



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 47-2012
SULLANA**

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, seis de junio de dos mil trece.

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del procesado Jhony Javier Malacatos Aguilar (folios ciento catorce a ciento treinta del cuaderno de debate), con los recaudos que se adjuntan al principal. Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República;

1. DECISIÓN CUESTIONADA:

La sentencia de vista de catorce de diciembre de 2011, emitida por la Sala Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Sullana (folios ciento dos a ciento once) que confirmó la sentencia de quince de septiembre de dos mil once (folios treinta y siete a cuarenta y cuatro) y la revocó sólo en el extremo que tipificó los hechos imputados en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal y por tanto, condenó a don Jhony Javier Malacatos Aguilar como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de catorce años de edad, previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal en agravio de la menor de iniciales J.P.L.C. y como a tal le impuso doce años de pena privativa de la libertad, dispuso que el sentenciado reciba tratamiento terapéutico y fijó en tres mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

2. ITER PROCESAL:

2.1. Del Itinerario de la causa en primera instancia

Desarrollado el juicio oral se dictó sentencia el quince de septiembre de dos mil once, condenándose a don Jhony Javier Malacatos Aguilar como autor del delito de violación sexual de persona en incapacidad para resistir, previsto en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal, imponiéndole doce años de privación de libertad, disponiendo que el sentenciado reciba tratamiento terapéutico y fijando en tres mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

Esta decisión fue apelada por el sentenciado y por el representante del Ministerio Público.

2.2. Del Itinerario de la causa en segunda instancia

El treinta de noviembre de dos mil once se realizó la audiencia de apelación sobre los recursos presentados, emitiéndose el catorce de diciembre la sentencia de vista objeto de cuestionamiento en que se reformó la calificación jurídica de los hechos y se declaró que constituyen delito de violación de la libertad sexual en agravio de menor, previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal. El veintiocho de diciembre la defensa técnica del sentenciado formuló recurso de casación, que fue concedido mediante la resolución de tres de enero de dos mil doce (folio ciento treinta y uno del cuaderno de debate).

2.3. Del Itinerario del recurso de casación



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

El recurso de casación fue calificado por el Colegiado Supremo mediante resolución de veinte de abril de dos mil doce (folios diecisiete a veintiuno del cuaderno de casación), declarándose bien concedido el recurso por la causa de inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o por una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

Cumplíendose con lo estipulado por el artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, se llevó a cabo la audiencia de casación; deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, señalándose como fecha para lectura de sentencia, el quince de julio de dos mil trece a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.-

1.1. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 02004-2010-PHC/TC señala que: "El artículo 139.º inciso 3 de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas".



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 47-2012
SULLANA

1.2. El literal "e" del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

1.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nº 0618-2005-PHC establece el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que por presunción *iuris tantum*, todo procesado es considerado inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.

1.4. Por su parte, la Sentencia STC 0618-2005-PHC7TC, señala que el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde al actuar a los Jueces y Tribunales, implica que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción.

1.5. En la sentencia recaída en el expediente Nº 2758-2004-HC el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de legalidad penal no sólo se configura como principio propiamente dicho, sino



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica

1.6. El artículo ciento setenta y dos del Código Penal sanciona la conducta del que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir, con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

1.7. El inciso dos del artículo ciento setenta y dos del citado Código establece que el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una menor de edad que tiene entre diez y menos de catorce años de edad menor de edad será sancionado con pena no menor de treinta años de privación de libertad.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

1.8. El artículo trescientos noventa y cuatro del Código Procesal Penal establece que la sentencia deberá contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique, así como la precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

1.9. El inciso cinco del artículo cuatrocientos veintidós del citado Código establece que también serán citados aquellos testigos – incluidos los agraviados– que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.

1.10. El inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del indicado Código regula el procedimiento de valoración de la prueba por la Superior en segunda instancia.

1.11. El artículo ciento treinta y seis del mismo Código establece el contenido del expediente judicial.

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO.-

2.1. Se imputa que el día tres de enero de dos mil once aproximadamente a las veintitrés horas en circunstancias que la menor agraviada se encontraba jugando en la parte externa de su



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

domicilio, el sentenciado la invitó a subir a su vehículo "mototaxi" para supuestamente llevarla a pasear y al demorar en retornar, su prima comunicó el hecho a la madre, quien inició su búsqueda. Al ubicar el vehículo observó movimiento dentro del mismo a pesar que se encontraba estacionado y al abrir la puerta se encontró al procesado sosteniendo relaciones sexuales con la menor agraviada, quien contaba en ese momento con trece años de edad y sufría retardo mental.

2.2. La defensa del sentenciado argumenta en su recurso de casación la vulneración al principio de presunción de inocencia; sobre este particular, se debe indicar que la presunción de inocencia constituye un derecho del procesado y una de las bases del proceso penal moderno, el que exige que a través de las pruebas aportadas durante el proceso se deba demostrar con cierto grado de certeza la materialización de la imputación penal efectuada contra el imputado.

2.3. La declaración de certeza ha de centrarse no sólo en la declaración que el hecho imputado ocurrió, sino en que éste puede ser atribuido al acusado y que las pruebas demuestren su responsabilidad.

2.4. Tanto en la resolución de primera, como de segunda instancia se efectuaron desarrollos respecto al acerbo probatorio que permitió establecer la responsabilidad penal del procesado; así la decisión condenatoria se sustenta en los testimonios, en el examen a peritos y en las documentales debatidas durante el juicio oral.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 47-2012
SULLANA

2.5. Por su parte, los planteamientos respecto a la presencia de un error de tipo en la conducta no se condicen con la base que fundamenta la presunción de inocencia dado que ambas categorías se enfocan en cuestiones diferentes, la presunción de inocencia tiene que ver en principio con la prueba y la calidad de prueba que se desarrolla durante el proceso, mientras que el error de tipo se relaciona con la configuración del tipo penal y el conocimiento de los elementos que lo integran.

2.6. Con relación a la presencia de alguna clase de error en la conducta, cabe indicar que la decisión de primera instancia evaluó las testimoniales producidas durante el juicio, para descartar un posible desconocimiento respecto del leve retardo mental que sufre la agraviada, concluyéndose que el mismo era evidente; esta evaluación permite también concluir que en la evaluación de los hechos no observó en la conducta imputada ninguna clase de error respecto de la edad víctima, situación que ha sido declarada en la sentencia de vista cuestionada.

2.7. No existe por tanto vulneración a la presunción de inocencia como derecho constitucionalmente protegido y a ello se agrega que la casación no constituye una tercera instancia de reevaluación de prueba, tanto más que no planteó en el juicio de apelación la actuación de medios como corresponde (numeral cinco del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal).

2.8. Con relación a la calificación jurídica de los hechos efectuada en la sentencia de vista que propuso el segundo párrafo del artículo



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 47-2012
SULLANA

ciento setenta y tres del Código Penal, corresponde precisar que en el caso de violaciones sexuales en agravio de menores de catorce años de edad, desde la óptica del bien jurídico protegido se tiene que en ellos se protege la indemnidad sexual, lo que lleva a sancionar las relaciones sexuales, sin importar el consentimiento, dado que desde la perspectiva legal, éstos menores no tienen capacidad de disposición de su libertad sexual.

2.9. Por su parte los extremos regulados en el artículo ciento setenta y dos efectúan una agravación de la conducta de agresión en razón de ciertas calidades particulares de las víctimas, que ostentan la posibilidad de disposición de su sexualidad, que se ve truncada por sufrir una anomalía psíquica, una grave alteración de la conciencia, retardo mental o que por hallarse en incapacidad de resistir, resultan abusivamente sometidas (el sometimiento es contrario a la libre aceptación).

2.10. Así las cosas el propio Código dentro de su estructura ha separado claramente los delitos de abuso sexual cometidos contra personas con la posibilidad de disposición de su libertad sexual de manera positiva o negativa (artículos ciento setenta, ciento setenta y uno y ciento setenta y dos del Código Penal), de los abusos en agravio de menores de edad sin dicha capacidad (artículo ciento setenta y tres).

2.11. En concordancia con lo indicado tomando como base el principio de legalidad, corresponde subsumir adecuadamente las conductas al tipo penal más específico para evitar cualquier



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

vulneración de derechos. Por ello, toda violación sexual de personas menores de catorce años de edad deberá según corresponda ser tipificada dentro de los alcances del artículo ciento setenta y tres, y la sanción debe medirse dentro de aquella escala punitiva, que establece el mayor desvalor de estas conductas.

2.12. De la revisión del expediente judicial no se evidencia inobservancia a la garantía constitucional de la presunción de inocencia en el pronunciamiento de la Sala Superior Penal.

2.13. Con relación a la prohibición de otorgamiento de diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por parte de la Sala Superior, ésta precisamente se enmarca dentro la relación directa del juzgador con la fuente de prueba, por ello, el Código impide a la Sala que no presencié directamente la obtención de la prueba personal, valorarla de manera diferente, más aún si no fue cuestionada por ninguna de las partes durante el desarrollo de la audiencia de apelación, por lo que el pronunciamiento Superior se encuentra conforme la norma procesal sin vulnerar ningún derecho constitucional.

2.14. Finalmente, cabe indicar que conforme se establece en el artículo ciento treinta y seis del Código Procesal Penal, una vez dictado el auto de citación a juicio se debe formar el expediente judicial, denominado también cuaderno de debate, el cual debe contener los actuados necesarios que permitan materializar el juicio, entre ellas por ejemplo las documentales ofrecidas por las partes.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 47-2012

SULLANA

La formación de dicho expediente judicial en este caso ha sido defectuosa, por lo que corresponde instar para que se proceda conforme se establece en el Código Adjetivo.

DECISIÓN

Por todo ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDAMOS:**

I. DECLARAR INFUNDADO el recurso el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del procesado Jhony Javier Malacatos Aguilar respecto de sentencia de vista de catorce de diciembre de 2011, emitida por la Sala Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Sullana (folios ciento dos a ciento once) que confirmó la sentencia de quince de septiembre de dos mil once (folios treinta y siete a cuarenta y cuatro) y la revocó sólo en el extremo que tipificó los hechos imputados en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal y por tanto, condenó a don Jhony Javier Malacatos Aguilar como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de catorce años de edad, previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal en agravio de la menor de iniciales J.P.LC. y como a tal le impuso doce años de pena privativa de la libertad, dispuso que el sentenciado



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 47-2012
SULLANA

reciba tratamiento terapéutico y fijó en tres mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

II. INSTAR a los órganos jurisdiccionales a proceder conforme lo establece el artículo ciento treinta y seis del Código Procesal Penal en lo referido a la formación del expediente judicial, conforme la parte considerativa de la presente Sentencia.

III. DISPONER que la presente sentencia casatoria sea lea en audiencia privada por la Secretaría de esta Suprema Sala penal, y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia incluso a los no recurrentes.

IV. MANDAR que cumplidos éstos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive le cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Rozas Escalante por licencia de la señora jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
ROZAS ESCALANTE

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

14 NOV 2013

12