



SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de octubre de dos mil doce

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación excepcional concedido discrecionalmente para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la sentencia de vista de fojas doscientos cuarenta y cuatro, de fecha cinco de agosto de dos mil once, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín; en el extremo que revocó la sentencia de fecha quince de abril de dos mil once, de fojas ciento sesenta, y reformándola, condenó a Juan José García Ushiñahua como autor del delito de actos contra el pudor, a seis años de pena privativa de libertad, en agravio de la menor de iniciales L.M.M.P.

Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

I. Del itinerario del proceso en primera instancia

Primero.- El Fiscal de la Investigación Preparatoria, en su acusación de fojas catorce, imputó al procesado García Ushiñahua, la comisión del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa, y en la modalidad de actos contra el pudor, tipificado en el artículo ciento setenta y tres, numeral uno, concordante con el artículo dieciséis; y, en el artículo ciento setenta y seis guión A, numeral dos, respectivamente del Código Penal.

El Juez Penal de la Investigación Preparatoria dictó auto de enjuiciamiento de fojas cuarenta y cuatro, del diecisiete de enero de dos mil once.

Segundo.- Seguido el juicio de primera instancia, el Juez Colegiado dictó sentencia de fojas ciento sesenta, el quince de abril de dos mil once, absolviendo a Juan José García Ushiñahua de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa, y por actos contra el pudor, en agravio de la menor de iniciales L.M.M.P.

Contra la referida sentencia, el representante del Ministerio Público, interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento noventa, el que fue concedido por auto de fojas ciento noventa y seis, del veintinueve de abril de dos mil once.

II. Del trámite recursal en segunda instancia



Tercero.- El Tribunal de Apelación, culminada la fase de traslado de la impugnación y habiendo ofrecido el representante del Ministerio Público nuevas pruebas, emplazó a las partes a fin de que concurren a la audiencia de apelación de sentencia mediante resolución de fojas doscientos veintiuno, del ocho de julio de dos mil once.

Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas doscientos treinta y nueve, del diecinueve de julio de dos mil once, el Tribunal de Apelación cumplió con la expedición y lectura de sentencia en audiencia privada del cinco de agosto de dos mil once, de fojas doscientos cuarenta y cuatro.

Cuarto.- La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad: **i)** confirmó la sentencia de fecha quince de abril de dos mil once, de fojas ciento sesenta, que absolvió a Juan José García Ushiñahua, como autor del delito de violación sexual de menor en grado de tentativa, en agravio de la menor de iniciales L.M.M.P; **ii)** la revoca en el extremo que lo absolvió por el delito de atentado contra el pudor de menor de edad, y reformándola, lo condenó por el mismo delito en agravio de la menor de iniciales L.M.M.P a seis años de pena privativa de libertad, que computada desde el cinco de agosto de dos mil once, vencerá el cuatro de agosto de dos mil diecisiete, y fijó en tres mil nuevos soles, el importe que por concepto de reparación civil, deberá pagar el sentenciado.

III. Del trámite del recurso de casación de la defensa del procesado Juan José García Ushiñahua

Quinto.- Leída la sentencia de vista, la defensa del procesado García Ushiñahua, interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos cincuenta y siete. Introdujo el motivo de casación de inobservancia de la garantía constitucional de defensa procesal y si la sentencia ha sido expedida con manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

Concedido el recurso de casación mediante resolución de fojas doscientos sesenta y dos, del treinta y uno de agosto de dos mil once, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha tres de junio de dos mil once.

Sexto.- Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria Suprema del nueve de enero de dos mil doce, obrante en el cuadernillo formado en esta instancia a fojas diecinueve, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, previsto en el numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Sétimo.- Instruido el expediente en Secretaría, señalaron fecha para la audiencia privada de casación el día veintitrés de octubre de dos mil doce, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es expedir sentencia.



Octavo.- Deliberada la causa en secreto y votada el día veintitrés de octubre de dos mil doce, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada –con las partes que asistan– se realizará por la secretaria de la Sala el día ocho de noviembre de dos mil doce a horas ocho y treinta de la mañana.

Fundamento de Derecho

I. Del ámbito del recurso de casación

Primero.- Conforme se ha establecido mediante Ejecutoria Suprema de fojas diecinueve, del cuadernillo formado en esta instancia, su fecha nueve de enero de dos mil doce, el motivo aceptado del recurso de casación se centran en el desarrollo de doctrina jurisprudencial, previsto en el numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Segundo.- Que, si bien es cierto el casacionista en su recurso de fojas doscientos cincuenta y siete, alegó que interponía recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de defensa procesal y por manifiesta ilogicidad de la motivación, previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; sin embargo, este Tribunal Supremo Penal, de oficio concedió excepcionalmente para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por lo siguiente: ¿Si las preguntas formuladas por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal habrían inducido al encausado a dar respuestas que inciden directamente en determinar su responsabilidad penal, vulnerando el derecho al debido proceso contenido en el derecho constitucional que reconoce que ninguna persona puede ser obligada o inducida a declarar contra sí misma?

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Tercero.- La sentencia de vista impugnada señaló lo siguiente

“IX. Adecuación de los hechos probados al tipo penal y determinación de responsabilidad del acusado: (...) La defensa del acusado se basa en que no se ha encontrado a solas con la menor agraviada, que no se ha aprovechado de ello para tocarle sus partes íntimas (senos, vagina y poto); sostiene que fue su tía abuela Lilia Silva quien lo invitó a vivir en su casa porque era la dueña, refiere que el vínculo que la unía a su tía abuela con la menor es que era su nieta, cuando él llegó a la casa de su tía no tenía ningún trabajo, recién al segundo mes empezó a trabajar en el Banco de la Nación de vigilante (...) que en la casa donde vivía la menor, también vivía con su primo Ángel Arévalo en un solo cuarto, que en dicho inmueble vivía su tía Lilia, Betty y Ruth, así como el esposo de su tía Betty y la niña (...). El Colegiado no comparte esta tesis, por el contrario estima que el acusado, aprovechando los momentos en que se quedaba solo con la menor en el referido domicilio, entre los meses de abril y diciembre de dos mil ocho, le tocaba los senos, la vagina y el poto. La prueba de cargo consistente en la imputación de la menor se encuentra corroborada con otras que sustentan esta conclusión. En efecto, la menor en el juicio de primera instancia, como durante la audiencia de apelación de sentencia, “(...)



dijo las otras veces me manoseaba mis senos, mi vagina y mi poto, él hacia eso cuando mi abuelita salía a la bodega, después que él salió de la casa, iba a visitarla y le tocaba los senos (...) que fue él quien solo le hizo esas cosas, y no le dijo a nadie lo que le habían hecho porque él siempre la amenazaba que la va a fregar y tenía miedo (...)”, que dicha declaración ha sido corroborada con lo señalado por su madre Betty Pinchi Silva, quien afirmó lo siguiente: “(...) la niña le dijo que fue la única vez que pasó eso, pero que siempre la manoseaba, incluso después que él se casó, siempre iba a su casa a visitarles y que aprovechaba en tocarle sus senos, su poto y su vagina y que si hablaba se fregaba con él; que la conducta del procesado resulta compatible con las conclusiones a las que ha arribado el peritaje psicológico, en la que se señala lo siguiente: “(...) se trata de personalidad inmadura, emocionalmente con rasgos de descontrol en sus impulsos; que es una persona a nivel psicosexual inmaduro, con sentimientos de atracción sexual hacia la menor y bajo nivel en veracidad de testimonio”; finalmente, se encuentra acreditado con el peritaje psicológico que señala que la menor: “(...) muestra que presenta estrés postraumático moderado compatible a estrés de tipo sexual”].

III. Del motivo casacional: Desarrollo de la doctrina jurisprudencial

Cuarto.- ¿Si las preguntas formuladas por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal habrían inducido al encausado a dar respuestas que inciden directamente en determinar su responsabilidad penal, vulnerando el derecho al debido proceso contenido en el derecho constitucional que reconoce que ninguna persona puede ser obligada o inducida a declarar contra sí misma?

Quinto.- Que, este Tribunal Supremo considera que la pretensión admitida para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial está vinculada directamente con el derecho a la defensa y a que ninguna persona debe ser obligada o inducida a declarar contra sí misma, es decir, al derecho a la no autoincriminación. Corresponde determinar si las preguntas efectuadas por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal habrían obligado o inducido al encausado a respuestas que determinen su responsabilidad penal, sin la presencia de su abogado defensor. Delimitada la pretensión jurídica a desarrollar, lo cierto es que:

5.1. El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente número cero trescientos setenta y seis guion dos mil tres guion HC/TC, caso Bozzo Rotondo, señaló: “[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”. De igual manera el Máximo Intérprete de la Constitución del Estado, en el Expediente número cero ochocientos noventa y siete guion dos mil diez guion PHC/TC-Apurímac, caso Wenceslao Zenón Espinoza López, de fecha veinticinco de mayo de dos mil diez, indicó: “Que el derecho a no autoincriminarse constituye derecho interno y ostenta fuerza normativa directa, conforme lo establecen los artículos 1 y 55 de



la Constitución, en tanto derecho de la persona humana que se encuentra reconocido de manera expresa en el ordinal g) del artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que como parte de las “garantías judiciales” mínimas que tiene toda persona procesada, reconoce el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Al respecto, se debe señalar que a través del hábeas corpus es susceptible de controlarse todo acto u omisión de actos de cumplimiento obligatorio que incidan de manera negativa y directa en el derecho a la libertad individual, y del cual, a su vez, se denuncia su agravio constitucional; v. gr., del pronunciamiento judicial que, vulnerando el derecho a no autoincriminarse, restringe el derecho a la libertad individual”.

5.2. El artículo noveno del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal señala: “1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. 2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (...)”.

Sexto.- Que, sobre la base de estos antecedentes normativos y jurisprudenciales, este Tribunal Supremo considera que, al respecto, no resulta necesario el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, pues existe uniformidad tanto en su interpretación como en su aplicación por los Tribunales del Perú, más aún, cuando las referidas tiene un contenido claro, no existiendo posiciones discordantes.

Sétimo.- Por otro lado, con respecto a si las preguntas efectuadas por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal habrían obligado o inducido al encausado a respuestas que determinen su responsabilidad penal, sin la presencia de su abogado defensor.

7.1. Al respecto es necesario efectuar algunas precisiones:

La función de las pruebas periciales, siguiendo al profesor italiano Taruffo¹, cobra relevancia debido a que “ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y este es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, las más importantes es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio”. En este sentido, el perito se muestra como un ayudante del Tribunal, cuya función consiste justamente en brindarle la información especializada que adolece y necesita el juzgador; sin embargo, la regla básica es que el perito tiene que ser siempre imparcial.



Asimismo, una de las funciones y deberes de los jueces, al valorar un dictamen pericial está en evaluar o controlar la metodología científica utilizada y la legitimidad de los peritos. Pues toda conclusión a la que arriben los peritos, por persuasivas que sean, es decir, dotadas de plausibilidad y fiabilidad, no vinculan al juzgador, pues estas siempre se dejan a la valoración discrecional del Tribunal.

7.2. De la lectura del Protocolo de Pericia número mil seiscientos setenta y dos guion dos mil diez guion PSC, de fecha diecisiete de junio de dos mil diez, emitido por el Psicólogo Hitler M. Ramírez Burga, solicitado por la Fiscalía Provincial Mixta - Banda de Shilcayo, practicado al sentenciado Juan José García Ushiñahua, se advierten las siguientes preguntas que el referido perito utilizó en su entrevista y observación: ¿Cómo sabe lo que refiere? ¿De qué lo acusan exactamente? ¿Sabes cuáles son los resultados del médico legista? ¿Por qué crees que no es virgen? ¿Cómo era la manera de ser de la menor? ¿Cómo es ella físicamente? ¿Qué piensas de una persona adulta que abusa sexualmente de una chica de doce años? ¿Qué piensas de una persona adulta de veintitrés años que tiene relaciones sexuales con una adolescente de trece años? ¿Por qué crees que ella te está haciendo esta acusación? ¿Actualmente, cada qué tiempo va a la casa de la menor?

7.3. Un punto importante para este Supremo Tribunal es señalar que si el contenido del informe pericial no cumple con los requisitos del artículo ciento setenta y ocho, del nuevo Código Procesal Penal, el juez no podrá admitirlo ni valorarlo, procediendo a descartarlo; de igual forma, si el contenido del informe pericial concluye respecto a la responsabilidad penal o no del imputado, el juez tampoco podrá admitirlo y valorarlo, ello en aplicación del numeral dos de esta última norma procesal citada, que señala que: “El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso”; asimismo, en aplicación del artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que señala: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violaciones del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

7.4. Analizadas las interrogantes antes esbozadas y que son materia de análisis, que utilizó el perito en su evaluación, de su propio tenor, no se advierte que hayan sido plasmadas con un contenido o una carga de obligación

o inducción que tenga como finalidad probar la responsabilidad penal, es decir, las mismas no son sugestivas o tendientes a la autoincriminación. Por el contrario, el mismo perito, en su referido examen, en el apartado “III. Del método, técnicas e instrumentos psicológicos”, indicó que utilizó el método analítico-inductivo, y las técnicas: entrevista psicológica, observación de comportamiento.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:



I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación excepcional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. En consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos cuarenta y cuatro, de fecha cinco de agosto de dos mil once, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín; en el extremo que revocó la sentencia de fecha quince de abril de dos mil once, de fojas ciento sesenta, y reformándola, condenó a Juan José García Ushiñahua como autor del delito contra la Libertad, en la modalidad de actos contra el pudor, a seis años de pena privativa de libertad, en agravio de la menor de iniciales L.M.M.P.

II. **ORDENARON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la secretaria de esta Suprema Sala Penal el ocho de noviembre de dos mil doce a horas ocho y treinta de la mañana; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo en esta Corte Suprema.

S.S. VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO, PARIONA PASTRANA, SALAS ARENAS, NEYRA FLORES