.R.E., desde los 3 años de edad estuvo bajo la tenencia de doña Rosa Guillermina Estrada Aranda y su pareja Saúl Torres Flores -a quienes la conoce como "mamita" y "papito"- ante el abandono materno y tenía como domicilio en Prolongación Espinar N° 1456 -Chimbote.

La menor (13 años) recibió la solicitud de amistad de Facebook del acusado José Vicente Morillo Mendoza que le dijo tener 16 años y le pidió su número telefónico y empezaron conversar por WhatsApp.

El 5.10.2018 fue al colegio Daniel Alcides Carrión con una foto impresa de la menor que la enseñó a los escolares, preguntando por ella; la menor Gladys que estudia en ese colegio y es hija política de los abuelos de la menor agraviada, le contó al abuelo que un desconocido preguntaba por la menor agraviada; el abuelo



fue buscar a ese sujeto y le encontró por intermediaciones del colegio y le preguntó, por qué estaba buscando a su nieta y el acusado le dijo que la estaba buscando porque la menor quería ir con él; el abuelo le dijo que no es verdad; que vaya a verlo a su casa a las ocho de la noche.

Al promediar esa hora del 5.10.2018, el acusado se presentó en la casa de los abuelos con la finalidad de conversar con la menor; la abuela le reclamó y le hizo pasar a la sala y donde le preguntaron que quería con la menor y el acusado respondió que quería hacerse cargo de ella; tenía trabajo y podía mantenerla; sus padres sabían de esto y que estaban de acuerdo con la relación; sin embargo, el abuelo se indignó y le dijo que la menor aún tenía 13 años; pero el acusado insistía en quererse llevar a la menor, el abuelo le preguntó a la menor si quería irse con el acusado y la menor, moviendo su cabeza dijo que no. Mientras que la abuela llamó a su hermana Nilsa Anabela Estrada Aranda que vive cerca y el abuelo estaba ofuscado.

Nilsa Anabela Estrada Aranda va al domicilio de su hermana Rosa y encuentra allí al hoy acusado, a quien le preguntó por sus padres y respondió que no habían podido venir, pero ellos estaban de acuerdo; luego le preguntó su edad y le dijo que tenía 16 años y quería ser amigo y luego enamorado de la menor; además dijo que estudiaba y trabajaba haciendo pan y ayudaba económicamente a sus padres; la señora Nilsa le pidió el número de su celular y le dio el 970479709. El abuelo de su parte dijo "qué amigo, ni qué amigo, hay que botarlo"; la señora Nilsa le dijo a su hermana que no le daba confianza; como tenía sus sospechas hizo búsqueda por Facebook y comprobó que el hoy acusado tenía 19 años, por lo que, inmediatamente llamó a su hermana Rosa para advertirle que era un adulto y que no converse más con la menor agraviada.

El día 06.10.2018, al promediar las 21:00 horas, cuando la abuela, luego de terminar de vender salchipollo en la puerta de su casa ingresa a ella, la menor le dijo "mamita, voy a ver afuera", salió y ya no se la vió más; la buscaron por los alrededores y una señora que vende golosinas a la vuelta de la casa le indicó que la menor se había ido con un muchacho y cuyas características físicas le dio y se trataba del hoy acusado.

Luego que la menor salió de su domicilio de Prolongación Espinar N° 1456 - Chimbote y se encuentra con el hoy acusado, éste le dijo "vamos, vamos" y procedió a jalarla sin darle explicaciones y llevarla con rumbo desconocido. La menor refiere que durante el largo trayecto pasaron por chacras de maíz y la menor iba cayéndose a cada rato y no sabía por dónde regresar a su casa, porque habían muchas chacras alrededor; siguiendo caminando llegaron a un río (probablemente Lacramarca), y en horas de madrugada llegaron a una casa (rancho de esteras) del hoy acusado, en cuyo interior, procedió a sacarle a la



fuerza el pantalón y el calzón para luego desnudarse y proceder a violarla vaginalmente a la menor, quien le tiró una cachetada y jaló los pelos; el hoy acusado se molestó y siguió cometiendo su vejamen sexual; luego la volteó violentamente, para ponerle una almohada en la cabeza de la menor, donde esta no podía respirar y de esta manera el hoy acusado procedió a violarla analmente.

Luego de consumir su cometido el acusado se levantó, lo cual aprovecha la menor para escapar y correr logrando esconderse por alrededor del lugar y pudo observar que habían varias casas de estera; pero, el hoy acusado la encontró y la condujo con destino al domicilio de Vicente Anastasio Morillo Villalba (padre del hoy acusado) ubicada en el Pueblo Joven PPAO.

Mientras tanto, los abuelos ya habían tenían por cierto su desaparición; la señora Nilsa Anabela Estrada Aranda (tía de la menor) llama al celular 970479709 del acusado para reclamarle y decirle: "Vicente, tú te has llevado a mi sobrina, te han visto, te doy hasta las 10:00 de la noche para que la traigas" y el acusado se negó y en este momento se encontraba en un cumpleaños por Sider Perú; sin embargo, por los ladridos de unos perros no le creyó y le dijo "no, no estas por Sider, porque hay perros que ladran, te doy una hora, si no me la traes te denunció"; respondiendo el hoy acusado que no se preocupara, que la iba ayudar a buscar y fue lo llame dentro de una hora; la señora Nilsa lo llamó al cabo de una hora; sin embargo, el celular del hoy acusado estaba apagado; luego, la señora Nilsa se puso a revisar el celular de su sobrina (menor agraviada) que dejó al salir intempestivamente de su domicilio y advierte un número telefónico agendado con el nombre de "papá Vicente morillo" N° 938383931 y del cual existían llamadas entrantes, por lo que procedió a llamar inmediatamente a este número y la tercera llamada contestó Vicente Anastasio Morillo Villalba, a quien le explicó el motivo de la llamada, éste no creyó; su hijo no había sido, pues éste estaba trabajando; por lo que la señora Nilsa con los abuelos a bordo de una mototaxi se dirigieron al Pueblo Joven PPAO, porque el hoy acusado les había manifestado en día anterior cuando fue a su domicilio que trabajaba en una panadería, pero, lo buscaron sin éxito; por lo que fueron a la Comisaria de Villa María a denunciar y ya el personal policial hizo la búsqueda por RENIEC, consiguen la dirección del acusado; el capitán junto con efectivos policiales van a ese domicilio sito en el Asentamiento Humano 14 de Febrero Mz. B Lt. 03 - Nuevo Chimbote, donde salió el señor Vicente Anastasio Morillo Villalba quien indicó que su hijo no se encontraba en casa.

A las 04.00 horas de la madrugada (para amanecer el día 07 de octubre del 2018), la señora Nilsa Anabela Estrada Aranda (tía de la menor), recibió la llamada de Vicente Anastasio Morillo Villalba quien indicó que su hijo se encontraba



inubicable, pero, se había comunicado con un hermano de éste y que en caso tuviera a la menor agraviada, le iba a dar el paradero.

El día 07.10.2018, al promediar las 07:00 horas, la señora Nilsa Anabela Estrada Aranda recibe llamada proveniente del celular de Vicente Anastasio Morillo Villalba, donde éste reconoció que su hijo Vicente tenía en su poder a la menor agraviada y que la iba entregar sana y salva, pero que no lleve policías, donde doña Nilsa le indicó de que si la menor agraviada aparecía sana y salva no iba a llevar a policías, pero, que tenía temor que José Vicente (hoy acusado) la haya hecho algo (violado); es así que doña Nilsa, mientras se encontraba sufragando - ese día se venían llevando a cabo a nivel nacional las "Elecciones Municipales y Regionales 2018"-, recibió una llamada del celular del padre del hoy acusado, donde una voz femenina le indicó que ya podían ir a su casa -rancho ubicado en el Asentamiento Humano 14 de Febrero Mz. B Lt. 03 -Nuevo Chimbote; es así, al llegar la señora Nilsa con la abuela vieron a la menor que se encontraba sucia, con las zapatillas rotas, despeinada y asustada y donde el hoy acusado se encontraba sentado con siete personas que serían su familia; el hoy acusado fue encarado por Nilsa Anabela Estrada Aranda y por la abuela, donde el padre del acusado pedía que no hicieran nada, es así que procedieron a llevarse a la menor agraviada a su domicilio donde les contó llorando; y, mientras ella se encontraba en la puerta de su domicilio, el hoy acusado le manifestó que quería conversar con ella un ratito; sin embargo, la jaloneó por toda la Prolongación Espinar, Antenor Orrego, pasando chacras a pie y que llegaron de madrugada a un rancho que al parecer sería de un familiar del acusado, donde la procedió a violar vaginal y analmente; de inmediato fueron a denunciar el hecho; la menor de iniciales M.C.R.E pasó reconocimiento médico legal que arrojó que tenía signos de actos contranatura reciente. Este comportamiento ha sido calificado como violación presunta prevista en el artículo 173 del CP.

La defensa, resumidamente, dijo que su defendido no tenía responsabilidad porque medió relaciones sentimentales con la menor, quien se escapó y lo hizo reiteradas veces y no es que la haya engañado y existe enemistad entre la familia de la menor y la familia de su defendido.

Luego de la actuación probatoria, en su alegato de clausura el Ministerio Público dijo haber probado su tesis inculpativa, básicamente con la declaración de la menor en cámara Gesell, en que dijo conocer al acusado por su nombre de José Vicente Morillo Mendoza, su domicilio, su edad de 19 años de edad -aunque en sus redes sociales decía tener 16 años-, recién la conoce el 5.10.2018 cuando llegó a su domicilio portando una fotografía y dijo que quería llevarla a vivir con él; dijo que la llevó a la fuerza, a jalones, caminando en altas horas de la noche, parte de la madrugada del 7.10. 2018, por lugares alejados, recónditos, como son chacras



de maíz, por un río desde la casa de su abuela, ubicado por inmediaciones del Mercado Miramar, hasta inmediaciones del PPAO, detrás del paradero de la Z, donde los hermanos del acusado a esa tenían un rancho, y allí, el acusado hizo ingresar a la menor, para luego abusar sexualmente por vía vaginal y/o anal, lo cual está corroborado con la explicación dada por la legista del CML 9237- EIS, quien dijo que la menor narró los momentos anteriores concomitantes y posteriores del abuso sexual de parte del acusado. Asimismo, tenemos las declaraciones de Rosa Guillermina Estrada Aranda y de Nilsa Anabela Estrada Aranda, quienes refieren que conocieron al acusado de manera directa el día 5.10.2018, cuando ésta persona llegó a su domicilio y les dijo quería casarse con la menor, a lo que se negaron por tratarse de una niña de escasos 13 años; pero, pese a ello, el acusado continuó con su plan criminal y llevó a la menor para ultrajarla sexualmente.

Asimismo, se tiene las declaraciones de los efectivos policiales: Erickson Belindo Salinas refiere que recibió la denuncia de la abuela de la menor, la apoyó en todas las indagaciones preliminares respecto a la manera como el acusado había desplazado a su víctima desde su domicilio hasta inmediaciones del PPAO (Nvo. Chimbote). **Víctor Lomparte Tamara** refiere que conoció la denuncia y realizó actos de investigación que conllevaron determinar la existencia del hecho y la vinculación material del acusado con los mismos.

También se tiene la pericia psicológica 11089-2018 y cuyo autor, el Lic. Wilmer Edgar Farfán señala que el relato brindado por la menor del suceso es verosímil.

Finalmente, el acusado indica que los hechos nacen de una relación sentimental, lo que no tiene asidero legal ni probatorio válido; siendo una persona que sabe discernir lo bueno y lo malo, lo lícito e ilícito, y pese a ello, abusó sexualmente de la víctima. Tampoco, la defensa ha demostrado que la imputación tenga origen espurio, por problemas con su familia y la menor paraba escapándose de su casa, que ella quería estar con el acusado; éstos, argumentos únicamente buscan generar estereotipos de género que llevarían a desmerecer las imputaciones que hace la víctima en contra de su agresor sexual.

La defensa solicitó la absolución de su defendido. Resumidamente, dijo que el Ministerio no ha probado que su defendido haya trasladado a la menor de su domicilio hasta el rancho mediante engaños y a la fuerza; el CML no indica no indica el uso de la fuerza física; tampoco hay prueba de violencia en el acta sexual. Señala que la declaración en cámara Gesell es una prueba ilegal por no haberse actuado como prueba anticipada; de no ampararse esta alegación, el psicólogo forense Farfán dijo que el relato de la menor no es uniforme ni consistente, no tiene encadenamiento que permita su secuencialidad. Su defendido tenía 19 años de edad y solo con primaria al día de los hechos; luego llegó a segundo de



secundaria ya estando en el Ejército; su padre es iletrado y no tuvo el grado y nivel de comprensión de su actuación.

Su defendido y la menor tuvieron relación amorosa corroborada con la declaración de él y de su padre; la abuela de la menor ha dicho que su defendido fue a su casa para decirle que quería casarse con ella y él creía que eso era acto normal de enamoramiento; y, teniendo en cuenta la doctrina de la responsabilidad restringida que se imponga una pena atenuada a la de cadena perpetua.

El Juzgado Colegiado, en el numeral 8, declara probada la tesis inculpativa del Ministerio Público. Está probado que la menor vivía a la fecha del suceso con sus abuelos, pues, la abuela **Rosa Guillermina Estrada Aranda** -abuela-, dijo en el plenario que *domicilia en el Jr. Espinar – Chimbote Mercado Miramar y allí domiciliaba a octubre del 2018; tiene cuatro hijos: dos hombres y dos mujeres, tiene su nieta mayor Janina, Janina tiene dos hijas mujeres, Maricelo y Maricarmen, quien vivía allí y a esa fecha tenía 13 años; la ayudaba en menú, salchipollo, en las tardes, estudiaba en colegio Virgen Del Carmen*”.

Anabela Estrada Aranda señala *“Maricarmen es nieta de su hermana; es hija de su sobrina Janina, conoce a Maricarmen desde que nació, en octubre del 2018 ella vivía con su hermana Rosa en Prolongación Espinar, ella estudiaba y ayudaba a su abuela en los quehaceres de la casa”*;

Y, la menor en Cámara Gesell, dijo: *“Vive con su abuelita Rosa Estrada, hermana y su papá Saúl que es el esposo de su mamita, le dice papá porque lo ha criado desde chiquita”*.

Declara probado que la menor y el acusado se conoce por Facebook ante la invitación por ese medio, pues, en cámara Gesell la menor señala: *“él le envió una solicitud por Facebook para que sean amigos, su nombre en el Facebook es María Rodríguez, él en su Facebook figura como José Vicente, también se comunicaban por WhatsApp, conversaban, le decía cosas, hola linda”*.

Respecto que el 5.10.2018 el acusado fue al Colegio Daniel Alcides Carrión preguntando por la menor, y, entre ellos preguntó al Saúl Torres Flores -abuelo- quien le dijo que vaya a la casa, declara probado con lo que la abuela Estrada señala *“llegó un día llevando una foto, buscando a su nieta, su hijastra llegó a decirle a su ex pareja que estaban buscando a su nieta, entonces fue al colegio y le preguntó que quería con su nieta, este le dijo que quería casarse con su nieta, entonces le dijo que vaya el jueves a las siete de la noche y llegó a su casa”*.

Asimismo, **Anabela Estrada Aranda** dijo: *“como Gladys lo ha visto, le dijo a la ex pareja de su hermana, a lo que fue a verlo, le dijo que buscaba con ella, le dijo que quería casarse con ella, le dijo que vaya al otro día a hablar con ella, al otro día fue” y declaración de la menor agraviada de iniciales M.C.R.E; quien, en Cámara Gesell, señalo “fue al colegio de su hermano preguntando por ella2.*



Respecto a lo que el acusado fue a la casa de la menor siendo las 20.00 horas del 6.5.2018 para decirles que quería relaciones sentimentales con la menor declara probada con la declaración de la abuela Estrada quien dijo: *“ese día que el joven llego a su casa, pidió la mano para que se pueda casar con su nieta, que trabajaba en una panadería, que tenía 16 año, llamó a su hermana Anabela y le comentó lo que pasaba, ella llegó y empezó a preguntarle, luego su hermana dijo que ese hombre no tenía 16 años sino 19 años, por eso su ex pareja le dijo que no tenía nada que hablar con él y que se retire, su nieta se puso a llorar, le dijo que lloraba porque él le dijo que la iba a llevar si es que no estaba con él”*.

Asimismo, Anabela Estrada Aranda dijo: *“el 05.10.2018 siendo las siete a ocho de la noche la llama su hermana, quien le dijo que vaya, que estaba un joven buscando a su nieta, fue a la casa, vio al joven quien le dijo que quería casarse con su sobrina, que trabajaba en una panadería, que tenía 16 años, le dio su número telefónico, fue a su casa y vio en el Facebook que tenía 19 años, le dijo a su hermana que tenga cuidado porque ya era un adulto”* y declaración de la menor agraviada de iniciales M.C.R.E; quien, en Cámara Gesell, señaló *“fue a su casa, habló con su abuelita que quería estar con ella, que sea su enamorada, su abuelita dijo que él tenía diecinueve años”*.

Respecto a lo que el acusado el sábado 6.10.2018, aprovechando que la menor salió de la casa la llevó caminando hasta un rancho donde la abusó por la vía vaginal y anal declara probado, con el relato de la menor en cámara Gesell que dijo: *“(…) regresó el viernes en la noche, fue el sábado la jalo, diciéndole vamos, vamos, la tenía agarrada no la dejaba hablar, la puerta se quedó abierta, la jalo y la llevó por una chacra, por el maíz, por varias chacras, por un río grande, la llevó a su casa de él que es de esteras y puerta de lata, se quedó con él un día, le hizo tener relaciones a la fuerza, le sacó la ropa a la fuerza, su pantalón y su calzón, luego le agarro con sus manos, él estaba sin ropa, metió su pene en su vagina, le tiro una cachetada, lo metió a la mala, le puso una almohada en su cabeza, no podía respirar, le tiró una cachetada y le jalo los pelos, luego el metió su pene en su poto, primero en su vagina y luego en su poto, luego él se levantó y ella se corrió por las esteras, la encontró, caminaron y después fueron a la casa de su papá”*.

A continuación, el Juzgado Colegiado que el relato de la agraviada cumple con los estándares de credibilidad establecidos en el acuerdo plenario 2-2005. No hay incredibilidad subjetiva; es corroborado periféricamente, pues, el perito psicólogo Farfán, en su informe concluye: *“1) Si bien la menor reporta la vivencia de experiencia negativa es el área sexual no se aprecia una concordancia afectiva con la misma. 2) El relato de las experiencias negativa resulta no coherente, no lógico e inconsistente. 3) No evidencia indicadores emocionales de afectación a nivel del área psicosexual”*. Sin embargo, al ser examinado en juicio oral dijo: *“la metodología*



utilizada es el protocolo SATAC, que es el normado en la guía de procedimientos de entrevista única del ministerio público, complementando a ello la observación de conducta; la evaluación se llevó a cabo el 17.01.2019, el procedimiento busca obtener el relato de los hechos, se utiliza la observación de conducta para describir el estado de ánimo de la menor al momento de narrar los hechos, ella estaba tranquila, sin indicadores de ansiedad, tensión, teniendo en consideración el tiempo transcurrido entre los eventos puede ser factor que haya influido que al momento de narrar los hechos no manifieste signo de ansiedad, temor, vergüenza, se coloca vivencia de experiencia negativa en el área sexual porque reporta diferentes hechos de relaciones sexuales a la fuerza, factores como el tiempo puede interferir en lo que es estado emocional, en el tema del testimonio, de cómo brinda la información, por diferentes factores se ha realizado toma de relato no se ha complementado con evaluación psicológica para verificar el por qué al momento de brindar no hay carga emocional, afectiva o particularidades propias que permita entender mejor el hecho, describe hechos relatados, el hecho de no encontrar indicadores son diversos los factores que podrían contribuir a que no tenga la carga emocional que debería esperar, en el relato hay parte en los cuales se genera ciertos vacíos que los convierte en inconsistente, no lógicos, eso se tendría que haber corroborado en la evaluación psicológica, para verificar si la menor esta sanando de esa experiencia o si la experiencia tiene detalles que no permiten a la menor dar información consistente, la menor describe actos de una relación sexual forzada, en lo detalles no logra cohesionar para que sea uniforme, puede haber factores propios de la menor con nivel de ansiedad alto, pueden ser diversos factores que se deben corroborar con la evaluación psicológica”.

Respecto a dicho informe, el Juzgado Colegiado señala: Si bien el perito Farfán señala que la menor describe actos de una relación sexual forzada, en los detalles no logra cohesionar para que sea uniforme, pueden ser diversos factores propios de la menor que se deben corroborar con la evaluación psicológica y es una apreciación de la declaración de la menor en Cámara Gesell; es su opinión y no ha señalado que la menor este mintiendo; además, debemos tener en cuenta que los hechos narrados por la menor concuerdan con la imputación hecha por el representante del Ministerio Público, es decir, que recibió una solicitud de amistad por parte de José Vicente Morillo Mendoza, a través de Facebook, aceptó, se comunicaban por el Facebook como por WhatsApp, fue al colegio de su hermano preguntando por ella, fue a su casa a hablar con su abuelita que quería estar con ella, que sea su enamorada, él sabía que ella tenía trece años, regresó el sábado en la noche, la jalo, la llevó por una chacra, por el maíz, por varias chacras, por un río grande, llevándola a una casa de esteras y puerta de lata, diciéndole que era la casa de él, lugar donde la hizo tener relaciones sexuales (...).”



Asimismo, señala el Juzgado Colegiado que en la DATA del CML 09237-EIS se consigna lo indicado por la menor *que el 6.10.2018 a las ocho de la noche sale de su casa, a verse con él, un amigo José Vicente de 19 años, amigos desde hace años, recién en persona el 01 de octubre de 2018, le escribe por WhatsApp que deje a sus padres y que se vaya con él, quedaron en la noche para conversar afuera de su casa, se fueron a caminar y lo lleva por la chacra, por el maíz, hasta que llegaron a su rancho, a las tres de la mañana le dice para hacer, le dice que no, le dijo de nuevo para hacerlo, le obligo, le dice, solo hay que hacerlo, él le saca la ropa, le baja hasta la altura de las rodillas su calzón, tuvo relaciones, luego se subió la ropa, se quedó hasta las tres de la tarde que van a la casa del padre, estaba conversando con sus papas, lo estaban gritando; lo cual, no ha sido negado por el acusado; y, si bien el perito precisa que en los detalles no logra cohesionar para que sea uniforme, sin embargo, consideramos que ello fue por la forma como la menor narró el hecho, debiendo tenerse presente que la menor agraviada tiene una reacción propia como cualquier otra persona, por su grado de instrucción, ya que ha estudiado hasta el tercer grado de primaria y la cosmovisión de cómo ella ha vivido, más aún, no quita que la menor haya mantenido relaciones sexuales”.*

Los diagnósticos según el CML son: *1.- Presenta lesiones traumáticas corporales externas recientes ocasionado por agente contuso. 2.- Himen, presenta signos de himen complaciente. 3.- Ano: presenta signos de actos contranatura reciente. 4.- Requiere cero días de atención facultativa por dos días de incapacidad médico legal”; quien, al ser examinada en el plenario, señalo “que según la literatura cuando existe apertura mayor al 0.5 se puede hablar de maniobra sexual, se encontró más de 1cm de diámetro que va a acompañado de criterio menores y mayores de acto contra natura, el pene es agente contuso que produce signos compatibles, en este caso la equimosis y edema”.*

Por otro lado, el acusado, conforme su evaluación psicológica presenta *“1.- Estado mental conservado sin indicadores que le impidan percibir y valorar su realidad. 2.- Personalidad con rasgos narcisistas, inseguro de sí mismo, baja autoestima, con indicadores de impulsividad y agresividad. 3.- En el área psicosexual de preferencia heterosexual, inseguro de sí mismo, con dificultad en mantener relaciones interpersonales duraderas y estables, cierta dificultad de comunicarse interpersonalmente con el sexo opuesto, con preferencia en la comunicación por redes sociales, niega parafilias. 4.- No se evidencia indicadores psicopatológicos”.*

La psicóloga Vilca en el juicio oral, señaló *“Respecto a la metodología empleada, refiere que para la evaluación psicológica se hizo una observación de conducta, una entrevista y una aplicación de pruebas psicológicas, se hace un análisis y se concluye. Respecto a la entrevista cómo considera el relato del acusado, refiere que él narra sobre la menor, que conversaba con ella, y luego ella le dijo para escaparse,*



que estaba enamorado de ella, que la conoció por internet, la característica principal del relato es que ha sido espontáneo. Respecto a personalidad que trata de mostrar una imagen favorable con una reducida capacidad de autocritica que le impida un adecuado reconocimiento de sus problemas, distorsionándolos, refiere que es en relación a toda la evaluación psicológica, trata de mostrar una imagen favorable pero su personalidad es con rasgos narcisistas, es una persona egocéntrica, quiere ser el centro de atención, es egoísta, solo piensa en él. Respecto al término: imagen favorable si está acondicionado a lo que se indica en un relato, refiere que está en toda la entrevista que se le ha realizado, y respecto a la imagen favorable se refiere a toda la evaluación psicológica. En el punto N° 6 de la pericia, análisis e interpretación de resultados, cuando dice que el acusado distorsiona sus problemas, significa que como tiene estos rasgos narcisistas, trata de que todo sea a favor de él, es decir, trata de acomodar las situaciones y de quedar bien él como persona ante los demás, cuando se indica que es una distorsión es que las situaciones que él vive los trata de cambiar para la percepción de los demás. Respecto al término “todo a favor de él”, refiere que estas personas de rasgos narcisistas son personas egocéntricas, entonces solo piensan en sus necesidades, en sus situaciones o requerimientos que tenga. Respecto a si les motiva el sistema penal, refiere que los narcisistas tienden a reflejar una personalidad favorable ante personas que ellos consideran que son superiores a él, y frente a personas que considera que no son superiores se muestran cómo son, en este caso tienden a ser impulsivos y agresivos, y a los otros que considera superiores es amable, sociable, condescendiente. Respecto a los indicadores de impulsividad no planeada, falta de previsión en el futuro, refiere que las personas impulsivas actúan por impulso, en el momento, no piensan en las consecuencias futuras. Respecto a la tendencia de mantener ideas irracionales, se refiere que es una persona obstinada, por lo que tiende a fundamentar sus ideas, pero no son adecuadas, porque es una persona egocéntrica y trata de tener la razón. Respecto al indicador de agresividad, refiere que la agresividad no se puede medir, los rasgos tienden a ser agresivo o no, sin embargo, en la evaluación se ha evidenciado que tiene indicadores de agresividad. En el área psicosexual, es el examinado es que le brinda la información, todo lo que aparece en dicha área. Respecto a si dentro de la evaluación ha podido evidenciar carencias sociales en al evaluado, refiere que el rasgo narcisista tiende a ser no muy sociable, a ser empático con las personas”.

Finalmente cita las declaraciones de los efectivos policiales intervinientes que dieron cuenta de la denuncia y la investigación realizada. Reiterando la cita a las declaraciones de los abuelos de la menor, de su tía Anabela Estrada, a la declaración del padre del acusado, la declaración del acusado, entre otros.



Respecto a las alegaciones de la defensa -relación de enamorados, enemistad entre la familia, sin número de denuncias, la ilegalidad de la declaración en cámara Gesell, continuas oportunidades que la menor se había escapado- responde el Juzgado Colegiado señalando que las últimas que señala la defensa son los que ocurrieron con posterioridad al presente hecho imputado que no es materia de juzgamiento en el presente; no ha probado la existencia de denuncias; respecto a la supuesta ilegalidad de la declaración de la menor en cámara Gesell señala el Colegiado que el MP cumplió con las exigencias del artículo 242.1.d) del CPP como prueba preconstituida. Finalmente señala que el acusado conocía la edad de la menor porque en el depositó su confianza, se conocieron por Facebook, conversaban por ese medio como por WhatsApp, y conforme ha narrado la menor, la llevó al rancho jaloneándola (...).

Lo subsume en el tipo penal imputado de violación sexual presunta en que el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual de la menor, prevista en el artículo 173 del CP.

En cuanto la aplicación de la pena señala el Juzgado Colegiado *que la pena conminada es cadena perpetua. Si bien, el acusado, al momento de los hechos, tenía 19 años de edad y tiene responsabilidad restringida y según el artículo 22 del CP correspondería disminuirle la pena; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que constitucionalmente la pena de cadena perpetua no se puede desnaturalizar; y, si bien la Ley establece que puede revisarse a los 35 años, consideramos que la reducción de la pena debe ir a la revisión de la misma, es decir deberá ser revisada a los 25 años. Además, la cadena perpetua no es inconstitucional y el Legislador ha determinado para delitos de suma gravedad como es la violación sexual de una menor de edad que lesiona el bien jurídico protegido*”.

La reparación civil estima lo estima en S/40,000.00 porque la misma *“consistente en el resarcimiento del perjuicio irrogado a la agraviada con la producción de los actos delictivos, la misma que según el artículo noventa y dos del Código Penal, se determina conjuntamente con la pena y comprende, la restitución del bien y la indemnización por los daños y perjuicios causados. En el presente caso no existe la posibilidad de que la indemnidad sexual de la agraviada sea restituida, empero, el tratamiento adecuado para su **recuperación**, lograr la recuperación moral y psicológica de la menor agraviada.*

- 2. La defensa del acusado**, tras ratificarse en su recurso de apelación, formula pretensión impugnatoria alternativa. La primera es de reducción de la pena 4 años de privativa de libertad suspendida y reducción de la reparación civil a S/5,000.00, y, alternativamente, se le absuelva por haber valorado la declaración de la menor en cámara Gesell que es una prueba irregular.



En su alegato de clausura respecto a su pretensión de reducción de sanción penal y civil dijo que con la imposición de la cadena perpetua se ha afectado la tutela procesal efectiva, la razonabilidad y proporcionalidad de la cadena perpetua impuesta, en razón de no valorar la responsabilidad restringida, criterio adoptado en la STC 5396-2005-AA/TC.

Asimismo, denuncia el monto en S/40,000.00 de la reparación civil, contrario a lo que la pericia psicológica señala que la menor no presenta afectación psicológica; y cuyo único fundamento para el Juzgado Colegiado es que es para reparar el daño.

Se pregunta la defensa. ¿quién es José Vicente Morillo Mendoza y qué se ha visto en juicio? el señor Vicente Morillo nació el 11 de agosto de 1999, de instrucción secundaria incompleta, datos que aparecen de su pericia psicológica; y, a la fecha de los hechos -6.10.2018- el imputado tenía 19 años.

Señala, el Juzgado Colegiado, si bien, cuando individualiza la pena, dice que existe responsabilidad restringida conforme al artículo 22 y corresponde disminuirle la pena, pero, se contradice cuando señala “sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la cadena perpetua no se puede desnaturalizar y es legal la cadena perpetua” y esa reducción debe evaluarse en la revisión de la sentencia, a los 25 años de la pena, lo cual es un error, porque son dos institutos distintos, una cosa es la revisión de la pena y otra cosa es el criterio de disminución por responsabilidad restringida, y esto es una constante en la jurisprudencia peruana. Por ejemplo: la **Casación 237-2019**, en su fundamento 6.3 señala que, en los casos en que el agente cuente con más de 18 años y menos de 21 años de edad al momento de la comisión del delito, es perfectamente posible reducir la pena con responsabilidad restringida, y es un caso de violación y puso 5 años de pena privativa de libertad.

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 4-2016, ha fijado el mismo criterio. También en la **Casación 508-2019** se impuso 4 años de pena suspendida por un delito de violación sexual a menor de edad. Recurso de **Casación 375-2019-Ica**, igualmente se ha reducido la pena a 6 años de pena privativa de libertad.

Como vemos todas las sentencias de la Corte Suprema vienen imponiendo una pena entre 4 años suspendida, 5 años, 6 años, y no de cadena perpetua cuando ocurre las circunstancias de responsabilidad restringida, incluso se menciona que cuanto más se acerca a la edad a los 18 años más debería reducirse la pena.

Respecto de la reparación civil, el error está en el fundamento 13, en la que dice: la reparación sirve para el tratamiento de su recuperación; sin embargo, la pericia psicológica N° 11089-2018, en sus tres conclusiones dice “no evidencia indicadores emocionales de afectación a nivel del área psicosexual”, el relato de la experiencia negativa resulta no coherente, no lógica, inconsistente; si bien, la menor reporta la vivencia de experiencias negativas en el área sexual, no se aprecia una



concordancia afectiva con la misma. Es decir el fundamento 13 dice “que es para reparar el daño”, pero, la pericia psicológica dice “no hay daño, no hay afectación”; ¿cómo es que se fundamenta en S/.40,000.00, si no existe daño, al menos con la prueba actuada en juicio?.

Respecto de la segunda pretensión que tenemos es sobre una prueba irregular, me explico, ¿por qué?. La Ley 30364 (vigente) publicado el 23 de noviembre del 2015, en su artículo 19 indica de la declaración en cámara Gesell se tramita como prueba pre-constituida; posteriormente, el Decreto Legislativo 1386 que reforma la Ley 30364, el 3.9.2018, indica que la cámara Gesell debe tramitarse como prueba anticipada. Los hechos, como los ha narrado Ministerio Público, ocurrieron el 6.10.2018; a esta fecha debió tramitarse como prueba anticipada y no como prueba pre-constituida; el 5.12.2018, varios meses después, se realiza la cámara Gesell sin presencia del juez; entonces, en juicio, la defensa sostuvo que eso era una prueba irregular y que se excluya; pero, el Colegiado dijo no, al momento de la valoración; cuando valora en el punto 8 de la sentencia -página 37 y 38- indica que no existe prueba irregular, sino existe prueba pre-constituida, pero, eso es contrario a lo que establecía el Decreto Legislativo 1386 que ya indicaba que se debe tramitar como prueba anticipada; no se llevó a cabo esa forma, y se ha valorado todos los hechos que salió de la cámara gesell ¿cuáles son esos hechos o cuál es ese elemento de prueba que se dio a conocer?: la relación sexual entre Vicente Morillo y la agraviada. Si la prueba fue irregular y se valora dicha prueba, esta sentencia ha sido dictada violando el debido proceso, y, por tanto, todo el elemento de prueba de la relación entre la menor y Vicente Morrillo no debió tomarse en cuenta en esta sentencia, y, por lo tanto, debe revocarse la sentencia y absolverse a su patrocinado.

3. El señor Fiscal Superior, solicita se confirme la venida en grado.

En su alegato de clausura dijo la defensa trae dos hipótesis: reducir la pena y otra que debe ser absuelto.

Respecto a su segunda hipótesis señala que declararon sus abuelos, la madre; hay persistencia en la menor y se advierte de su incriminación en el certificado médico, a nivel psicológico cuando se le pregunta en cámara Gesell.

Hay verosimilitud porque se corrobora. Se inicia con una conversación; el mismo imputado va a la casa de la menor, se entrevista con los abuelos, viene la madre y ellos corroboran este accionar del señor imputado

También, hay ausencia de incredibilidad subjetiva, no hay motivo de odio entre esta familia y la menor para imputarle este hecho, entonces, conforme al Acuerdo Plenario 2-2005 se cumplen con todos estos presupuestos de estas premisas.

Si vemos el tema de la reparación civil, hay que tener en cuenta que el daño que sufrió la menor; este daño hay que ver en el certificado médico, en forma concreta



señala “himen complaciente, presenta signos de actos contra natura reciente; asimismo, presente equimosis violáceo de 1 centímetro x 2.5 en región sacra lado derecho, equimosis violáceo de 2.5 centímetro x 2.5 centímetro en cara interna de rodilla derecha, una equimosis rojiza tipo sugilación de 2.5 centímetro x 1 centímetro en región pectoral derecho.

Estos corroboran que efectivamente lo que ella señala en cámara Gesell que no quería que el señor atente contra su dignidad sexual, y él le produce estas lesiones que son corroboradas con el certificado médico. La pericia psicológica señala que “la menor de iniciales M.C.R.E. reporta una vivencia de experiencia negativa en el área sexual, entonces, vemos que efectivamente la menor fue privado de su libertad y pasó por un momento negativo que solamente dios sabe hasta cuando le durará, pero, ella misma que también este punto que también es corroborado con la forma de la personalidad del señor imputado José Vicente Morillo Mendoza, quien según la pericia psicológica 00052-2019 “*que no tiene indicadores que le impidan percibir y valorar su realidad*”, ósea, la persona ha estado coherente cuando realizó este hecho, el hecho que tenga estudio primario, secundario incompleto no imposibilita que el señor ha tenido coherencia en el acto en sí, se ha perpetrado; “tiene indicadores de impulsividad y agresividad”, esos puntos son importantes, porque, eso denota la verosimilitud de la referencia de la menor cuando ella dice que se opuso y a pesar de eso le bajó el calzón y usando su fuerza atentó contra su dignidad sexual; vemos que fueron actos contra natura; tiene himen complaciente y por este hecho que ha sido reciente se ha podido determinar que la menor en si ha tenido una afectación en la forma física que realmente concatenado con la personalidad del señor imputado. “Con cierta dificultad de comunicarse interpersonalmente, con preferencia en las redes sociales”, ha hecho que esto ocasione, y si no fuera por la insistencia de sus familiares de hablar con el padre del acusado, tal vez, cuanto tiempo hubiera estado la menor privado de su libertad, ha tenido que intervenir para que el señor la suelte; ósea, señalar que no hay afectación y que la menor no merece se le repare ese monto es prácticamente, hasta cierto punto, deshumanizar a la persona.

Respecto a la responsabilidad restringida, conforme al artículo 22 del código sustantivo, segundo párrafo en la parte pertinente “*está excluido del agente integrante de una organización criminal, o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual*”, y más adelante hace referencia a la pena de 25 años o cadena perpetua, al determinarse esta pena, obviamente, el A quo a ponderado este elemento de la exclusión y también la pena que ha merecido imponerle debido en la forma como la menor ha sido atentada contra su dignidad sexual. Por la primera hipótesis, no cabe señalar que el A quo no optó debidamente conforme a ley, arreglada a derecho.



La segunda hipótesis, señala que en la entrevista en cámara Gesell, hay que recordar al letrado y al imputado que ahí concurrió el abogado defensor del imputado; inclusive el abogado de la parte agraviada, el señor Berly también estuvo presente; estuvo presente el fiscal que también tiene la calidad de magistrado y da legalidad como defensor en sí mismo de la ley, del acto en sí mismo; no se puede pretender eliminar, desconocer este acto, más cuando la persona tiene que fluir de manera espontánea conforme al hecho negativo que ha sufrido.

Vemos que todos estos puntos, y aunque se excluyera, inclusive el acta de la cámara Gesell, la declaración de las persona que han concurrido, la misma pericia psicológica, en la data menciona al señor imputado como fue el hecho que lo abusó, ella no quería, pero él abusó, señala en la data, todos estos elementos forman parte de la verosimilitud, corrobora el hecho que ha sufrido la menor; pero, es así que el imputado ha aceptado este hecho; se puede apreciar que existen varios elementos que corroboran que la sentencia venida en grado está conforme a ley y arreglada a derecho.

4. La defensa pública de víctimas del MINJUS solicitó que se confirme la recurrida tanto en la pena como en la reparación civil.

Es mentira que todos los hechos se basan en la cámara Gesell como el abogado de la parte sentenciada ha manifestado; parte de una denuncia, de un hecho, la cámara Gesell viene después de conocido ya los hechos, de haber los familiares recuperado a la menor de todo lo que ha padecido previamente; el certificado médico señala claramente lo ocurrido, la forma como ha sido ultrajada la menor.

Ahora como se ha debatido en los juicios orales, y a narrado el Ministerio Público en esta audiencia, que el sentenciado se hizo pasar por un adolescente de 16 años cuando tenía 19 años; entonces, desde ahí ha venido preparado toda su estrategia de como poder llegar a esta menor de edad.

La cámara Gesell es después de, no es que, como dijo el abogado de la defensa técnica del sentenciado de que todo parte de la cámara Gesell; los hechos, no. La cámara Gesell viene después de ocurrido los hechos, se ha narrado la forma como la menor fue sustraída de su casa, llevándola caminando por una chacra hasta llegar a un rancho donde el sentenciado abusó sexualmente, vaginal y analmente de la menor.

Se ha tomado que el sentenciado se hizo pasar por un adolescente de 16 años cuando su edad era mayor de edad (19 años), entonces, no solamente es la cámara Gesell lo que se ha debatido, se ha debatido también actuaciones periféricas, declaraciones, certificado médico, hasta el mismo acusado a manifestado los hechos, entonces, no hagamos carga montón a la menor, que la menor tiene la culpa, acá el hecho es concreto, que una persona de 19 años abusó de una menor



de edad, el certificado médico lo señala, los informes psicológicos también, entonces, cabe una sanción, conociendo el sentenciado la edad de la menor procedió con su actuar llevándosele a un rancho, el hecho de no tener secundaria completa, no le exime de responsabilidad, un niño de 5 años ya sabe lo bueno y lo malo, una persona adulta, con mayor razón, sabe que tener una relación sexual con una menor de edad es delito, 13 años, así tenga el consentimiento, entonces, todo eso debe evaluarse y no solamente escuchar la versión de uno, sino analizarse todo en su contexto del expediente, por lo que esta parte agraviada solicita se declare infundada la apelación, confirmar la sentencia y confirmar la reparación civil en todos los extremos.

- 5. En su defensa material** del acusado no se produjo debido a su inasistencia, pese tener pleno conocimiento de esta audiencia en que tuvo la oportunidad de asumir su autodefensa.

III.- FUNDAMENTOS

§ Ámbito del recurso de apelación

- 6.** La competencia del Tribunal revisor está determinada por los límites del recurso de apelación. Así, *el Artículo 409 del CPP, señala:*

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

- 7.** De dicho numeral subyace el aforismo *tantum appellatun tantum devolutum*, que significa la competencia del Tribunal de apelación se encuentra determinada por las alegaciones de la parte apelante; salvo, de advertir vicios de nulidad absolutos e insalvables el Tribunal se encuentra habilitada para declarar la nulidad de la sentencia.

§ Determinación del problema jurídico

- 8.** Luego que el Juzgado Colegiado ha declarado probada la tesis inculpativa del Ministerio Público -es decir del juicio de hecho o culpabilidad del sentenciado José



Vicente Morillo Mendoza (19)- y lo ha calificado como violación presunta prevista en el artículo 173 del Código Penal con la Ley 30838 publicada el 4.8.2018 en agravio de la menor de iniciales MCRE (13), la defensa solicita su absolución porque la condena estaría sustentada en el relato incriminador de la menor agraviada en cámara Gesell que sería una prueba irregular que debe ser excluida por no haber sido actuada en prueba anticipada, y, por ende, con ello quedaría sin sustento el juicio de hecho declarado probada por el juzgado Colegiado.

Por otro lado, en caso de no prosperar dicha pretensión, la defensa solicita que, en vez de la cadena perpetua impuesta por el Juzgado Colegiado, por tener el sentenciado responsabilidad restringida, se le imponga 4 años de pena privativa de libertad suspendida; asimismo, se reduzca el quantum de la reparación civil fijada en S/40,000.00 a S/5,000.00 porque no hay daño a ser reparado.

9. Frente a ello, el señor Fiscal Superior como la defensa pública de víctimas han respondido que el juicio de culpabilidad del sentenciado no solo se sustenta en el relato incriminador de la menor agraviada, sino, en testimonios, pericias, documentales; y, la pena de cadena perpetua y el monto de la reparación civil, debe confirmarse dada la gravedad del hecho delictuoso y la gravedad del daño causado.
10. Vamos a responder en dos partes y vamos a empezar a dar respuesta por la exclusión del material probatorio consistente en el relato incriminador de la menor agraviada en cámara Gesell. En caso de desestimar esta pretensión, y solo, así, vamos a dar respuesta a la pretensión referida a la pena y al monto de la reparación civil.

§ Sobre la exclusión de la declaración de la menor agraviada de iniciales MCRE en cámara Gesell

11. Al respecto, primero, vamos a conceptuar y delimitar la prueba prohibida, su diferencia de la prueba irregular y supuestos de excepción en que cede ese derecho bajo los criterios de “causa probable” y “ponderación de derechos” e intereses constitucionales. La prueba prohibida está recogida en el CPP, en el Artículo VIII de su Título Preliminar y en su sección pertinente de actuación y valoración de la prueba en el proceso penal, cuyo texto es el siguiente: *“Legitimidad de la prueba: 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.*
12. Sobre este tema hay abundante desarrollo jurisprudencial y doctrinaria. Vamos a tener en cuenta que el 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se



desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, denominado «Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria». Sobre la prueba prohibida se dijo: *“Históricamente, la actuación probatoria en el proceso penal ha estado vinculada a la afectación de derechos fundamentales, de ahí que, las doctrinas sobre la prueba ilícita o prueba prohibida, constituyan sin lugar a dudas, verdaderos límites de la actuación probatoria oficial (sistemas mixto inquisitivos) o de las partes (sistemas adversariales). Son reglas que limitan el poder arbitrario de probar y garantizan los derechos fundamentales. Recordemos que, la búsqueda de la verdad y la investigación oficial han condicionado fuertemente la obtención de la prueba, introduciendo a través de los sistemas inquisitivos, la práctica institucionalizada del uso de la violencia -física o psicológica- contra la persona humana para obtener la prueba. Incluso, el hecho histórico de conferir a los jueces la función exclusiva de la prueba, creó un proceso penal que no ha respetado la idea básica de un proceso justo e imparcial.*

Por ello, la sociedad peruana y el poder político exige a los jueces que cumplan su “deber” de demostrar el delito y la responsabilidad penal, es decir, que los jueces se sumen a la misión de la Policía y del Ministerio Público de probar el delito y la responsabilidad penal. Sin duda que esta distorsión no ha sido generada únicamente por la incoherente legislación procesal, sino básicamente por una vieja y persistente cultura inquisidora, que pretende ver al Poder Judicial y sus jueces, como el brazo castigador del Estado -al mismo estilo del viejo Estado Medieval-, lo que resulta incompatible con la función del Poder Judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la principal fortaleza institucional de la administración de justicia está en su imparcialidad.

Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la “regla de exclusión” y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales carecía de valor probatorio, por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales.

*Otro concepto diferente es el de la **prueba irregular**, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras*



palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la jlicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGONON, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal).

“Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz”.

Resumiendo, estaremos en un supuesto de prueba prohibida cuando con su incorporación, actuación y valoración se afectan derechos fundamentales de las partes, lo cual conlleva su exclusión del acervo probatorio, y, del mismo modo se excluyen las pruebas que se derivan de aquella. En cambio, estaremos en un supuesto de prueba irregular, cuando se advierte defectos formales de procedimiento y no conllevan la afectación de derechos fundamentales, en cuyo caso, la prueba se valora. En la prueba prohibida, si bien la regla es la exclusión, pero, hay diversas teorías que justifican su valoración excepcional.

- 13.** Consideramos conveniente citar el Recurso de Nulidad N° 4826-2005-Lima [caso El Polo], de la Sala Suprema Penal Permanente, de fecha 19.07.2007, f j. 10, que, en base a la teoría de “causa probable” y “ponderación de derechos”, valoró una prueba prohibida. *“Prueba de valoración prohibida. Teoría de la ponderación de los intereses en conflicto. El concepto jurisprudencial del “caso probable”.* **Décimo.** *Que los fundamentos para absolver a los acusados GAN y MVM no son razonables; que, en el caso de la acusada GAN, es de tener en cuenta que el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio no es absoluto, el mismo que establece en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a la entrada y registro a un predio, por consiguiente, la propia Carta Magna autoriza restringir la libertad domiciliaria en supuestos excepcionales y calificados -el artículo dos parágrafo nueve dice: Toda*



persona tiene derecho. “A la no inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que la habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración [...]” que es así que la irrupción de las autoridades en un recinto resguardado por la inviolabilidad domiciliaria sólo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible, de tal manera que si no se dieran estas dos hipótesis el allanamiento extrajudicial constituye una de las injerencias arbitrarias prohibidas no sólo por • la Constitución Política del Estado sino también por instrumentos internacionales -el artículo décimo séptimo numeral uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en [...] su domicilio [...]” y el artículo décimo primero, numeral dos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en [...] su domicilio [...]”; que de autos aparece que miembros de la DIRCOJE venían efectuando un sigiloso seguimiento a los acusados MMAy a su conviviente GAN, quienes cohabitaban en el mismo inmueble, al punto que con el objetivo de la búsqueda y obtención de evidencias o elementos de prueba que los vinculara o asociara con el atentado terrorista en el Centro Comercial “El Polo”, contando con la anuencia y presencia del representante del Ministerio Público y por la urgencia del caso, en función a los signos evidentes o percepción sensorial de su vinculación delictiva en función al seguimiento efectuado, decidieron ingresar a la vivienda, oportunidad en que fueron atendidos por la acusada GAN quien por registrar una orden de captura (por delito de traición a la patria) fue aprehendida; que en el registro domiciliario se halló evidencia pertinente y relevante, entre otros, ropa de MMA, diversa documentación de claro contenido y vinculación terrorista y un costal con nitrato de amonio, que convertido en anfo se utiliza en acciones de sabotaje o estragos; que si se asume la concepción o “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a



una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación -su propia dimensión como consecuencia del estrago generado- y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante; que, en el presente caso, a posteriori, no sólo se tiene el concurso del Ministerio Público -que concede garantía de limpieza en el acto de intervención domiciliaria-, sino que con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria -lugar y tiempo de ejecución- y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y lo ya obtenido en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado “caso probable” plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos (1984), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado; que esto último ocurrió en el presente caso/pues estando acreditado que uno de los lugares que visitaba el acusado MMA era la vivienda de la acusada GAN, ubicada en lo avenida Rimacpampa sin número sector cuarto B Asentamiento Humano Balnearios - Ventanilla -quien por lo demás tenía una requisitoria por delito de Traición a la Patria-, era muy probable que en dicho predio se albergaría a dirigentes, cuadros y militantes de la organización terrorista de Sendero Luminoso o bienes delictivos vinculados a la misma: que es así que por lo relevante de la investigación en curso -el momento culminante y decisivo de la actuación policial fiscal-, la gravedad del delito cometido y el tiempo o momento del propio acto de intervención que es trascendental en atención a que caída la noche, había pocos efectivos policiales en ese momento y el lugar estaba relativamente aislado, incluso la propia encausada mencionó que con motivo de su detención y de sus gritos advirtió que sus vecinos se acercaron al lugar [...] decidieron intervenir simultáneamente a ambos acusados -con una diferencia de treinta minutos-, y evitar de este modo que la acusada GAN sea avisada de la intervención policial de su conviviente el acusado MMA, y que huyera o desapareciera evidencias comprometedoras: que justamente por la oportuna intervención policial garantizada con la presencia del representante del Ministerio Público y en presencia de dos de sus vecinos [...] es que se descubrió un cúmulo de evidencias señalados en el acta [...] del expediente acumulado y que la vinculan no sólo con el acusado MMA sino con el delito de terrorismo y específicamente con el atentado al Centro Comercial “El Polo” (en el acta [...] se verifico que en el croquis encontrado en la vivienda de la acusada GAN figura como objetivo principal el Banco



de Crédito del Centro Comercial “El Polo”); que, por tanto, el objeto del allanamiento domiciliario no ha sido desproporcionado con los propósitos legítimos perseguidos, tiene justificación razonable y fue compatible con las circunstancias particulares del caso, por lo que no se está frente a una prueba de valoración prohibida por existir una excepción razonable que la permite: que, en ese sentido, esta fuente de prueba es jurídicamente admisible y debe ser incorporada al proceso como un medio de prueba excepcionalmente válido; en consecuencia, debe efectuarse un nuevo juicio oral al respecto”.

14. Sobre la declaración de las víctimas -entre otros- de violencia sexual se instituyó la técnica de declaración única de la víctima en cámara Gesell, ante el Fiscal a cargo de la investigación, en diligencia preliminar y como prueba preconstituida -ver el artículo 19 de la Ley 30364, la Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia” del 2016 que fue aprobado por la Fiscalía de la Nación-.

El artículo 242 del CPP, modificado por el Decreto Legislativo 1307, publicado el 30.12.2016, en su inciso, 1, literal d) habilitó la toma de declaración de las víctimas en prueba anticipada y cuyo texto es el siguiente: “d) *Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal”.*

“Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público”.

Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados”.

Posteriormente, el artículo 19 de la Ley 30364 fue modificada por el Decreto Legislativo 1386, publicado el 04 septiembre 2018, y, estableció la toma de declaraciones de las víctimas por **prueba anticipada** ante el Juez y utilizando la misma técnica de cámara Gesell. Cuyo texto es el siguiente: “Artículo 19. *Declaración de la víctima y entrevista única. Cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de*



edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica. "En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro".

Asimismo, el Artículo 1 de la Ley N° 30862, publicada el 25 octubre 2018, agregó: *"El juez solo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiera aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración".*

También, la misma Ley 30862 modificó el artículo 18 de la Ley 30364 y reiteró la obligatoriedad en la actuación de los operadores de justicia evitar la revictimización, cuyo texto es el siguiente: *"En la actuación de los operadores de justicia, originada por hechos que constituyen actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se evita la doble victimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas y de contenido humillante. Los operadores del sistema de justicia deben seguir pautas concretas de actuación que eviten procedimientos discriminatorios hacia las personas involucradas en situación de víctimas. Esto implica no emitir juicios de valor ni realizar referencias innecesarias a la vida íntima, conducta, apariencia, relaciones, entre otros aspectos. Se debe evitar, en todo momento, la aplicación de criterios basados en estereotipos que generan discriminación".*

Asimismo, la doctrina sobre prohibición de doble victimización se encuentra recogida en diversos instrumentos internacionales y en consonancia con los mismos fue desarrollado en el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ 116 de fecha 6.12.2011, cuyo fundamento 38 señala: *"A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.*

*En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la **prueba anticipada** del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales*



*distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera”.*

Ante este cambio legislativo referido al procedimiento y competencias en materia de toma de declaración del testimonio de las víctimas de delitos sexuales, por Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ de fecha 3.7.2019, se estableció el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell”. El Protocolo, en su numeral 1.1, justificación, señala: “La entrevista en la Cámara Gesell es una **diligencia judicial** que tiene como finalidad registrar la declaración de la niña, niño o adolescente, evitando así la revictimización y sus efectos en la víctima y/o testigo¹. Asegura la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video, sea obtenida por única vez y con las garantías correspondientes”.

También es pertinente citar la misma casación 21-2019-Arequipa, de fecha 26.2.2020 que, respecto a esta innovación legislativa, señala: “1. Cuando se realizó la declaración de las agraviadas estaba en vigor el artículo 19 originario de la Ley 30364 que calificaba la diligencia de prueba preconstituida. Aquí la previsión normativa agotó sus efectos, pues la actuación procesal se realizó efectivamente. Una norma posterior, en consecuencia, por impedirlo el principio de preclusión procesal, no puede alterar esta configuración procesal y entender que la declaración de la víctima, a los efectos de su carácter de prueba, solo podía realizarse mediante la anticipación probatoria y que, sin tomar en cuenta lo ya verificado, entender que esa declaración carece de eficacia probatoria para que, en su día, el juez sentenciador ampare su decisión. 2. Es verdad que la propia ley, al establecer inicialmente que la declaración de una niña mediante el sistema de entrevista única tiene el carácter de prueba preconstituida, yerra conceptualmente al denominarla como tal, desde que la preconstitución probatoria procesalmente se entiende referida a la prueba material y la documentada o documental pública (actas e constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, de allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etc, etc), mientras que la anticipación



probatoria comprende exclusivamente la prueba personal -la primera puede actuarse por la policía o el fiscal, mientras que la segunda solo por el juez-. Empero, lo esencial y determinante desde la perspectiva jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados y, de ser así, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. 3. Más allá de la denominación, la excepción a la prueba plenarial que reconocida la ley, en su redacción originaria, era precisamente en los casos de violencia contra niños, adolescentes o mujeres -y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en sus artículos 5 al8-, para evitar la doble victimización. Y, si bien, paralelamente, la norma general del Código Procesal Penal, autorizaba la prueba anticipada de estas declaraciones, ello solo podía tener lugar, hasta antes de entrada en vigor de la reforma operada por el Decreto Legislativo 1386, si era menester ampliarla en los supuestos de aclaración, complementación y precisión de algún punto-siempre necesario para el debido esclarecimiento de los hechos, con el cuidado debido a la persona de la víctima, a su integridad emocional, conforme al artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal”.

Según la referida casación se casó o dejó sin efecto las resoluciones de primera y de segunda instancia que estimaron el pedido de toma de declaración de las víctimas en prueba anticipada, no obstante que, conforme a la ley anterior, el Ministerio Público había recibido sus declaraciones en cámara Gesell, y, además, el petitorio de prueba anticipada no se sustentaba en la necesidad de ampliación, complementación o precisión de las declaraciones iniciales, y, por ende, se vulneraba el principio – derecho de prohibición de doble victimización.

- 15.** En el caso concreto, ocurrido el hecho imputado, la menor agraviada prestó su declaración en cámara Gesell en diligencia preliminar y ante el Fiscal a cargo de la investigación y mas no ante el Juez de Investigación Preparatoria -JIP- y siguiendo el trámite de prueba anticipada; de modo que tal declaración no se realizó ante el Juez competente y siguiendo el procedimiento preestablecido en la ley; del cual subyace la aparente afectación del debido proceso -como derecho continente-.
- 16.** Sin embargo, no se aprecia una concreta afectación de derechos del procesado, como el derecho a probar, el derecho a la defensa que se derivan de ese derecho continente que serían las que podrían haberse afectado. Es así, la defensa del procesado estuvo garantizado, pues, estuvo asistido por el defensor público -Joél Pablo Pérez Casaverde- quien no formuló preguntas; se observó rigurosamente la técnica de cámara Gesell, pues, intervino como facilitador el psicólogo forense Wilmer Edgard Farfán Cuba-, quien -en su informe pericial- emite su apreciación respecto a esa declaración de la menor agraviada y en su conclusión señala: “*El presente informe es el resultado de lo observado a la menor RE MC, durante el*



procedimiento de entrevista única por lo que está referida solo a esta situación concreta: 1. Si bien la menor reporta la vivencia de experiencias negativas en el área sexual no se aprecia una concordancia afectiva con la misma. 2. El relato de la experiencia negativa resulta no coherente, no lógico e inconsistente. 3. No evidencia indicadores de afectación emocional a nivel del área psicosexual”.

- 17.** De este modo, fue incorporado la declaración de la menor agraviada a la investigación que no fue cuestionado por su defensa; no solicitó tutela de derechos.
- 18.** Si bien la defensa lo ha cuestionado como prueba irregular desde su alegato de apertura por infringir la ley vigente según el cual debió tomarse la declaración de la menor agraviada en prueba anticipada por ante el Juez de Investigación Preparatoria como un juicio anticipado sobre la actuación de esa declaración para evitar la revictimización de la víctima, pero, su alegación es meramente formal y en abstracto; no ha denunciado vulneración afectación concreta de algún derecho fundamental del hoy sentenciado. Es más, de haber alguna de esas afectaciones, como podría ser la necesidad de esclarecer algún punto relevante, la defensa tenía expedito instar una ampliación, complementación o precisión sobre los puntos declarados; no denunció en esas etapas alguna respuesta ante una pregunta sugestiva u orientados para incriminar al acusado, en atención a lo dispuesto en el artículo 170.6 del CPP que dice: *“Son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última, en el contrainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal”.*
- 19.** Si bien se aprecia la no realización de esa declaración por el trámite de prueba anticipada, pero, no se han afectado sus derechos fundamentales del acusado y la declaración de la menor agraviada en cámara Gesell surte todos sus efectos, que ingresan al acervo probatorio para su valoración conjunta con otros testimonios, pericias, entre otros que han sido valoradas por el Juzgado Colegiado para concluir por la culpabilidad del acusado. Razones por los que debe desestimarse la alegación de la defensa.

§ Sobre la pretensión de imposición de 4 años de pena privativa de libertad suspendida, en vez de cadena perpetua, por responsabilidad restringida

- 20.** Resumidamente, el hecho delictuoso por el cual ha sido declarado culpable el sentenciado José Vicente Morillo Mendoza es porque, tras conocerse por Facebook con la menor agraviada MCRE, entabla amistad y comparte chat por WhatsApp, aproximadamente los primeros días de octubre del 2018; el viernes 5 del mismo mes pretende dar encuentro físico a la menor constituyéndose a la IE Daniel Alcides Carrión y preguntando a las personas enseñándole su foto si alguien



conocía a la menor, resulta que, una de la personas preguntadas fue Saúl Torres Flores, quien con su esposa Rosa Guillermina Estrada Aranda estaban encargados de la custodia de la menor y eran conocidos como abuelos de la menor, y el señor Flores le preguntó, por qué le estaba buscando a su nieta y él le respondió que quería estar con ella y el señor Flores le dijo que fuera a la casa ese mismo días a las 20.00 horas. En efecto, el acusado Morillo se constituyó a la casa de los abuelos de la menor para decirles que era un joven de 16 años de edad, sus padres estaban de acuerdo con entablar su relación con la menor y tenía trabajo en panadería y capacidad para hacerse cargo de ella, inclusive le dio el número de su celular 970479709; los abuelos desconfiaron de las palabras del acusado y además le dijeron que la menor aún era una niña de 13 años de edad; hicieron participe a la señora Nilsa Anabela Estrada Aranda -hermana de la abuela- quien averiguó que el acusado tenía 19 años, y le botaron de la casa. Sin embargo, el sábado 6.10.2018, siendo las 21.00 horas, luego que la abuela ingresó a su casa al término de la venta de salchipollo que realiza en las afueras de su casa sito en Prolongación Espinar 1456 Chimbote, la menor salió de la casa fingiendo que salía un ratito y desapareció y un testigo les dijo que con un joven de las características del acusado la estaba llevando jalando, y continuando su itinerario hasta un rancho en zona rural de Lacramarca, en cuyo interior, contra su voluntad el acusado practicó coito vaginal y anal corroborado con el CML que establece lesiones recientes (...); luego, los abuelos denunciaron la desaparición de la menor a las 0.40 del 7.10.2018 y realizaron la subsecuente averiguación llamando al acusado como a los padres de éste, y luego de ubicar a la menor en la casa de los padres del acusado sito en PPAO – Nuevo Chimbote, siendo las 22.10 horas del mismo día 7.10.2018 denunciaron el abuso sexual.

A esto hay que precisar que al 6.10.2018 en que se produjo el coito vaginal y anal configurativo del tipo penal imputado, la menor agraviada, por haber nacido el 5.7.2005, tenía 13 años, 3 meses y 1 día; y el sentenciado, por haber nacido el 11.8.1999, tenía 19 años, 1 mes y 26 días.

- 21.** El tipo penal imputado es el de violación presunta prevista en el artículo 173 del CP con su texto vigente con la Ley 30838 publicada el 4.8.2018 que prevé la pena de cadena perpetua.
- 22.** El Juzgado Colegiado para imponer la condena ha expuesto lo siguiente: *“la pena conminada es cadena perpetua. Si bien, el acusado, al momento de los hechos, tenía 19 años de edad y tiene responsabilidad restringida y según el artículo 22 del CP correspondería disminuirle la pena; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que constitucionalmente la pena de cadena perpetua no se puede desnaturalizar; y, si bien la Ley establece que puede revisarse a los 35 años, consideramos que la reducción de la pena debe ir a la revisión de la misma, es decir*



deberá ser revisada a los 25 años. Además, la cadena perpetua no es inconstitucional y el Legislador ha determinado para delitos de suma gravedad como es la violación sexual de una menor de edad que lesiona el bien jurídico protegido”.

23. La defensa contradice el argumento expuesto por el Juzgado Colegiado, señalando que la responsabilidad restringida es una circunstancia privilegiada para atenuar la pena y no para reducir el período de revisión de la pena de cadena perpetua en ejecución de sentencia. Al respecto debe indicarse que es correcto la apreciación de la defensa, pues, por el principio de legalidad, el artículo 22 del CP establece esa circunstancia para reducir prudencialmente la pena por debajo del mínimo; no es una circunstancia para reducir el período de revisión de la pena de cadena perpetua, de modo que el Juzgado Colegiado se ha excedido en su discrecionalidad.

24. Por otro lado, si bien la aplicación de la responsabilidad restringida en atención a la adultez relativa para el agente cuya edad no sea mayor de 21 años se ha venido restringiendo gradualmente y el tipo penal imputado se encuentra dentro de las exclusiones de su aplicación; sin embargo, tenemos el acuerdo plenario 4-2016 y diversos pronunciamientos que han efectuado su control de constitucionalidad y han habilitado su aplicación, porque esa edad que atraviesa el agente, es una edad en que aún no ha alcanzado su madurez psicológica o capacidad plena.

25. Es así, que el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116 de fecha 12 de junio del 2017, publicada el 17 de octubre del mismo año, cuyos fundamentos pertinentes se da cuenta, señala:

”8. Ambas normas: artículo 22 del Código Penal y artículo 161 del Código Procesal Penal, a final de cuentas, tienen una incidencia en la punibilidad. En el primer caso, se está ante una causal de disminución de la punibilidad –se construye desde la estructura del delito–, mientras que, en el segundo caso, se trata de una regla de reducción de la pena concreta por bonificación procesal, que apunta a la eficacia motivadora que ejerce para generar efectos de abreviación de la actividad procesal; no se vinculan, como en el caso anterior, a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del delito [Conforme: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: Consecuencias jurídicas del delito, Lima, 2016, pp. 245 y ss.]

§ 2. EXIMENTE IMPERFECTA DEL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL

9.º El artículo 22 del Código Penal se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad. El primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad. Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no solo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, además, como un concepto



específico, estableció que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción –el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión–, corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual –según línea jurisprudencial uniforme– siempre opera del mínimo legal hacia abajo [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal. Parte General, Lima, 2006, pp. 606 y 608].

10.° El fundamento de esa configuración jurídica estriba, hasta cierto punto, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado; y, además, en que la edad avanzada del agente expresa un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada [HURTADO, JOSÉ / PRADO, VÍCTOR: Manual de Derecho Penal. Parte General, I, Lima, 2011, pp. 618-621].

11.° Las restricciones que se iniciaron en 1998 y prosiguieron con la última reforma legislativa de 2015 (véase fundamento jurídico sexto), están referidas a la comisión de veintiún modalidades delictivas, que pueden calificarse de muy graves. Estas se encuentran en el injusto penal: antijuricidad, no en la categoría culpabilidad. Luego, es pertinente preguntarse si tales excepciones a la regla de disminución de la respuesta penal, son constitucionalmente admisibles desde el principio de igualdad ante la ley.

12.° La igualdad es un principio-derecho reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Es tanto un derecho fundamental de invocación directa sin necesidad de desarrollo legislativo previo, cuanto un valor constitucional que informa todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional. La igualdad, como derecho público subjetivo, conlleva la alegación de discriminación, la cual implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente o, finalmente, en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Es, como todo derecho subjetivo garantizado por la Constitución, un derecho garantizado erga omnes, frente a todos, lo que implica, como resultado, que todos los jueces tienen el poder –y el deber– de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias sometidas a su juicio [GUASTINI, RICCARDO: Lecciones de Derecho Constitucional, Lima, 2016, p. 308].

La doctrina constitucionalista tiene expuesto que se está ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata, de forma distinta,



sin ninguna justificación, a diferentes sujetos. Los requisitos de la prohibición de discriminación, primero, no se trata de una lista cerrada de presupuestos, sino de todas aquellas situaciones que pueden producir un tratamiento diferenciado, que se traduzca en un perjuicio para personas o grupos; segundo, esta diferenciación no está justificada ni atiende a fines legítimos; y, tercero, no supera el test de la racionalidad [BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y OTROS: Manual de Derecho Constitucional, I, Madrid, 2014, pp. 85-86].

En este último aspecto, es pertinente resaltar que frente al legislador el derecho a la igualdad impide que pueda configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y por eso es discriminatoria (STCE número 96/1997, de 19 de mayo). La diferencia de trato será lícita si resulta objetivamente justificada y razonable. En este último aspecto, se actuará conforme a la Constitución si la diferencia de trato es conforme a la finalidad perseguida, de suerte que evite resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STCE número 117/1998, de 2 de junio). El test empleado para aplicar el artículo 2.2 de la Constitución es el juicio de razonabilidad –distinto del principio de proporcionalidad–, es decir, aquel que determine que la norma no sea absurda, injustificada, arbitraria o falta de realismo [DÍEZ PICAZO, LUIS: Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, 2013, pp. 187-188].

13.º En el presente caso, es necesario tomar en consideración: primero, que la disminución de la punibilidad está en función a la edad del agente cuando cometió el delito, para lo cual se fija un criterio objetivo: entre 18 y 21 años y más de 65 años de edad; segundo, que esta disminución de la punibilidad está residenciada en la capacidad penal como un elemento de la categoría culpabilidad; tercero, la referencia a delitos graves tiene como premisa, para la diferenciación, la entidad del injusto, esto es, la antijuridicidad penal de la conducta del agente, sin duda, una categoría del delito propia y distinta de la culpabilidad. ¿Es posible, entonces, una discriminación en el supuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal basado, como pauta de diferenciación, en la entidad del delito cometido? Es decir, si la misma persona dentro de ese rango de edades comete un delito no excluido se le atenuará la pena por debajo del mínimo legal, pero si perpetra un delito excluido tal atenuación no será posible? ¿Es un factor relevante, en sí mismo o con relevancia propia, para desestimar la atenuación la entidad del delito cometido?».



- 26.** La defensa pretende que se reduzca a 4 años de pena privativa de libertad suspendida por esa circunstancia de responsabilidad restringida y nos ha dado alcance de tres jurisprudencias de la Sala Penal de la Corte Suprema que son: La casación 375-2019-Ica de fecha 16.3.2022, la casación 237-2019-Puno de fecha 2.9.2020 y la casación 508-2019-Cañete de fecha 29.3.2021.
- 27.** Al respecto debe indicarse que, si bien las tres casaciones como muchas que hay ratifican la doctrina de la atenuación de la pena por responsabilidad restringida, pero, están referidas a la disminución de la pena por debajo del *mínimum* conminado para penas temporales por el delito contra la libertad sexual, la primera por violación presunta y las otras dos por el delito de violación sexual de mayor de edad. Ningunas están referidas a disminución a penas de entre 5 y 6 años desde la pena conminada de cadena perpetua, porque están referidos a hechos ocurridos el 13.10.2016, una fecha no precisada pero aproximadamente del 2016 y el 13.11.2014 respectivamente, y al tiempo que aún no se había establecido de modo general la pena de cadena perpetua para toda relación sexual con menor de 14 años de edad, independientemente de cualquier circunstancia agravada. Sin embargo, tiene bastante semejanza al presente caso concreto la casación 375-2019-Ica que se ha pronunciado en el caso de un joven estudiante de 18 años de edad tuvo relaciones sexuales con una menor de 13 años de edad en la casa donde ella vivía con sus padres y se descubre por la sospecha de su padre; en ese caso se redujo la pena de 30 años de privativa de libertad a 6 años.
- 28.** Respecto a la cadena perpetua, también -como lo ha referido el Juzgado Colegiado- ha sido zanjado la constitucionalidad de esa pena. Así tenemos, sobre la constitucionalidad de la cadena perpetua y de su revisión al cumplir 35 años de privativa de libertad, que, en la STC 010-2001-AI/TC se ventiló el primer tema referido a la constitucionalidad de la cadena perpetua; si bien en sus fundamentos 184 al 186¹ se dijo que la cadena perpetua sin límite temporal lesiona los

¹ 184. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

185. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

186. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.



principios de la dignidad de la persona y de libertad y las exigencias constitucionales de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario; sin embargo, ese argumento solo fue para presentar su incompatibilidad con esos principios y no para declararlo inconstitucional; por ello en sus fundamentos 190 y 191 dijo: *“Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además, porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.*

29. Luego que se introdujo el artículo 59 A en el Código de Ejecución Penal por el Decreto Legislativo 921 publicada el 18.1.2003 estableciendo el procedimiento de revisión de la cadena perpetua al cumplirse 35 años de privativa de libertad, en la STC 0003-2005-PI/TC de fecha 9.8.2006, en sus fundamentos 21 al 26, el Tribunal Constitucional dijo que, con ese procedimiento se había salvado las objeciones de incompatibilidad de la cadena perpetua y cumplía con lo señalado en la STC 010-2001-AI/TC. Es así que señala: *“16. (...). El Tribunal Constitucional considera que el régimen jurídico de la cadena perpetua establecido en el Decreto Legislativo 921 ha salvado las objeciones de inconstitucionalidad y, por ello, cumple lo dispuesto en la STC 0010-2002-AI/TC. Y constata que el legislador ha introducido diversos mecanismos para hacer que una pena, prima facie, sin límites temporales,*

187. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

188. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, insito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo



como la cadena perpetua, sea susceptible de devenir en temporalmente limitada a través del referido procedimiento de revisión.

30. En la sentencia plenaria casatoria N° 1-2018/CIJ-433 de fecha 18.12.2018 acordada en el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en sus fundamentos 28 y 29 nos da alcance al respecto. “28. *Un cambio importante en la aplicación de la pena está vinculado a la entrada en vigor de la ley modificatoria número 30838, de cuatro de agosto del presente año, que estatuyó que la pena para estos delitos, cometidos en agravio de un menor de catorce años, es la de cadena perpetua -revisable por cierto cuando el condenado cumplió treinta y cinco años de privación de libertad, que expresa tanto su configuración desde una perspectiva resocializadora como la consagración en la ley una lógica excarceladora: presupuestos legales y procedimiento correspondiente (artículo 59 A del Código de Ejecución Penal, agregado por el Decreto Legislativo 921, de dieciocho de enero de dos mil tres)-. El legislador ha considerado, desde luego, que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos más importantes -de mayor rango- y, por ello, el Estad debe responder con una firmeza extraordinaria.*

*“29. Es verdad que, en este tipo delictivo, se está ante una conminación penal absoluta, admitida desde consideraciones de prevención general- aunque siempre con ayudas resocializadoras y la oportunidad de reintegración social (conforme: ROXIN, CLAUS: En: Sesenta años de Ley Fundamental Alemana desde la perspectiva del Derecho Penal. Obra citada, Tomo II, pp, 414-415)-, **pero también es cierto que es posible reconocer, e imponer, ante situaciones excepcionales -como en su día resolvió el Tribunal Supremo Alemán: BGH GS 30, 105-, una pena privativa de libertad temporal, aunque de uno u otro modo esencialmente grave (artículo 29 del Código Penal).***

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena -aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios-. Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente -su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos-, y, entre otros, los condicionantes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo-, de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena”.

31. En el caso concreto, como circunstancias genéricas tenemos:



- a) El acusado es de una condición social humilde radicado en zona populosa de la ciudad de Nuevo Chimbote; si bien no destacó en los estudios, pero, se aprecia que siempre ha trabajado desde su niñez, en panadería, de cobrador, y últimamente nuevamente en panadería -ver su informe psicológico-. Procede de una familia humilde y trabajadora, en que su madre y su padre trabajan.
- b) Si bien a la fecha de los hechos había alcanzado solamente primaria, pero, con posterioridad, pese tener sobre si este problema judicial, prestó servicio en el Ejército Peruano y avanzó sus estudios secundarios en CEBA no escolarizado.
- c) En el juicio oral ha reconocido los hechos cometidos, ha dado detalles de todo el historial dramático por su encuentro con la menor agraviada; antes del 6.10.2018, y después de esa fecha.
- d) No ha estado inmerso en pandillaje y otros actos antisociales, ni en consumo de cigarro, alcohol ni drogas. Es un agente primario, sin antecedentes penales ni policiales.
- e) Su gran problema es en la esfera sexual, de haberse fijado de una niña de 13 años de edad; de haberla llevado a un rancho situado en lugar campestre del lugar de su custodia a cargo de sus abuelos putativos.
- f) La inmadurez de la menor de ilusionarse por un mayor de edad tras un contacto por redes sociales donde ha contribuido el acusado con el no control de sus impulsos a no relacionarse sentimentalmente con una menor de edad bajo ninguna circunstancia, ni a espaldas de la familia de la menor y tampoco con gestos de pedido de mano que intentó hacer y menos tener acto sexual apenas la menor fingiendo a sus abuelos salió de la casa, si bien es su mayor reproche, pero, también a la luz de la doctrina que sustenta la responsabilidad restringida, en buena cuenta se debió a su aún inmadurez psicosocial del hoy joven sentenciado.

32. Consideramos que, conforme el fundamento 29 de la sentencia plenaria casatoria N° 1-2018/CIJ-433 y la casación 375-2019-Ica de fecha 16.3.2022 que estable un criterio de reducción sustancial de la pena, debe estimarse la pena en quince años de privativa de libertad efectiva.

§ Sobre la pretensión de reducción del monto de la reparación civil de S/40,000.00 a S/5,000.00

33. Previamente, debe indicarse que el Código Penal disciplina este tema en los artículos 92 al 101; distingue entre restitución de bien e indemnización de daños y perjuicios, la solidaridad, la transmisión a los herederos, la protección frente a



obligaciones adquiridas con posterioridad, la afectación de la remuneración del condenado en caso de insolvencia, la responsabilidad de terceros, la inextinguibilidad de la acción civil, y el 101 establece una fórmula de la aplicación supletoria de las reglas del Código Civil sobre esta materia de responsabilidad civil, especialmente la responsabilidad civil extracontractual.

- 34.** Al respecto, es pertinente citar a Lizardo Taboada Córdova, en RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, preparada para la Academia de la Magistratura que nos enseña:

“Como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como: a consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual), o a resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

Durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños.

Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro. Y, es ésta justamente la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. Por el contrario, la doctrina moderna, y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

No obstante, lo cual, y aun cuando nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional. en nuestro concepto ello no es impedimento para que se entienda que



la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad en base a elementos comunes, señalando con toda claridad, las diferencias de matiz, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo.

Corresponde ahora examinar los aspectos o requisitos de la responsabilidad civil, a fin de poder estudiar los especiales problemas que genera la responsabilidad civil extracontractual. Como es sabido, los requisitos de la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.

- a)** *Antijuricidad: Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, una conducta antijurídica, es cuando contraviene una norma prohibitiva, y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos y atípicas en cuanto, a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la realización de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, en el sentido amplio, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del: incumplimiento total de una obligación cumplimiento parcial cumplimiento defectuoso, o cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente. La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321 del Código Civil, mientras que la antijuricidad típica y atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969 y 1970 del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño. sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño, siempre que sea antijurídica, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización. Esto es evidente, por cuanto si se presenta en: el ámbito contractual (al estar tipificadas y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas), la obligación de indemnizar nacerá siempre que se*



cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación. El ámbito extracontractual (al no estar predeterminadas dichas conductas), debe entenderse que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta antijurídica en sentido amplio.

- b) Daño Causado:** *siendo éste el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar la responsabilidad civil como «DERECHO DE DAÑOS»). Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión. No se debe olvidar que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuanto dichas necesidades o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría jurídica de derechos subjetivos. Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado. Una vez delimitado en términos amplios el concepto del daño y habiendo hecho énfasis en el aspecto social de los derechos subjetivos, puede bien decirse que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal. Ahora bien, respecto del daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: Daño patrimonial: Daño emergente. - Pérdida patrimonial efectivamente sufrida. Lucro cesante. - Ganancia frustrada o dejada de percibir. El Daño extrapatrimonial: Daño moral Daño a la persona. - Existe en la doctrina moderna una tendencia cada vez más fuerte a hablar únicamente del daño a la persona, dado lo gaseoso y relativo del concepto del daño moral. Evidentemente, ambas categorías del daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional, en lo que*



respecta al campo extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985 del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone el mismo artículo 1321.

- c)** *Relación de causalidad: Es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985 la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321, la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías, nos llevan al mismo resultado. En ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de: La concausa, y, La fractura causal, que es la conducta que ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Ambas clases de responsabilidad se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo.*
- d)** *Factores de atribución: Son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. El factor de atribución depende del tipo de responsabilidad: En la responsabilidad contractual, es la culpa, clasificado en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo. En la responsabilidad extracontractual, son la culpa y el riesgo creado, clasificado en: dolo, la culpa y el riesgo creado. Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los artículos 1969 y 1970 respectivamente. Aun cuando debe destacarse que al haber invertido la carga de la prueba en el artículo 1969, se ha llegado a objetivar el sistema subjetivo de la responsabilidad civil por culpa, en el ámbito extracontractual. No obstante lo cual, debe destacarse la bondad del Código Civil peruano al haberse consagrado en el artículo 1970 el sistema objetiva basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto, pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa. La diferencia entre ambos factores de atribución es evidente, y apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un*



daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entendiéndose dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo del riesgo además de las tres condiciones lógicamente necesarias, sólo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad. Ciertamente es que, para efectos prácticos, el Código Civil peruano ha acercado mucho los resultados de la aplicación del sistema subjetivo como del sistema objetivo. Sin embargo, ello no es impedimento para la distinta calificación legal, pues una cosa es invertir la carga de la prueba y otra muy distinta abstraer por completo la prueba en la configuración de los hechos o conductas que dan lugar a responsabilidad civil. No debe olvidarse que se entiende por bienes riesgosos todos los que significan un riesgo adicional para nuestra vida de relación social, pero que, sin embargo, de acuerdo a la experiencia normal de una determinada sociedad, son absolutamente indispensables para el desarrollo social y la satisfacción de necesidades consideradas social y jurídicamente merecedoras de tutela legal”².

- 35.** De entre las disposiciones pertinentes del Código Civil sobre la responsabilidad civil extracontractual -artículos 1969 y siguientes-, y, entre ellas, la disposición que recoge el principio de la reparación civil integral es el Artículo 1985 que dice: *La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”.*
- 36.** Sobre el daño a la persona es pertinente citar a Carlos Fernández Sessarego, sus Apuntes sobre el daño a la persona³, en la que nos dice. *“En atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del daño puede diferenciarse claramente dos tipos de daños: uno que podemos designar como subjetivo (o “daño a la persona”) y otro que denominamos objetivo (o daño a las “cosas”). El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de derecho, que no es otro que el ser humano. Se le conoce generalmente bajo la denominación de “daño a la persona”. De ahí que pueda utilizarse, indistintamente, las expresiones de “daño subjetivo” o “daño a la persona”. Ambas apuntan al ser humano. A un ser humano que se*

2

http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/166/resposab_civil_extracontra.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³ http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF



despliega existencialmente en un proceso ininterrumpido desde su concepción hasta su muerte.

El daño objetivo, por el contrario, es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre.

(...) Como expresáramos en precedencia, el daño a la persona puede distinguirse en daño psicosomático y daño a la libertad. El daño psicosomático es aquel que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad psicosomática constitutiva del ser humano. Se puede lesionar cualesquiera de los múltiples aspectos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo o que lesione primaria y directamente a la psique. Está demás decir que, siendo el ser humano una inescindible unidad psicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera y medida, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera y en cierta medida, en el soma o cuerpo. Desde este punto de vista el daño psicosomático puede distinguirse en daño somático y daño psíquico, dependiendo de aquello que primaria y principalmente ha sido objeto del daño. Es evidente que se pueden lesionar simultáneamente diversos aspectos de la unidad psicosomática.

Un sector de la doctrina que se ha ocupado del daño a la persona identifica la lesión con la expresión de “daño biológico”. Daño biológico es, por consiguiente, la lesión en cuanto tal. Es decir, un golpe, una herida, una fractura, un trauma, una mutilación, etc. En el curso de este trabajo adoptamos la designación de “daño biológico” para referirnos a la lesión en sí misma y de “daño a la salud” para designar las consecuencias o perjuicios causados al bienestar integral de la persona que pueden ser generados por una o más lesiones.

El daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, como está dicho, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria, es decir, en una palabra, afectan su bienestar. A este daño que, como se ha señalado, se le conoce con la expresión de “daño a la salud”, se le otorga una significación más amplia y comprensiva de lo que ordinariamente se mienta. Sobre los alcances del daño psíquico puede consultarse del autor de este trabajo el ensayo titulado Daño psíquico, publicado en la Revista de Derecho “Scribas”, Arequipa, N° 3, 1998 y en “Normas Legales”, Trujillo, Tomo 287, abril del 2000. 47 Esta referencia la encontramos en la sentencia de la Corte Constitucional de Italia N° 184 del 30 de junio de 1986. No obstante, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia utiliza la



expresión “daño biológico” en una más amplia acepción al identificarlo con el genérico concepto de “daño a la persona”. con el restringido concepto de “salud”, es decir, con una noción que describe la situación en la cual la persona carece de enfermedades. Como se aprecia, el tradicional concepto de “salud” se construye a partir de una negación.

37. El daño moral se disciplina en los artículos 1985 y 1984 del CC. *El daño moral-pretium doloris-(...) es el dolor, sufrimiento, perturbación psicológica necesariamente no patológica (...) lesionan los sentimientos de la persona⁴. Se conceptúa como dolor, sufrimiento, angustia cuya existencia se infiere del contexto del evento como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 138 en su sentencia recaída en el caso María Elena Loayza Tamayo⁵. Asimismo, mediante Casación N° 3289-2015-CALLAO, de fecha 19.01.2017, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República, en el segundo párrafo del considerando décimo cuarto, establece: “Ahora bien, con relación al daño moral, es de considerar que al tratarse de una aflicción que incide en todos los planos de su vida personal, familiar, afectiva e íntima que sin duda trae consigo un vacío existencial difícil de suplir o sustituir, es de considerar que la aflicción, en el caso concreto, se encuentra plenamente acreditada con la conducta antijurídica de la emplazada de dar por concluida la relación laboral, no siendo válido el argumento de la Sala Superior respecto de la presunta falta de medios probatorios”.*

Dada la complejidad de estos daños, debe cuantificarse con criterio de equidad que establece el artículo 1332 del CC.

38. El Juzgado Colegiado estima la reparación civil en la suma de S/40,000.00 bajo el siguiente argumento: *“consistente en el resarcimiento del perjuicio irrogado a la agraviada con la producción de los actos delictivos, la misma que según el artículo noventa y dos del Código Penal, se determina conjuntamente con la pena y comprende, la restitución del bien y la indemnización por los daños y perjuicios causados. En el presente caso no existe la posibilidad de que la indemnidad sexual de la agraviada sea restituida, empero, el tratamiento adecuado para su **recuperación**, lograr la recuperación moral y psicológica de la menor agraviada.*

⁴ Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. 9.1.

[http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba fs 6. PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF)

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas) FJ. 138. La Corte considera que el daño moral a la víctima resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes como los que han sido probados en el presente caso experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión.



Esto es, no ha identificado los daños, no ha sustentado ni ha expuesto el criterio de su cuantificación y solamente ha indicado la finalidad de esa suma de dinero para recuperación moral y psicológica.

39. En el caso concreto se identifican los siguientes daños en el contexto del daño a la persona y el daño moral:

- a) El daño biológico, en la forma de lesiones paragenitales que se describen en el CML, y además, concluye que presenta *“himen complaciente con signos de actos contranatura reciente”*;
- b) Daño moral, entendido como dolor, aflicción, angustia como consecuencia del abuso sexual sufrido por su propio padre.
- c) No hay afectación psicológica, pues, es la conclusión de la apreciación psicológica de la declaración de la menor en cámara Gesell; una evaluación psicológica propiamente dicha no se ha realizado.
- d) Estos daños se han causado con la conducta antijurídica del acusado, por lo que se establece la relación causal; y, el factor de atribución, es doloso; con conocimiento y voluntad. Siendo así se cumple con los 4 presupuestos concurrentes generadores de la responsabilidad civil extracontractual.
- e) Debe cuantificarse con criterio de equidad establecido en el artículo 1332 del CC.
- f) La indemnización debe cuantificarse teniendo en cuenta la entidad del daño causado. Siendo así debe estimarse en la suma de S/.5,000.00.

§ De la ejecución provisional de la pena

40. Según el artículo 402.1 del NCPP⁶, la sentencia condenatoria puede ejecutarse provisionalmente. En esta instancia Ad Quem se está ratificando la condena que necesariamente implica la privación de libertad efectiva. Siendo así debe disponerse la prosecución de la ejecución de la condena, disponiendo las requisitorias para el internamiento del sentenciado.

§ De las costas

41. En cuanto las costas, el artículo 497.3 del NCPP establece que las costas están a cargo del vencido, pero, el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. En el caso concreto, habiéndose estimado las alegaciones de la defensa debe eximirse del pago de este concepto.

⁶ Artículo 402 del NCPP Ejecución provisional.-

1. La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.

2. Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso.



IV.- DECISION

Por estas consideraciones, la Segunda Sala Penal de Apelaciones, resuelve:

1. **DECLARAR FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesta por la defensa del sentenciado **JOSÉ VICENTE MORILLO MENDOZA** contra la sentencia contenida en la resolución número treinticuatro de fecha 21.12.2021 que le condena como autor del delito de violación sexual de menor de 13 años de edad previsto en el artículo 173 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales MCRE.
2. **MODIFICARON** en cuanto la pena y fijaron en **quince años de privativa de libertad efectiva** que se computará una vez que sea habido el sentenciado con el descuento de la privación de su libertad o carcelería sufrida de ser el caso.
3. **MODIFICARON** el monto de la reparación civil y lo fijaron en cinco mil soles que deberá pagar el sentenciado a la agraviada.
4. Con lo demás que contiene como la orden de su tratamiento terapéutico conforme el artículo 178A del CP.
5. Dispusieron la ejecución de la pena impuesta, librándose las requisitorias y oficiándose.
6. Sin costas del proceso.
7. Notificándose.

SS.

VASQUEZ CARDENAS, D.

MANZO VILLANUEVA, J.

ESPINOZA LUGO, N.