

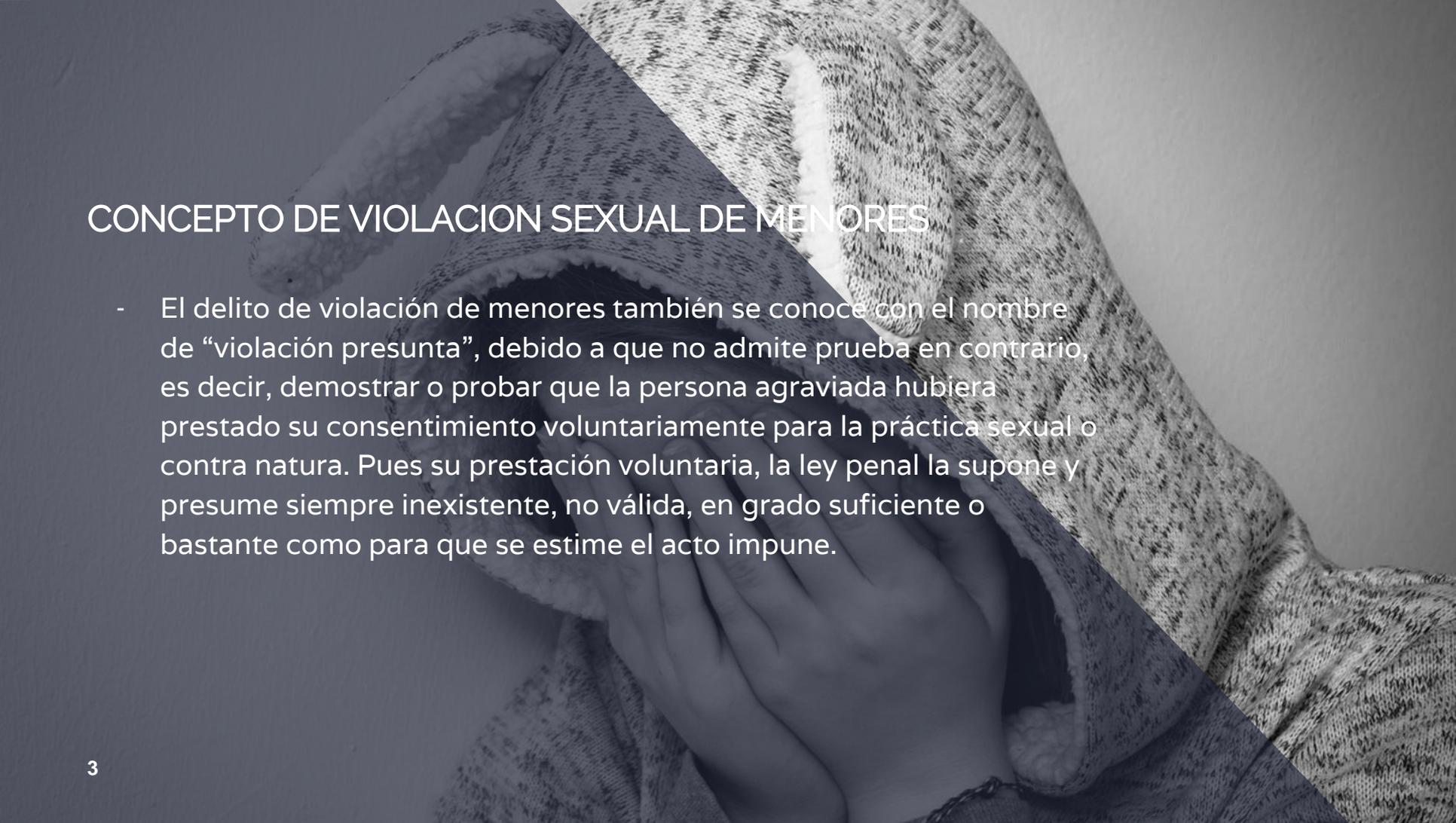


# Protección de niño, niña y adolescente víctimas de violación sexual

Dra. Gianina Rosa Tapia Vivas

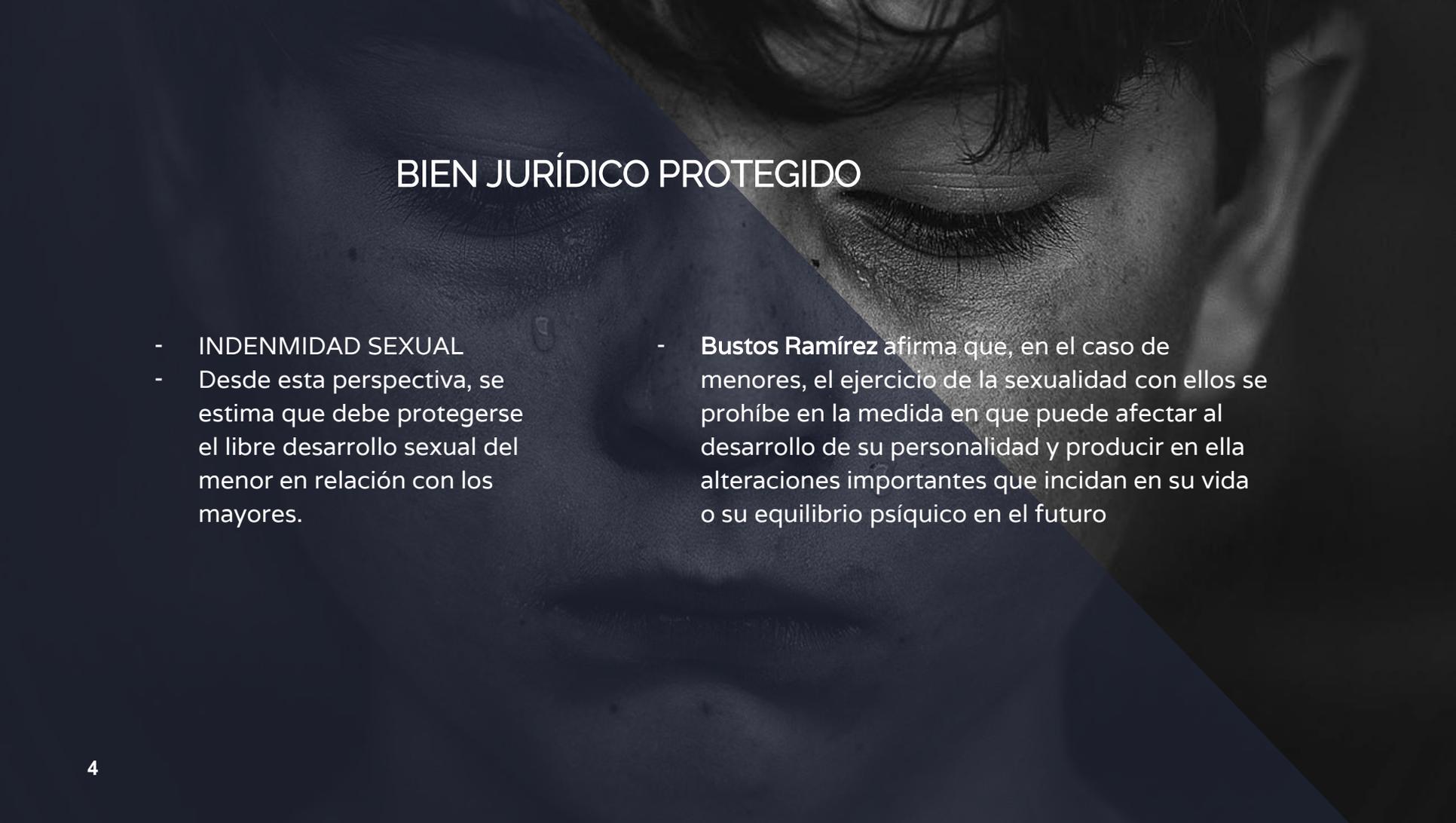
## NORMATIVIDAD PENAL : ART 173 DEL CÓDIGO PENAL

- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
  - 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
  - 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.
- En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.



## CONCEPTO DE VIOLACION SEXUAL DE MENORES

- El delito de violación de menores también se conoce con el nombre de “violación presunta”, debido a que no admite prueba en contrario, es decir, demostrar o probar que la persona agraviada hubiera prestado su consentimiento voluntariamente para la práctica sexual o contra natura. Pues su prestación voluntaria, la ley penal la supone y presume siempre inexistente, no válida, en grado suficiente o bastante como para que se estime el acto impune.



## BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- INDENMIDAD SEXUAL
- Desde esta perspectiva, se estima que debe protegerse el libre desarrollo sexual del menor en relación con los mayores.
- **Bustos Ramírez** afirma que, en el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro

# TIPICIDAD

## OBJETIVA

**Sujeto activo**.- De acuerdo a la dogmática jurídica de nuestra actual norma, el sujeto activo podrá ser el hombre o la mujer, mayor de dieciocho años;

**Sujeto pasivo**.- Es el menor de catorce años hombre o mujer; y

**Conducta**.- Consiste en practicar el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal u otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías, con un menor de catorce años de edad.

La noción de objeto debe incluir todo aquel objeto que reúna condiciones para ser apto para un ejercicio de sexualidad. Con relación al acto análogo, de acuerdo a la nueva Ley N° 28251, son actos análogos, la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o por vía anal.

## SUBJETIVA

Se requiere necesariamente el dolo.

El sujeto activo actúa con conciencia y voluntad, practicándole el acceso carnal u otros actos análogos a un menor de catorce años.

Puede darse el error de tipo, si el infractor equivocadamente considera que la víctima tiene más de catorce años. Por otro lado, también cabe manifestar que si el sujeto activo no tenía la intención dolosa de practicar el acceso carnal u otro análogo, sino realizar actos deshonestos con engaño constituye este comportamiento el delito de atentado al pudor.

## TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

- Tentativa.- Será factible, siempre que existan inicios de ataque al bien jurídico que la ley protege, por ejemplo: que un sátiro pretenda practicar el acceso carnal a una niña menor de catorce años y sea sorprendido por los padres de la niña en el preciso momento que le estuviera desprendiendo de sus ropas íntimas.
- Consumación.- El delito se consuma con la penetración total o parcial del pene en la vagina, ano, o boca del menor, o realice otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal u anal.

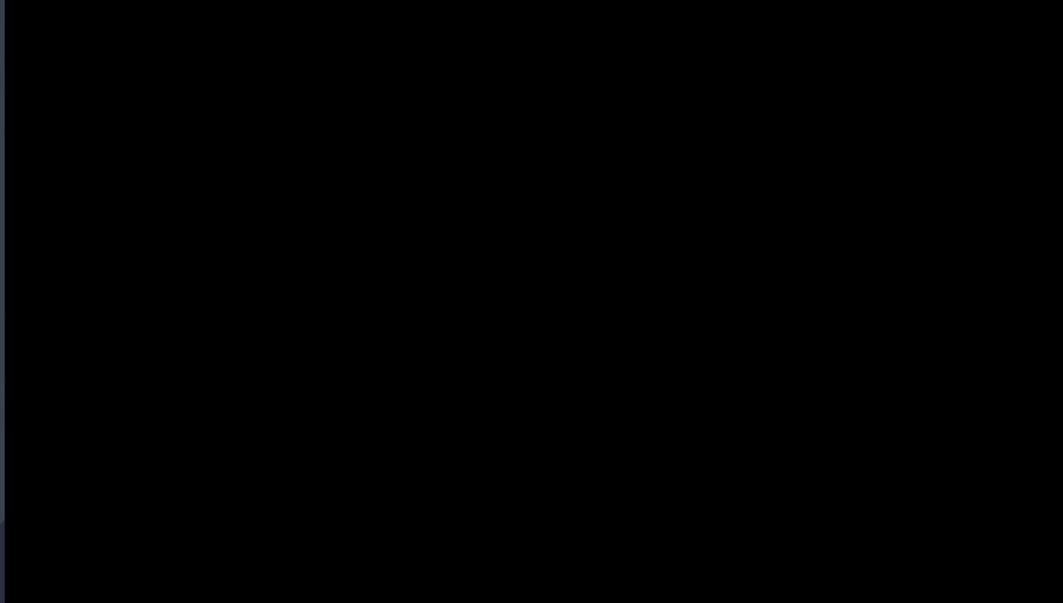
“

# EL FENÓMENO DE LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN EL ABUSO SEXUAL INFANTIL





¿CÓMO SE INVESTIGA UN CASO DE VIOLACIÓN A MENORES?



# OBSTÁCULOS



Se les revictimiza cuando son agraviados por un proceso penal, por ejemplo, el delito de violación sexual, hay lugares en donde no cuentan con **cámaras gesell** y tienen que declarar ante la policía donde reciben malos tratos y tienen que volver a repetir la historia ante otras autoridades



No existe centro de atención psicológica a fin que reciba una terapia por el cuadro que ha atravesado



Cuando son atendidas por la División Médico Legal a veces sufren maltratos por las condiciones de falta de espacio o por el trato del mismo personal médico o técnico



Los procesos son largos en donde no esta vigente el nuevo Código Procesal Penal.



No existe información a los familiares sobre el trámite a seguir o que se espera de la justicia.

No cuentan con asesoramiento de abogado pues carecen de recursos económicos.



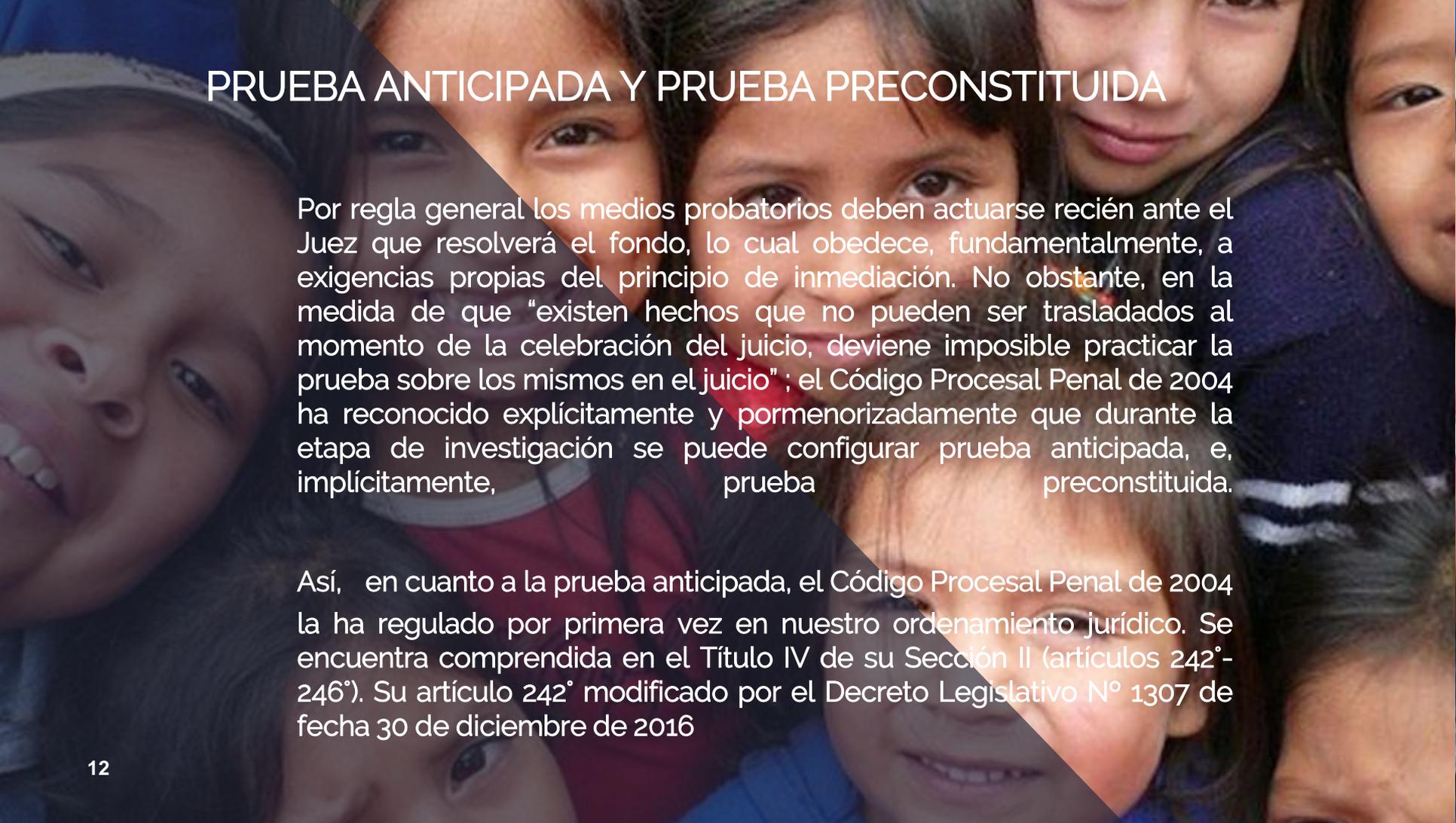
## LA ENTREVISTA ÚNICA DE VÍCTIMAS MENORES DE EDAD EN CÁMARA GESELL O EN SALA ACONDICIONADA

- En materia de víctimas menores de edad de delitos en general y de delitos sexuales en particular, *el Código Procesal Penal de 2004* ofrece una serie de procedimientos o figuras procesales que coadyuvan a la eficacia, eficiencia y a la protección de derechos de los menores víctimas.

- Para la eficacia de la entrevista única se emitió 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”, el cual se aprobó mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, del 11 de setiembre de 2016, en mérito a lo dispuesto por la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” (Ley N° 30364, del 23 de noviembre de 2015), derogando asimismo la “Guía de procedimiento para la entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”, aprobada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1247-2012-MP-FN, del 23 de mayo de 2012.

# PROCEDIMIENTO

- El objetivo principal es brindar a los operadores del Ministerio Público una herramienta de trabajo que les permita aplicar el 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, con el objeto de evitar su revictimización, la cual tiene la calidad de prueba preconstituída.
- Ha sido desarrollada bajo los enfoques de Derechos, Género, Interculturalidad e Inclusión, y a la luz del Nuevo Código Procesal Penal.
- La entrevista única es dirigida por el Juez de Familia, Fiscal Penal, el Fiscal de Familia o el Fiscal Mixto, según corresponda,  
La entrevista única es realizada por el psicólogo.  
El procedimiento de entrevista única consta de tres etapas: a) Etapa Previa; b) Etapa de Entrevista Única; y c) Etapa Posterior



## PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA

Por regla general los medios probatorios deben actuarse recién ante el Juez que resolverá el fondo, lo cual obedece, fundamentalmente, a exigencias propias del principio de inmediación. No obstante, en la medida de que “existen hechos que no pueden ser trasladados al momento de la celebración del juicio, deviene imposible practicar la prueba sobre los mismos en el juicio”; el Código Procesal Penal de 2004 ha reconocido explícitamente y pormenorizadamente que durante la etapa de investigación se puede configurar prueba anticipada, e, implícitamente, prueba preconstituida.

Así, en cuanto a la prueba anticipada, el Código Procesal Penal de 2004 la ha regulado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Se encuentra comprendida en el Título IV de su Sección II (artículos 242°-246°). Su artículo 242° modificado por el Decreto Legislativo N° 1307 de fecha 30 de diciembre de 2016

“

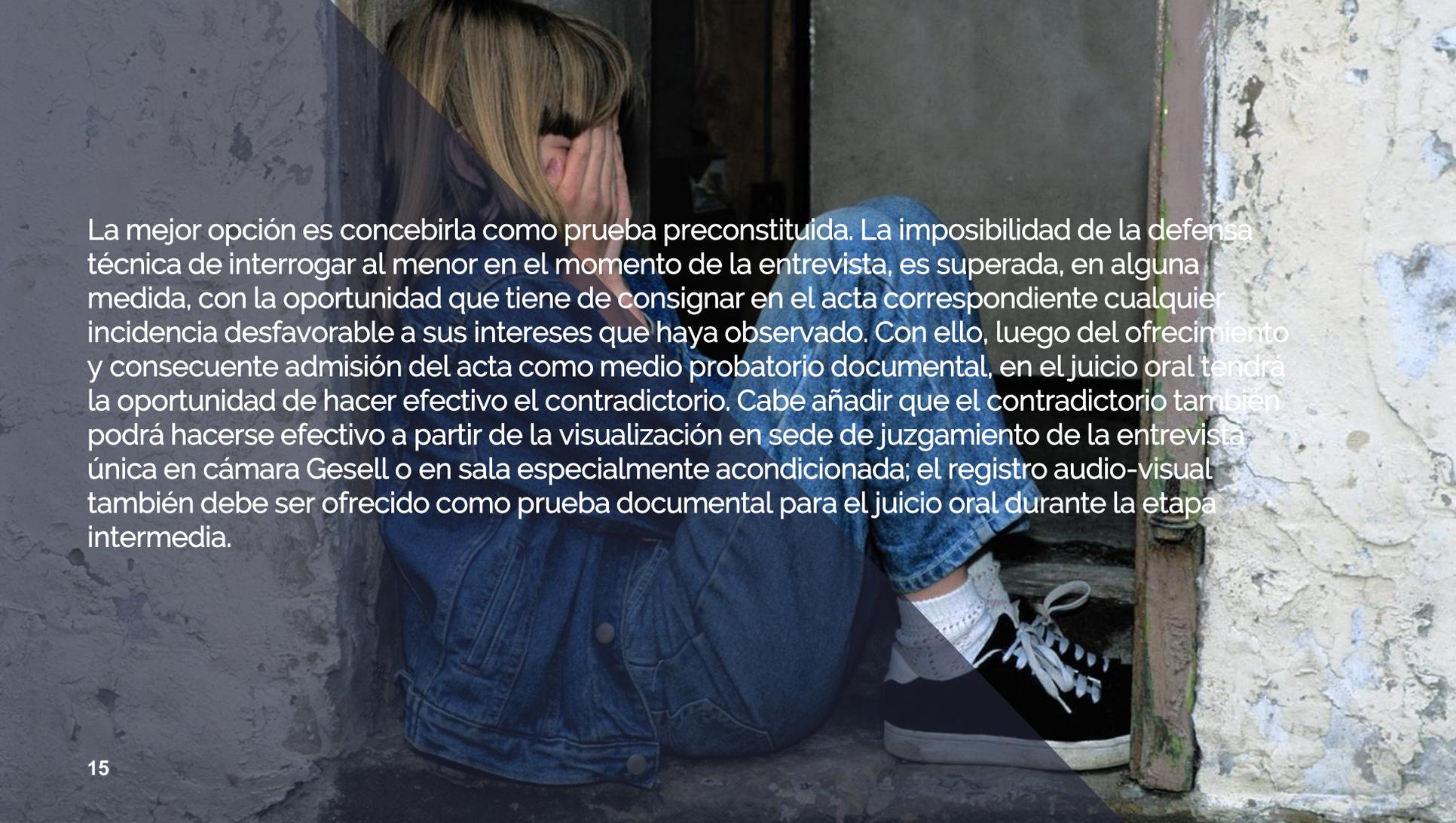
- En lo que respecta a la prueba preconstituida, el Código Procesal Penal de 2004 no brinda un tratamiento pormenorizado. No obstante, a partir de sus artículos 325 ° y 383 ° .1. d) y e) se desprende que el legislador sí ha pensado en la incorporación de la misma a nuestro ordenamiento jurídico.
- En sustancia, la prueba anticipada es aquella que se actúa fuera del juzgamiento, exactamente en un momento anterior al mismo, lo cual obedece al riesgo de que un determinado elemento probatorio se pierda o cuando es ostensible que dicho elemento no podrá ser actuado en sede de juzgamiento.

## ENTREVISTA ÚNICA



La actual guía hace alusión que la entrevista única tiene la calidad de prueba preconstituida, en concordancia con el artículo 19 de la Ley 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

El artículo 242 del Código Procesal Penal, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1307 publicado el 30 de diciembre de 2016, en la que establece los supuestos de prueba anticipada durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, y comprende la declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos 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, establece asimismo que 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, asimismo que las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la re victimización de los agraviados.

A young girl with blonde hair is sitting on the floor in a corner, covering her face with her hand. She is wearing a blue denim jacket and blue jeans. The background is a rough, textured wall. The text is overlaid on the image.

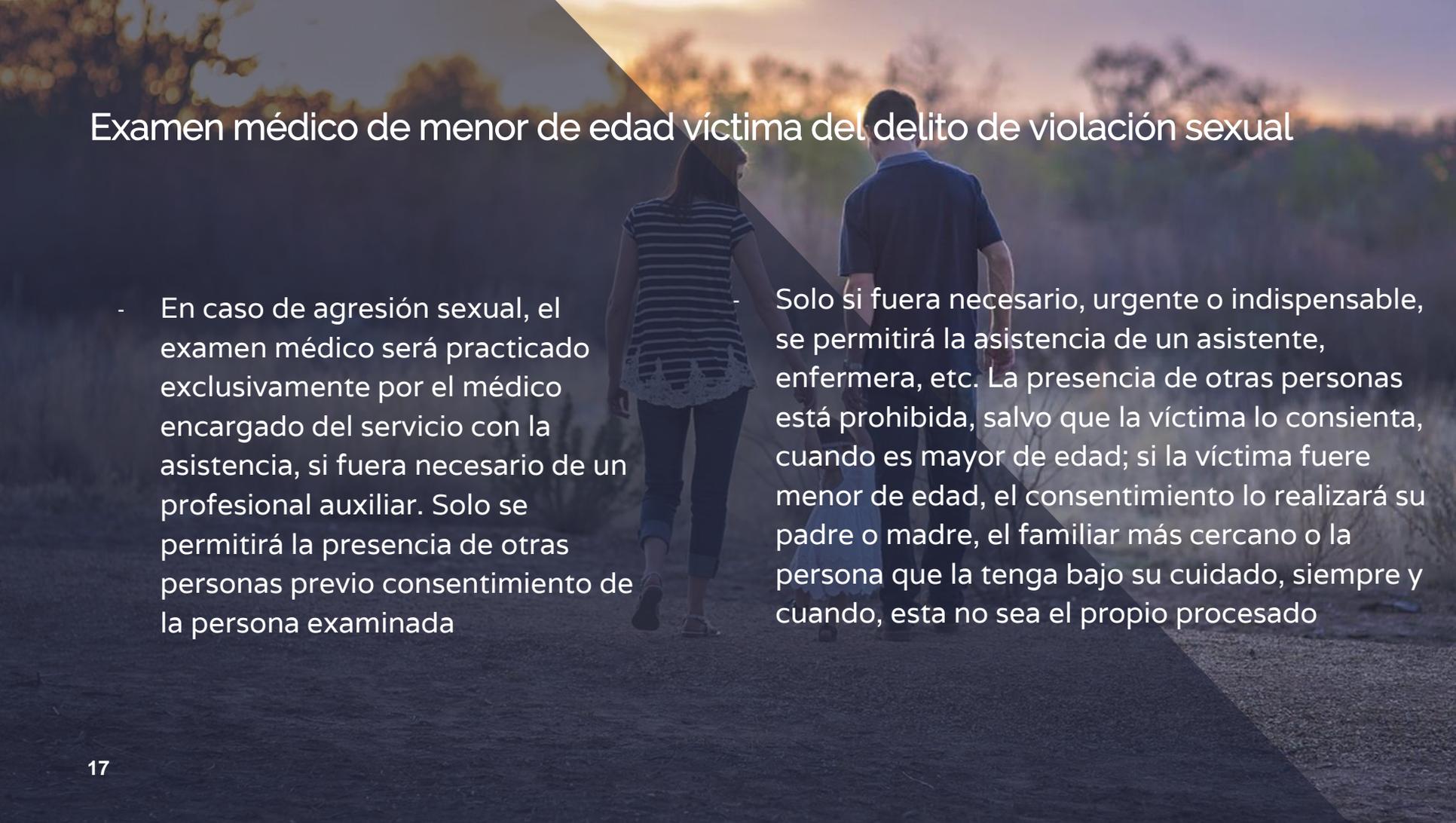
La mejor opción es concebirla como prueba preconstituida. La imposibilidad de la defensa técnica de interrogar al menor en el momento de la entrevista, es superada, en alguna medida, con la oportunidad que tiene de consignar en el acta correspondiente cualquier incidencia desfavorable a sus intereses que haya observado. Con ello, luego del ofrecimiento y consecuente admisión del acta como medio probatorio documental, en el juicio oral tendrá la oportunidad de hacer efectivo el contradictorio. Cabe añadir que el contradictorio también podrá hacerse efectivo a partir de la visualización en sede de juzgamiento de la entrevista única en cámara Gesell o en sala especialmente acondicionada; el registro audio-visual también debe ser ofrecido como prueba documental para el juicio oral durante la etapa intermedia.

## Participación de menor de edad víctima de delito de violación sexual en inspección judicial o reconstrucción

El Código Procesal Penal de 2004 lo regula. La primera “tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas” (artículo 192º.2). En tanto que la reconstrucción del hecho “tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas. Ambas diligencias “son ordenadas por el Juez o por el Fiscal durante la investigación preparatoria” (artículo 192º.1).

- En lo que respecta a la participación de menores de edad víctimas de delito de violación sexual en dichas diligencias, se establece que “en los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación” (artículo 194º.3).

## Examen médico de menor de edad víctima del delito de violación sexual

A couple is walking away from the camera on a path during sunset. The woman is on the left, wearing a striped shirt and dark pants. The man is on the right, wearing a dark blue polo shirt and dark pants. They are holding hands. The background shows trees and a bright sunset sky.

- En caso de agresión sexual, el examen médico será practicado exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia, si fuera necesario de un profesional auxiliar. Solo se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la persona examinada
- Solo si fuera necesario, urgente o indispensable, se permitirá la asistencia de un asistente, enfermera, etc. La presencia de otras personas está prohibida, salvo que la víctima lo consienta, cuando es mayor de edad; si la víctima fuere menor de edad, el consentimiento lo realizará su padre o madre, el familiar más cercano o la persona que la tenga bajo su cuidado, siempre y cuando, esta no sea el propio procesado

## Generales de ley o imágenes de menor de edad víctima del delito de violación sexual en relación a la formación de la carpeta fiscal o del expediente judicial

- Artículo 139º. Prohibición de publicación de la actuación procesal.
- 1. Está prohibida la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la Investigación Preparatoria o la Etapa Intermedia. Asimismo, está prohibida la publicación, incluso parcial, de las actuaciones del juicio oral cuando se producen en los supuestos de privacidad de la audiencia.
- 2. Está prohibida la publicación de las generales de Ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el Juez, en interés exclusivo del menor, permita la publicación.
- 3. Cuando los sujetos procesales y demás participantes en las actuaciones procesales infrinjan esta prohibición, el Fiscal o el Juez, según el caso, están facultados a imponerles una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida. Rige, en lo pertinente los artículos 110 y 111 del Código Procesal Civil.



# Testimonio del menor de edad en sede de juzgamiento

El Código Procesal Penal de 2004 regula como medio de prueba al testimonio. Como una modalidad de testimonio especial el artículo 171º.3 establece lo siguiente:

Artículo 171º. Testimonios especiales.

(...)

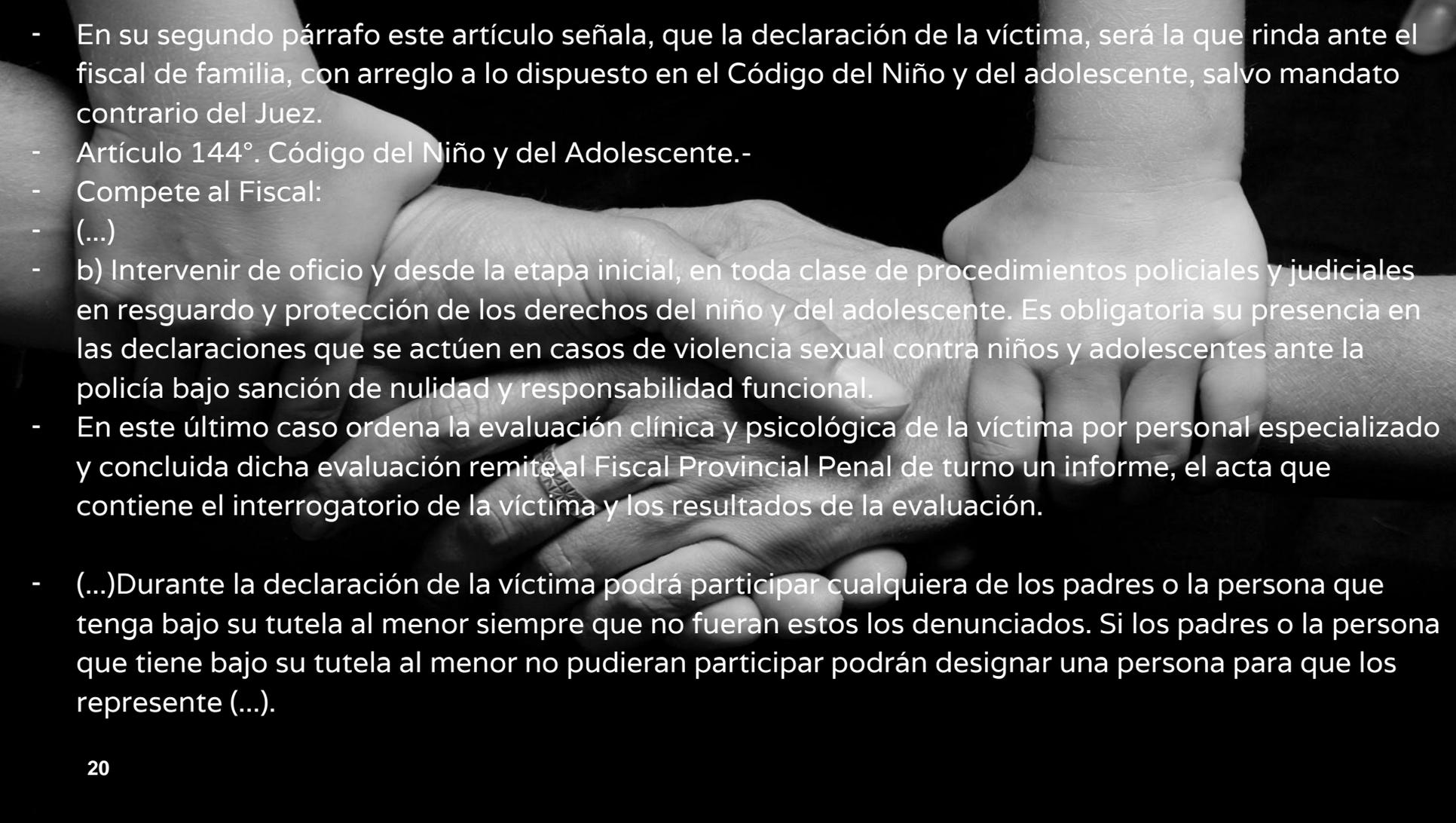
3. Cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo.

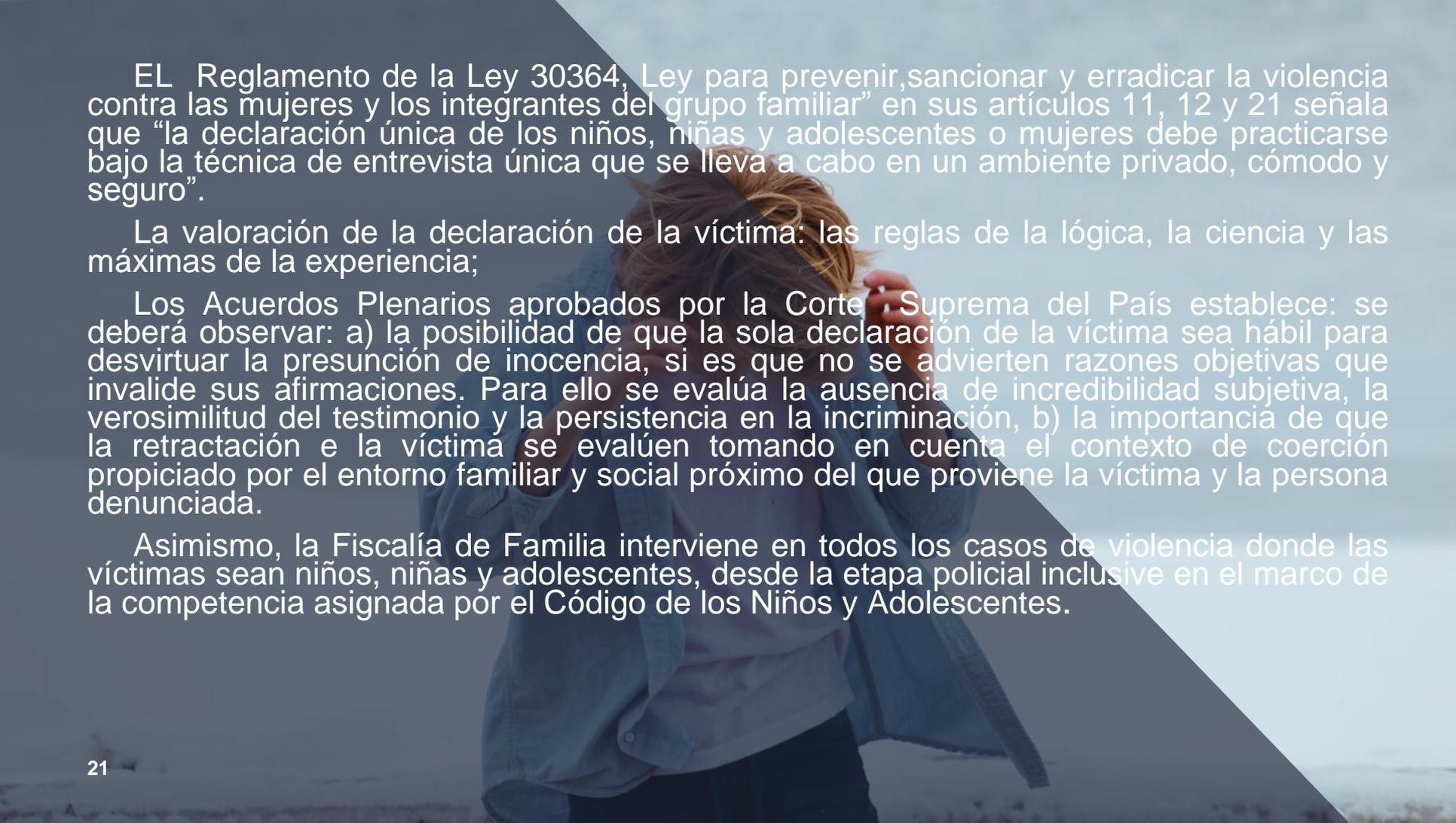
Artículo 143º. Código de Procedimientos Penales.-

(.....)

En los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescente la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del Juez.

(....)

- 
- En su segundo párrafo este artículo señala, que la declaración de la víctima, será la que rinda ante el fiscal de familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código del Niño y del adolescente, salvo mandato contrario del Juez.
  - Artículo 144°. Código del Niño y del Adolescente.-
  - Compete al Fiscal:
    - (...)
    - b) Intervenir de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente. Es obligatoria su presencia en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes ante la policía bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional.
  - En este último caso ordena la evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal especializado y concluida dicha evaluación remite al Fiscal Provincial Penal de turno un informe, el acta que contiene el interrogatorio de la víctima y los resultados de la evaluación.
  - (...)Durante la declaración de la víctima podrá participar cualquiera de los padres o la persona que tenga bajo su tutela al menor siempre que no fueran estos los denunciados. Si los padres o la persona que tiene bajo su tutela al menor no pudieran participar podrán designar una persona para que los represente (...).



EL Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” en sus artículos 11, 12 y 21 señala que “la declaración única de los niños, niñas y adolescentes o mujeres debe practicarse bajo la técnica de entrevista única que se lleva a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro”.

La valoración de la declaración de la víctima: las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia;

Los Acuerdos Plenarios aprobados por la Corte Suprema del País establece: se deberá observar: a) la posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invalide sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredulidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación, b) la importancia de que la retractación e la víctima se evalúen tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.

Asimismo, la Fiscalía de Familia interviene en todos los casos de violencia donde las víctimas sean niños, niñas y adolescentes, desde la etapa policial inclusive en el marco de la competencia asignada por el Código de los Niños y Adolescentes.

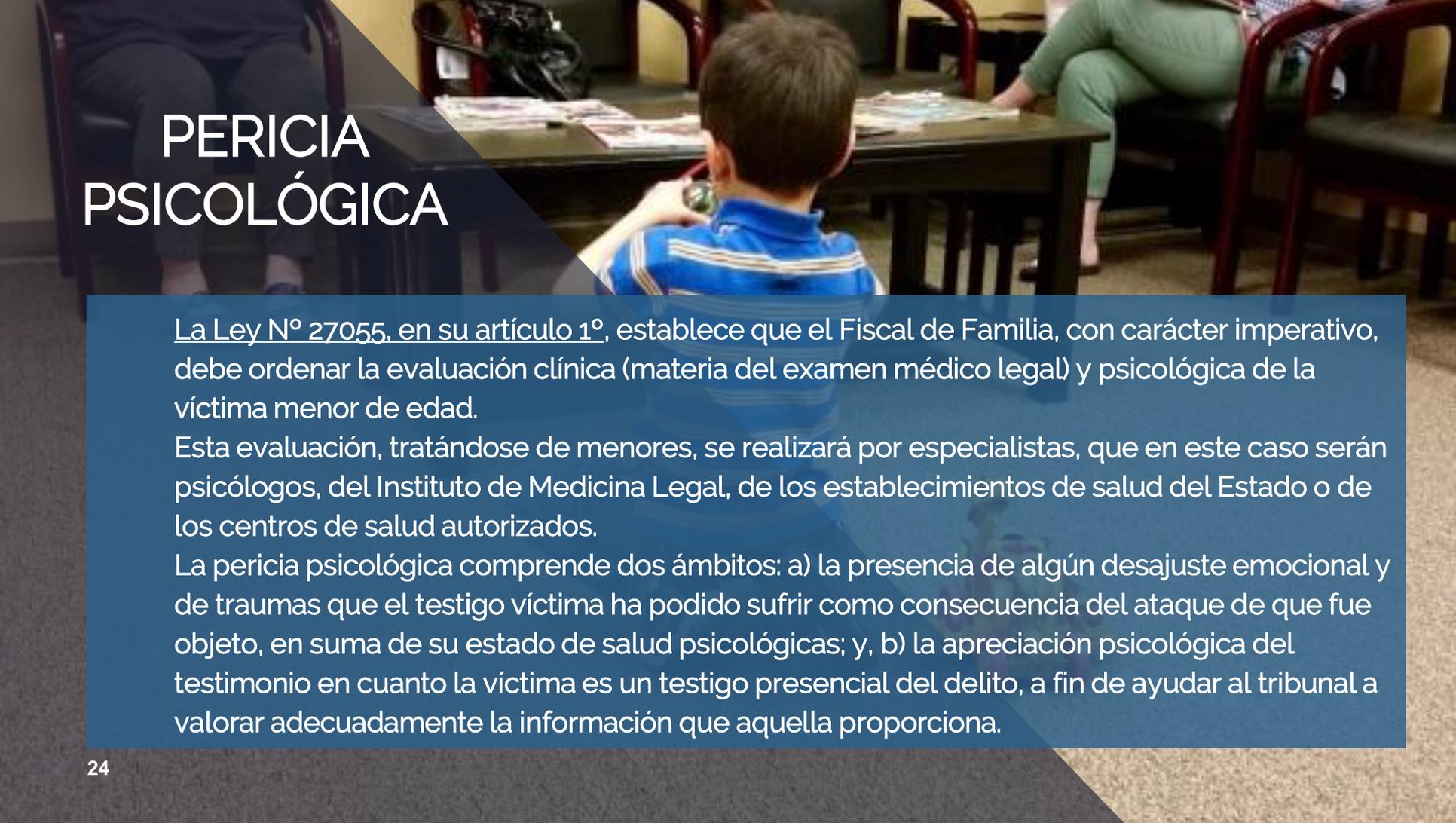
## CONFRONTACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

- El artículo 182 del Código Procesal Penal, señala que cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado, surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos, se realizara el careo. De igual manera procede el careo entre agraviados o entre testigos o estos con los primeros. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.
- El artículo 194 del Código Procesal Penal establece que en “los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad o de las víctimas que puedan ser afectadas psicológicamente con su participación”.

# PERICIA MEDICO LEGAL

Artículo 3º. Ley 27055. Del examen y de los certificados.- Para el examen médico legal del niño o adolescente de violencia sexual: el Fiscal de Familia podrá recurrir al Instituto de Medicina Legal, a los establecimientos de salud del Estado, y a los centros de Salud Autorizados. Los certificados que expidan los médicos de los establecimientos en mención, tienen valor probatorio del estado de salud física y mental en los citados procesos. La expedición de los certificados médicos y la consulta que lo origina son gratuitas.

Esta extensión de las instituciones públicas para la atención de los certificados ha sido prevista en el artículo 26 de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar refiriendo que los certificados de salud física y mental que expidan los médicos de los establecimientos públicos de salud de los diferentes sectores e instituciones del Estado y niveles de gobierno, tienen valor probatorio acerca del estado de salud física y mental en los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Igual valor tienen los certificados expedidos por los centros de salud parroquiales y los establecimientos privados cuyo funcionamiento se encuentre autorizado por el Ministerio de Salud. Los certificados correspondientes de calificación del daño físico y psíquico de la víctima deben ser acordes con los parámetros médico-legales del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público.



# PERICIA PSICOLÓGICA

La Ley N° 27055, en su artículo 1º, establece que el Fiscal de Familia, con carácter imperativo, debe ordenar la evaluación clínica (materia del examen médico legal) y psicológica de la víctima menor de edad.

Esta evaluación, tratándose de menores, se realizará por especialistas, que en este caso serán psicólogos, del Instituto de Medicina Legal, de los establecimientos de salud del Estado o de los centros de salud autorizados.

La pericia psicológica comprende dos ámbitos: a) la presencia de algún desajuste emocional y de traumas que el testigo víctima ha podido sufrir como consecuencia del ataque de que fue objeto, en suma de su estado de salud psicológicas; y, b) la apreciación psicológica del testimonio en cuanto la víctima es un testigo presencial del delito, a fin de ayudar al tribunal a valorar adecuadamente la información que aquella proporciona.

# ACUERDO PLENARIO 2-2005 /CJ-116

"10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

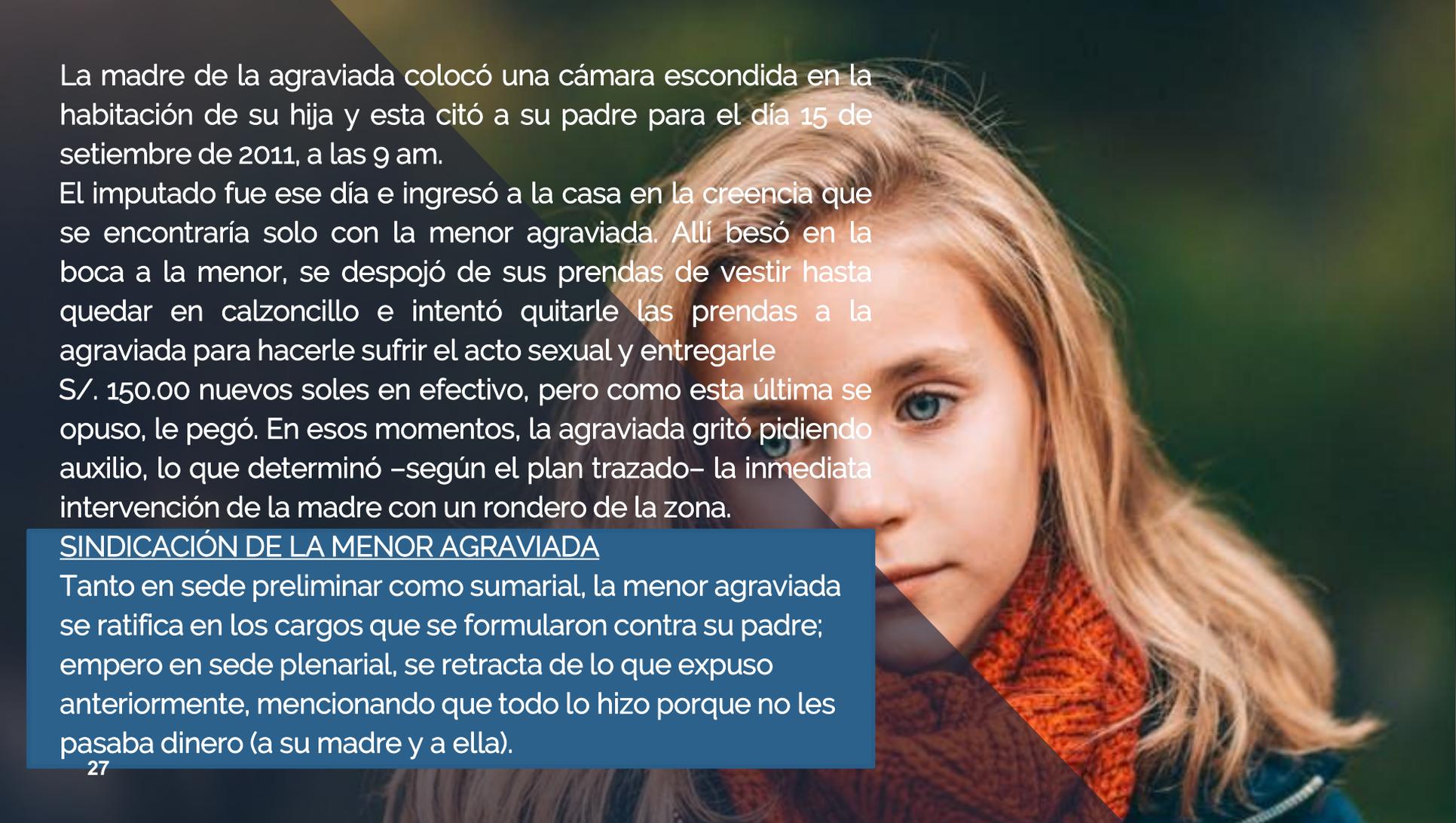
- a) Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la declaración, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior".

Debe advertirse que dicho Acuerdo Plenario no es de aplicación exclusiva para delitos sexuales.

## EJECUTORIA SUPREMA RECAÍDA EN EL R. N. N° 1640-2013/ DEL SANTA, DE FECHA 10 DE DICIEMBRE DE 2013, EMITIDA POR LA SALA PENAL TRANSITORIA

### HECHO IMPUTADO

- El encausado Fidel Honorio León Mejía de 52 años de edad, padre de la menor agraviada de iniciales M. V. L. A. de 13 años de edad, reiteradamente venía, desde hacía un año atrás, tocando a la agraviada en sus senos y partes íntimas, le daba propinas y regalos excesivos, a la vez que la acosaba pidiéndole que sea su mujer – el imputado no vivía con la agraviada y su madre, sino que tenía otro hogar constituido y aprovechaba las veces que concurría al domicilio donde vivía su hija para acosarla–.
- La actitud del imputado produjo sospechas en la madre de la víctima, Esther Domitila Alvinagorta Urquiaga, quien incluso observó en el celular de su hija mensajes eróticos provenientes del celular del encausado León Mejía. Cuando la madre de la agraviada preguntó a su hija por lo que estaba sucediendo, la menor Le dijo lo que sufría e incluso que su padre le proponía tener relaciones sexuales. La madre dio cuenta de lo que se enteró a su hermana Yolanda Noemí Alvinagorta Urquiaga, quien denunció lo ocurrido el día 8 de setiembre de 2011. La madre de la agraviada, a fin de agenciarse de pruebas objetivas, decidió grabar lo que hacía el imputado, siempre con la anuencia de su hija, por lo que se llegó a enterar de las propuestas que el imputado le hacía y que le proponía fijar una fecha para tener relaciones sexuales y que sea su mujer.



La madre de la agraviada colocó una cámara escondida en la habitación de su hija y esta citó a su padre para el día 15 de setiembre de 2011, a las 9 am.

El imputado fue ese día e ingresó a la casa en la creencia que se encontraría solo con la menor agraviada. Allí besó en la boca a la menor, se despojó de sus prendas de vestir hasta quedar en calzoncillo e intentó quitarle las prendas a la agraviada para hacerle sufrir el acto sexual y entregarle

S/. 150.00 nuevos soles en efectivo, pero como esta última se opuso, le pegó. En esos momentos, la agraviada gritó pidiendo auxilio, lo que determinó –según el plan trazado– la inmediata intervención de la madre con un rondero de la zona.

#### SINDICACIÓN DE LA MENOR AGRAVIADA

Tanto en sede preliminar como sumarial, la menor agraviada se ratifica en los cargos que se formularon contra su padre; empero en sede plenarial, se retracta de lo que expuso anteriormente, mencionando que todo lo hizo porque no les pasaba dinero (a su madre y a ella).

## ELEMENTOS PROBATORIOS EN RELACIÓN A LA MATERIALIDAD DEL DELITO

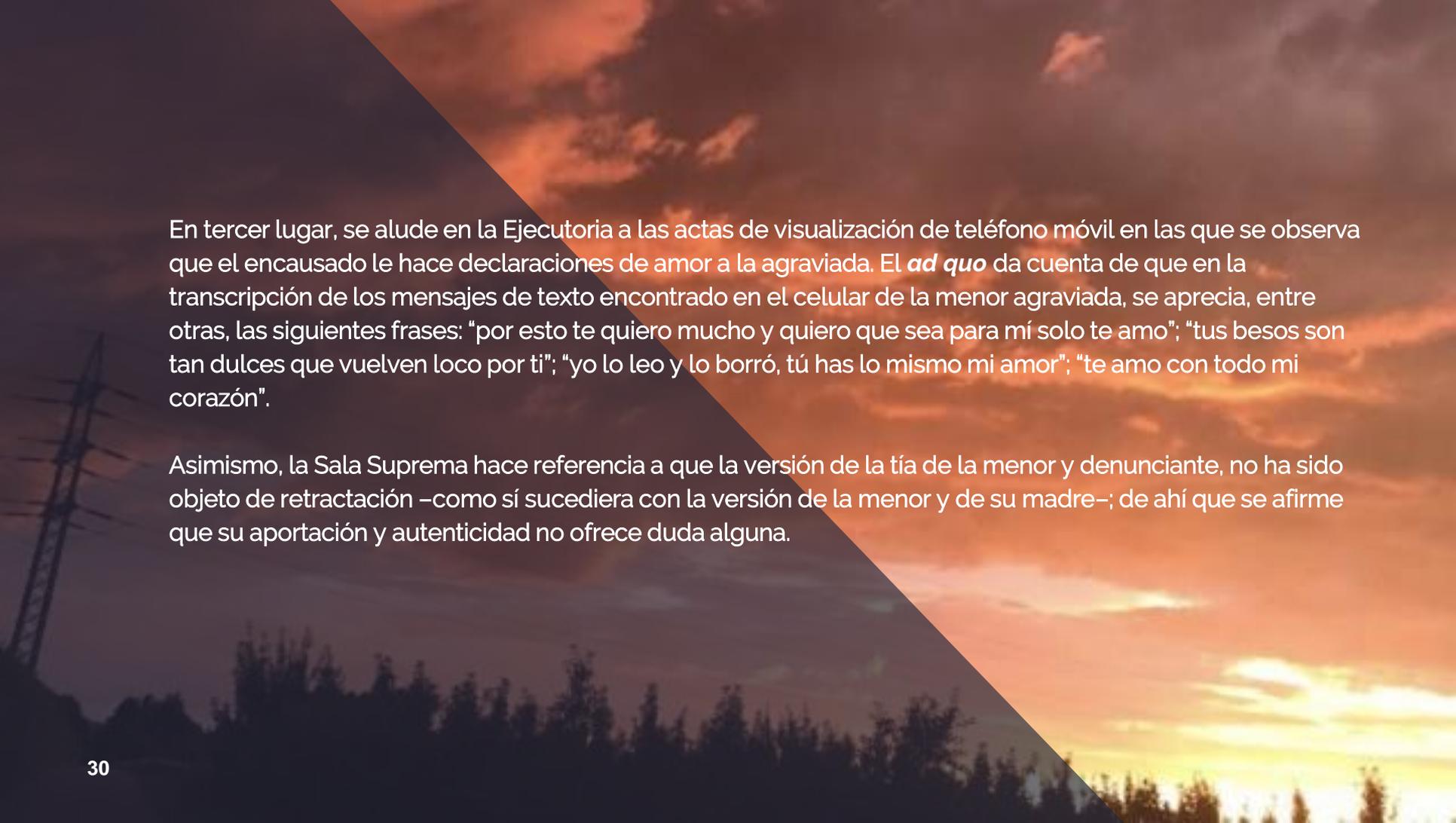
Al tratarse de un delito que se realiza en grado de tentativa no es necesario y no se hace referencia en la Ejecutoria al Certificado Médico Legal de la menor agraviada. Sí se hace referencia a la pericia psicológica practicada a la menor agraviada, en la cual se consigna que la menor evidenció algunas experiencias negativas en el área sexual; de lo cual, se depende que con dicho medio probatorio, de alguna manera, se acredita la materialidad del delito.

## ELEMENTOS PROBATORIOS Y CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DEL ACUSADO

A criterio de la Sala Suprema, sí se encuentra acreditada la responsabilidad penal del acusado en el presente caso, por lo siguiente:

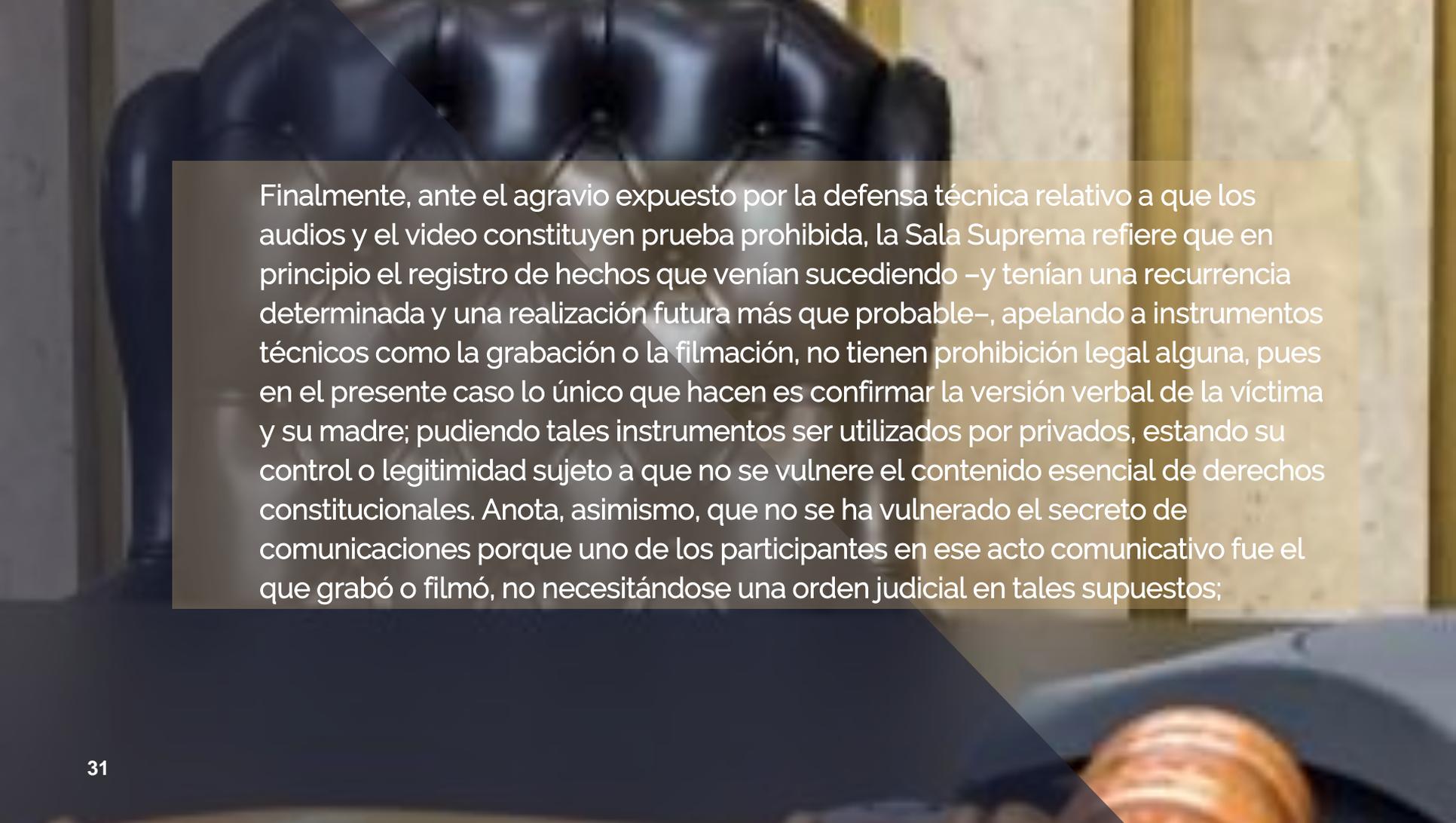
medios de prueba de carácter documental relativos a registros audiovisuales y de solo audio, En primer lugar al acta de visualización de video que da cuenta de lo sucedido en la mañana del 15 de setiembre de 2011 al interior de la habitación de la menor agraviada. Según el *ad quo*, que visualizara el video durante el juicio oral, en el video se aprecia que el imputado besa los labios de su menor hija, se abalanza sobre ella, le entrega dinero, se desnuda hasta quedar solo en calzoncillos, le quita las zapatillas a su hija, intenta quitarle el pantalón y ante su negativa le reclama, volviendo a intentar quitarle la ropa, para finalmente agredirla cuando esta se vuelve a negar; observándose en todo momento erecto el pene del acusado. En segundo lugar, se consigna el acta de audiencia de audición. El *ad quo* destaca de dicha acta –que corresponde a la transcripción de las grabaciones que realizara la menor y su madre, respecto a conversaciones que tuvo la agraviada con su padre– lo siguiente:

“Lo que pienso de ti, es que si tú me aceptas, yo tengo necesidad de tener una mujer como hombre, porque en mi casa a mi mujer lo han operado (...) que como hija te daré lo que pueda, más o menos, pero como hija, pareja y mujer te daré el doble, como hija te daré una ropa, un zapato, tus útiles y 20 soles, pero como pareja aparte de esto te voy a abrir una cuenta en el banco para que tengas disponible tu dinero, para que no estés buscando marido, una cuenta de dos mil soles”; “lo que a tu mamá y a mi mujer le he dado, a ti te voy a dar todo, amor, dinero, todo para ti nomas”; “mami te quiero mucho, quiero estar una noche contigo, ese cuarto de abajo lo voy a hacer para ti”; “en la calle no puede ser, tiene que ser en la casa, porque no pueden decir, porque he entrado, porque soy tu papá, y si tu mamá me encuentra, normal, porque yo estoy allí”; “otro día podría ser en la calle”; “te quiero mucho, quiero hacerte el amor”;



En tercer lugar, se alude en la Ejecutoria a las actas de visualización de teléfono móvil en las que se observa que el encausado le hace declaraciones de amor a la agraviada. El *ad quo* da cuenta de que en la transcripción de los mensajes de texto encontrado en el celular de la menor agraviada, se aprecia, entre otras, las siguientes frases: “por esto te quiero mucho y quiero que sea para mí solo te amo”; “tus besos son tan dulces que vuelven loco por ti”; “yo lo leo y lo borró, tú has lo mismo mi amor”; “te amo con todo mi corazón”.

Asimismo, la Sala Suprema hace referencia a que la versión de la tía de la menor y denunciante, no ha sido objeto de retractación –como sí sucediera con la versión de la menor y de su madre–; de ahí que se afirme que su aportación y autenticidad no ofrece duda alguna.



Finalmente, ante el agravio expuesto por la defensa técnica relativo a que los audios y el video constituyen prueba prohibida, la Sala Suprema refiere que en principio el registro de hechos que venían sucediendo –y tenían una recurrencia determinada y una realización futura más que probable–, apelando a instrumentos técnicos como la grabación o la filmación, no tienen prohibición legal alguna, pues en el presente caso lo único que hacen es confirmar la versión verbal de la víctima y su madre; pudiendo tales instrumentos ser utilizados por privados, estando su control o legitimidad sujeto a que no se vulnere el contenido esencial de derechos constitucionales. Anota, asimismo, que no se ha vulnerado el secreto de comunicaciones porque uno de los participantes en ese acto comunicativo fue el que grabó o filmó, no necesitándose una orden judicial en tales supuestos;

La naturaleza formal del secreto a las comunicaciones no ha sido vulnerada en tanto que no se ha violado la impenetrabilidad de la comunicación por terceros; que si bien es cierto que desde los derechos constitucionales de naturaleza material, es posible que el registro de una escena grabada o filmada por uno de los participantes del acto comunicativo, sea excluido o resulte inutilizable para fines probatorios; ello está sujeto a que sean vulnerados otros derechos fundamentales, como la intimidad, las reglas deontológicas específicamente protegidas por el Derecho –secreto profesional–, los impedimentos legales de rango supremo o fundamental –secreto de Estado, oficiales o derecho de defensa– o los contratos de confidencialidad –en el que la esencia misma de la relación con su entorno se basa en la reserva de lo que conozca–, que hagan del agente que graba o filma un garante de la reserva comunicativa, en tanto ello presupone la presencia de valores superiores en juego, 'garantías' que no se presentan en este caso; de ahí que no existe reserva comunicativa que importe la necesaria inutilizabilidad de la prueba obtenida. Concluye la Sala Suprema indicando que en el presente caso se estaría ante la figura del 'delito comprobado', que se presenta por lo general en delitos de tracto sucesivo o que tienen principio de ejecución –como sería los intentos u ofrecimiento para el acceso carnal a una menor de edad– lo cual legitima a buscar o allegar prueba en relación a dicha actividad delictiva que se está produciendo y de la que se sospecha, no siendo el agente privado quien busca o genera la comisión del delito; que en el caso de autos la voluntad delictiva del imputado ya se había manifestado y quería violar a su hija a toda costa; que, luego, el engaño para que sea descubierto *in fraganti* no importó una manipulación de su derecho o una coacción para que se decida a violar a su hija en un momento y situación determinada; asumiendo una decisión libre y espontánea.

## DECISIÓN

Por unanimidad se acuerda declarar no haber nulidad en la sentencia del quince de marzo de dos mil trece, que condenó a Fidel Honorio León Mejía como autor del delito de violación sexual tentado de menor de edad, en agravio de M. V. L. A. a veinticinco años de pena privativa de libertad.

### REGLAS DE VALORACIÓN PROBATORIA QUE SE DESPRENDEN DE LA SOLUCIÓN DEL CASO, Y APLICABLES A OTROS SUPUESTOS SEMEJANTES DE DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL

1. No habrá inconveniente alguno en que tales registros sean valorados judicialmente, pues han sido obtenidos legítimamente sin vulneración alguna de contenido esencial de algún derecho constitucional, al haberse encontrado la parte agraviada ante un delito en ciernes o próximo a ejecutarse por un tercero; lo cual está bastante lejos de formar parte de la intimidad personal o de que el menor se encuentre obligado a guardar reserva comunicativa sobre lo sucedido.
2. Al actuarse medios de prueba de singular contundencia acreditativa como son los relativos a registros filmicos o de audio, que corroboran una sindicación; se puede prescindir de la valoración probatoria respecto a si la sindicación cumple con el test o juicio de credibilidad correspondiente al Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116; no surtiendo la retractación efecto alguno.
3. Las celadas efectuadas privadamente, siempre que hayan sido ideadas a partir de haberse evidenciado que el agresor se encontraba decidido a cometer el delito, se encuentran permitidas, así se instrumentalice para la misma a un menor de edad inferior a catorce años; y no han de afectar la valoración judicial de la prueba actuada.

## EJECUTORIA SUPREMA RECAÍDA EN EL R. N. N° 2738-2013/ JUNÍN, DE FECHA 17 DE MARZO DE 2014, EMITIDA POR LA SALA PENAL TRANSITORIA

### HECHO IMPUTADO

Se atribuye al encausado que el día 22 de abril de 2009, en su condición de arrendador de la casa donde vivía la menor agraviada con su madre, ubicada en Zuchetti s/n, parte baja-frente a las gradas que da a la escuela Jerónimo Jiménez, de la ciudad de La Merced, aprovechó que la menor de 5 años se fue sola a los servicios higiénicos, para interceptarla, bajarle el pantalón hasta las rodillas y proceder a introducir su dedo en la vagina de la misma, hasta en dos oportunidades, hecho que la menor puso en conocimiento de su madre, quien lo denunció.

### SINDICACIÓN DE LA MENOR AGRAVIADA

Se indica que la menor en su manifestación policial señaló: "Me ha seguido al baño, me ha hincado con su mano mi parte, me dolía fuerte, me ha hecho dos veces. Después me quería meter su huevito en mi parte". Asimismo, se refiere que en la pericia psicológica que se le practicó señaló la menor lo siguiente: "(...) me ha querido abusar, me ha hecho ver su huevito, me ha agarrado con su mano en mi parte, me ha hecho dos veces, él estaba orinando, yo me volteé para atrás, después me fui a mi mamá llorando, le dije lo que me ha hecho el señor".

## ELEMENTOS PROBATORIOS EN RELACIÓN A LA MATERIALIDAD DEL DELITO

- Se consigna en la Ejecutoria el certificado médico legal practicado a la agraviada, que si bien concluye que la menor presenta: "desfloración antigua, no signos de actos contranatura, no lesiones paragenitales ni extragenitales recientes"; en la parte descriptiva del himen de la menor indica que "el área circundante, fosa navicular y horquilla se muestra congestionado y eritematoso".
- Enfatiza la Sala Suprema que a su criterio, pese a no haber sido abordado por el perito médico el extremo relativo "al área circundante, fosa navicular y horquilla" del himen de la menor, en las conclusiones del certificado médico; se corrobora la sindicación de la agraviada contra el procesado. De lo cual, se desprende que para la Corte Suprema en el presente caso el certificado médico legal practicado a la menor corrobora tanto la materialidad del delito como la responsabilidad individual del acusado por el delito.

## ELEMENTOS PROBATORIOS Y CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DEL ACUSADO



A criterio de la Sala Suprema, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del acusado en el presente caso, llegando a dicha conclusión tras establecer que la sindicación de la menor, efectuada a nivel preliminar, se corrobora con el certificado médico legal de la menor y la pericia psicológica practicada a la menor, ambos documentos ya referidos en los párrafos precedentes. Precisa la Sala que la agraviada, a pesar de su corta edad (5 años a la fecha de los hechos) ha logrado brindar una sindicación coherente y persistente en contra de su agresor, conforme se aprecia en los recaudos antes citados.



Adicionalmente, se precisa en la Ejecutoria que la responsabilidad del procesado se sustenta también indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes, todos probados; los cuales, sometidos a un razonamiento lógico se corroboran entre sí. Se refiere que en el caso de autos, se tienen: **a)** indicadores de circunstancia de los hechos, basados en lo sostenido por la menor agraviada en sus declaraciones, que permitieron conocer cómo se desarrolló el evento criminal y la actuación del agente, corroborado con el acta de reconocimiento; **b)** indicadores de lugar y oportunidad, pues tanto la víctima como el agresor residían en el mismo inmueble y todos los inquilinos compartían un solo servicio higiénico (baño), conforme lo han indicado, la menor agraviada, la madre de esta y la pareja sentimental del procesado; **c)** indicios de mala justificación en razón que el procesado Juan Carhuancho Chávez en su declaración instructiva negó conocer a la menor agraviada y a la progenitora de esta, así como el que hayan vivido en el inmueble en el que él residía, es más aseguró que no se les había alquilado ninguna habitación; sin embargo, ante las pruebas y otras declaraciones, durante el juicio oral, indicó que fue su madre quien le alquiló una habitación a Tasmelda Barrero Alejos (progenitora de la menor), quien vivía en el mismo predio en el que él residía, junto a su menor hija. Esta negación primigenia evidenció su intención de evadir, de alguna manera, su responsabilidad penal.

## FINALMENTE

Respecto al agravio que había expuesto la defensa técnica en su recurso de nulidad, según el cual, el *ad quo* no valoró la falta del requisito de procedibilidad relativo a la acreditación del evento delictivo con certificado médico legal, instada en la cuestión previa que había deducido, la misma que fuera declarada improcedente; sobre el particular, la Sala Suprema refiere que la cuestión previa es de naturaleza excepcional, que mediante ella se verifica el cumplimiento de condiciones específicamente establecidas en la ley o requisitos de procedibilidad para determinados tipos penales, siendo que la falta de alguna de ellas, constituye un impedimento para procesar al denunciado; que en el presente caso, el tipo penal en cuestión no exige como requisito de procedibilidad para su configuración el Certificado Médico Legal practicado a la víctima; que la verificación de la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado, en este tipo de delitos, se determinan sobre la base de la valoración conjunta de los medios probatorios, incluido el referido certificado.

# DECISIÓN

Por unanimidad se acuerda declarar no haber nulidad en la sentencia a cadena perpetua.

## REGLAS DE VALORACIÓN PROBATORIA QUE SE DESPRENDEN DE LA SOLUCIÓN DEL CASO, Y APLICABLES A OTROS SUPUESTOS SEMEJANTES DE DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL

1. La apreciación del Certificado Médico Legal correspondiente al menor agraviado no se limita a las conclusiones que se consigan en el mismo; sino que es posible que el criterio sobre el caso concreto sea formado a partir de un examen integral de dicho documento, lo que implica lo consignado en su parte descriptiva. No obstante, será necesario que la valoración también incluya el análisis de otros elementos y/o medios probatorios.
2. Al no ser de aplicación un sistema de valoración de prueba legal o tasada, y regir el principio de libertad probatoria, no es necesario que la sindicación del menor sea corroborada con el Certificado Médico Legal correspondiente. Tal documento no constituye un requisito de procedibilidad para los delitos contra la indemnidad sexual; pudiendo corroborarse la misma con medios probatorios testimoniales o documentales, de mayor y singular fuerza acreditativa que apreciados en su conjunto determinen la responsabilidad penal del acusado.
3. Si bien es cierto que la sindicación del menor llevada al juicio oral a través de prueba documental (lectura del documento o acta correspondiente), configura un supuesto de prueba directa; no es menos cierto que para la determinación de la responsabilidad o irresponsabilidad penal del acusado, se puede valorar si concurren indicios de lugar, oportunidad, o de mala justificación, que aúnen a tal efecto.

A close-up photograph of two young girls smiling and hugging each other. The girl on the left is wearing a patterned top, and the girl on the right is wearing a blue top. The background is blurred, suggesting an outdoor setting. A dark diagonal overlay is present on the left side of the image.

MUCHAS GRACIAS