

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 506-2020/ICA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Violación sexual. Prueba de oficio en segunda instancia

Sumilla. 1. Nuestro sistema procesal penal tiene como meta el esclarecimiento de la verdad sobre unos concretos hechos delictivos y una concreta imputación de su comisión a una persona determinada (al imputado o acusado), ello en atención a los intereses públicos superiores que integran el proceso penal (*veritas delicti*). Por consiguiente, deben esclarecerse o acreditarse todos los hechos relevantes –o pertinentes y necesarios– para decidir sobre cuestiones procesales y materiales. 2. Esta meta se hace explícita en el artículo 385 del Código Procesal Penal y que, a su vez, introduce el deber de esclarecimiento al órgano jurisdiccional, al punto que le permite la actuación de prueba de oficio –en tanto excepción razonable al principio de aportación de parte–, claro está, bajo determinados requisitos, siempre que: “[...] en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad” –o sea, actuación de medios de prueba que se consideran tan necesarios y provechosos para el esclarecimiento que, por tal razón, no es posible su prescindencia–. 3. La regla jurídica antes citada, en nuestro Código Procesal Penal está incorporada como una atribución–deber del órgano judicial y se focalizó en el plenario de primer grado. En sede de apelación el Código Procesal Penal no introdujo similar regla, pero ello en modo alguno significa que no se acepte, pues se parte de la base –o de la máxima procesal– de que el juez de apelación tiene los mismos poderes que el juez de primera instancia. Por lo demás, es del todo posible acudir a lo dispuesto por el artículo 194 del Código Procesal Civil, según la ley 30293, de veintiocho de diciembre de dos mil catorce (Ley Procesal Común), que estipula que esta atribución puede ejercerla el juez de primera o de segunda instancia. 4. No cabe, por falta del requisito de espontaneidad, el reconocimiento físico en rueda por parte de la niña agraviada, máxime si está a su favor la vulnerabilidad inherente a su edad y la regla de no re-victimización –incluso ya se le sometió a una segunda declaración en el acto oral donde estuvo presente el propio imputado–. Asimismo, en cuanto a la declaración de José Luis Cárdenas Agurto, hermano del imputado José Antonio Cárdenas Agurto, es de acotar que no solo no es testigo presencial y ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos, sino que el propio testigo de descargo lo descarta.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, siete de marzo de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE ICA contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta, de uno de octubre de dos mil diecinueve, que declaró nula la sentencia de primera instancia de fojas ciento trece, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que condenó a José Antonio Cárdenas Agurto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de G.V.D.Y. a la pena de cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de mil soles por concepto de reparación civil, y ordenó nuevo juicio oral; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chincha por requerimiento de fojas una, de veintiocho de marzo de dos mil diecisiete, acusó a José Antonio Cárdenas Agurto como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de G.V.D.Y. El Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Chincha por resolución número tres, de doce de junio de dos mil diecisiete, dictó el auto de enjuiciamiento.

∞ El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Norte de Chincha mediante auto de fojas veintiuno, de dos de agosto de dos mil diecisiete, dictó el auto de citación a juicio oral.

SEGUNDO. Que el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Zona Norte de Chincha, tras el juicio oral, privado y contradictorio, con fecha veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas ciento trece, que condenó a JOSÉ ANTONIO CÁRDENAS AGURTO, de la acusación fiscal por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de G.V.D.Y.

TERCERO. Que interpuesto y admitido el recurso de apelación, la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, previo cumplimiento del procedimiento impugnatorio, emitió la sentencia de vista de fojas ciento ochenta, de uno de octubre de dos mil diecinueve. Ésta, anuló la sentencia de primera instancia de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete y ordenó se realice nuevo juicio oral.

∞ Contra la referida sentencia de vista el Fiscal Superior de Ica interpuso recurso de casación.

CUARTO. Que, de la acusación fiscal y de la sentencia de primera instancia, fluyen lo siguiente:

A. El veintiséis de setiembre de dos mil dieciséis, como a las trece horas, cuando la menor agraviada G.D.V.Y., de ocho años de edad, fue enviada a comprar pollo por su abuela Aydé Ávalos Napa de Velásquez a la tienda de Patricia Mesías Bonifacio, ubicada en la segunda cuadra del Barrio Pachitas de Chincha Alta. Una vez que la niña efectuó el pedido de pollo a la propietaria del establecimiento, ingresó al interior de la tienda a sacar el producto de la refrigeradora. En esos momentos el encausado Cárdenas Agurto aprovechó para aproximarse en su

mototaxi roja al local y descender del vehículo, y aprovechando que no retornaba la señora que atiende la tienda, se acercó a la menor y le efectuó tocamientos; le subió la falda del uniforme de colegio y le introdujo un dedo de la mano en la vagina provocándole desfloración –conforme concluye el certificado médico legal 03610-DCLS–. El imputado se retiró de la tienda al observar que la propietaria se acercaba a la tienda.

- B.** La menor agraviada inmediatamente se dirigió a la casa de su abuela y comunicó lo sucedido a su madre, quien revisó la trusa de su hija y constató que estaba manchada de sangre, al igual que su vagina. Acto seguido la madre de la agraviada se constituyó a la Comisaría del sector e interpuso la denuncia correspondiente.

QUINTO. Que el señor Fiscal Superior en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos uno, de veintiocho de octubre de dos mil diecinueve, denunció el motivo de casación de inobservancia de precepto constitucional y acceso excepcional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). También invocó el acceso excepcional al indicado recurso y citó el artículo 427.4 del Código Procesal Penal.

∞ Argumentó que se realizó una indebida motivación sobre el juicio de hecho; que la Sala consideró, bajo la premisa que se inobservó el debido proceso porque no se alcanzó la verdad material, que debía realizarse una diligencia de reconocimiento físico pese a la inconcurrencia de quien debía ser materia de reconocimiento, así como que era necesario actuarse dos testimoniales de personas que sin embargo no eran testigos directos.

∞ Pidió, desde el acceso excepcional al recurso de casación, se determine que la justicia material no forma parte del debido proceso, y que al procederse como lo hizo el Tribunal Superior se inobservaron los principios acusatorio y de aportación de parte; que no se incurrió en causal de nulidad de actuados.

SEXTO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y tres, de trece de noviembre de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró el motivo de casación la causal de inobservancia de precepto constitucional.

∞ Se debe examinar, desde la motivación sobre *quaestio facti*, si correspondía ordenar las diligencias en cuestión y determinar si se vulneró el debido proceso, con lesión a los principios: acusatorio y aportación de parte.

SÉPTIMO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintiocho de febrero del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal,

doctora Edith Chamorro Bermudez, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

OCTAVO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional estriba en examinar, desde la causal de inobservancia de precepto constitucional, si la anulación de una sentencia condenatoria de primera instancia al no actuarse determinadas pruebas y ordenarse la actuación de otros medios de prueba (testimoniales y reconocimiento físico en rueda), cumple con el estándar del debido proceso y si atentó contra los principios acusatorio y aportación de parte.

SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia tomó en consideración para condenar al encausado Cárdenas Agurto la sindicación de la agraviada expresada en su declaración en Cámara Gesell y en el acto oral, así como en el reconocimiento fotográfico correspondiente –no se realizó el reconocimiento físico por inasistencia del imputado a la respectiva diligencia–. Han concordado con la niña –en aspectos parciales y puntuales– tanto la persona que atendía la tienda, Patricia del Rosario Mesías Bonifacio, como su madre, Kattia Fiorella Vásquez Ávalos. También se apreció la prueba pericial (médico legal y de psicología forense, peritos los que fueron examinados en el acto oral: sesiones del diecisiete y treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, respectivamente).

∞ La sentencia de segunda instancia, por el contrario, concluyó que la sentencia apelada era nula de pleno derecho por una indebida motivación de los medios de prueba y por no haberse alcanzado la verdad material, por lo que como no es posible un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, era de rigor tomar declaración al vecino que le dijo a la madre de la agraviada que el autor podía ser el imputado o el hermano del imputado, así como se realice la diligencia de reconocimiento físico [fundamentos siete punto cuatro y siete punto cinco, folios ciento noventa y dos y ciento noventa y tres de la sentencia de vista].

TERCERO. Que, ahora bien, es patente que nuestro sistema procesal penal tiene como meta el esclarecimiento de la verdad sobre unos concretos hechos delictivos y una concreta imputación de su comisión a una persona

determinada (al imputado o acusado), ello en atención a los intereses públicos superiores que integran el proceso penal (*veritas delicti*), y es la pauta fundamental del proceso penal eurocontinental, del *civil law*. Por consiguiente, deben esclarecerse o acreditarse todos los hechos relevantes –o pertinentes y necesarios– para decidir sobre cuestiones procesales y materiales.

∞ Esta meta se hace explícita en el artículo 385 del Código Procesal Penal y que, a su vez, introduce el deber de esclarecimiento al órgano jurisdiccional, al punto que le permite la actuación de prueba de oficio –en tanto excepción razonable al principio de aportación de parte–, claro está, bajo determinados requisitos, siempre que: “[...] en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad” –o sea, actuación de medios de prueba que se consideran tan necesarios y provechosos para el esclarecimiento que, por tal razón, no es posible su prescindencia–. Señala, al respecto, KLAUS VOLK, que cuando el tribunal conoce hechos (a través de las actuaciones, por requerimientos o por el mero desarrollo del proceso) que refieren a determinados medios de prueba y sugieren su empleo, debe producir estas pruebas [*Curso fundamental de Derecho procesal penal*, Editorial Hammurabi, José Luis De Palma Editor, Buenos Aires, 2016, p. 321] –claro está, dentro de los marcos legalmente prescriptos–.

∞ No se puede negar la prueba “*ex officio*” atento a que el proceso penal rigen los principios de oficialidad y de investigación –este último de modo preponderante– y, además no puede confundir el principio acusatorio que rige en el proceso penal con el dispositivo propio de nuestro proceso civil [PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2009, p. 456]. En estos casos, en realidad, el juez ni acusa ni intenta la absolución cuando propone prueba de oficio, pues simplemente pretende esclarecer los hechos, acercando su juicio lo más posible a la realidad de los mismos; el respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al juez a fallar de modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores [NIEVA FENOLL, JORDI: *Derecho procesal II. Proceso Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 337]; una de las implicaciones del principio de investigación, que el juez no se limita a los requerimientos de prueba, sino que tiene capacidad de hacer solicitudes en virtud de la obligación de esclarecimiento [GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN: *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 2da. Edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005, p. 47]. Asimismo, rige en el proceso penal el principio de necesidad de prueba, de suerte que, a diferencia del principio dispositivo, es imprescindible de que todos los hechos que, de algún modo son importantes para la decisión judicial (pertinencia y utilidad),

se deben probar [ROXIN, CLUS-SCHÜNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, p. 273].

∞ La regla jurídica antes citada, en nuestro Código Procesal Penal está incorporada como una atribución-deber del órgano judicial y se focalizó en el plenario de primer grado. En sede de apelación el Código Procesal Penal no introdujo similar regla, pero ello en modo alguno significa que no se acepte, pues se parte de la base –o de la máxima procesal– de que el juez de apelación tiene los mismos poderes que el juez de primera instancia. Por lo demás, es del todo posible acudir a lo dispuesto por el artículo 194 del Código Procesal Civil, según la ley 30293, de veintiocho de diciembre de dos mil catorce (Ley Procesal Común), que estipula que esta atribución puede ejercerla el juez de primera o de segunda instancia.

∞ Desde luego, la legitimidad de la prueba de oficio está condicionada no solo a su indispensabilidad y manifiesta utilidad sino también a que la prueba en cuestión se refiera u observe el objeto del proceso (respeto del principio acusatorio) y a que en las actuaciones del proceso se encuentren las fuentes o el medio de prueba respectivo (respeto de la imparcialidad judicial) –todo lo cual, respecto de su concreta actuación, exige el respeto del principio de contradicción y, en su caso, de contra-prueba–.

∞ Expuesto en estos términos el deber judicial de esclarecimiento, en su consecuencia, la posibilidad de acordar prueba de oficio se integra a la garantía genérica del debido proceso, deducible del principio del Estado de Derecho (artículo 43 de la Constitución); garantía que en su aspecto más amplio está referida a todo aquel conjunto de normas que sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un proceso o cuyo incumplimiento ocasiona graves defectos en la regularidad, equitativa y justa, del procedimiento, como reza el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

∞ De tal modo que el solo hecho de invocar el deber de esclarecimiento y ordenar, de oficio la actuación de determinados medios de prueba –en tanto se cumpla, claro está, la máxima de legalidad procesal–, no es un ilícito procesal ni afecta las facultades y a atribuciones del Ministerio Público y, menos, la igualdad de armas en el proceso jurisdiccional. Tema distinto es, obviamente, si tal potestad no se ejerció correctamente, lo que precisamente es materia del presente recurso de casación.

CUARTO. Que los elementos probatorios de cargo son los que se han mencionado *up supra*: la sindicación, en sede preparatoria y plenarial, de la menor agraviada, las testimoniales de la vecina y titular de la tienda donde acudió la agraviada, así como de su madre, en concurrencia con la prueba pericial de integridad sexual y psicológica forense, ambas producidas por profesionales del Instituto de Medicina Legal.

∞ Es de destacar que en el procedimiento de investigación preparatoria se descubrió que el imputado José Antonio Cárdenas Agurto tenía un hermano gemelo (José Luis Cárdenas Agurto), aunque, según expresó en el plenario el testigo de descargo, Juan Carlos Pachas Atuncar, el primero era más blanco que el segundo, quien era más trigueño. Así, incluso, lo señaló la propia agraviada cuando visualizó las fotografías en la diligencia de reconocimiento fotográfico, entre ellas de los dos hermanos; además, la agraviada insistió en su identificación cuando declaró en el acto oral, enfatizando el color más claro del acusado.

∞ Cabe agregar que la diligencia de reconocimiento físico –que, por su propia naturaleza, debe actuarse preferentemente en sede de investigación preparatoria y en los primeros momentos de la indagación policial-fiscal– no se realizó porque el imputado José Antonio Cárdenas Agurto, voluntariamente, se abstuvo de participar y no acudió al llamado de la autoridad. En esta oportunidad concurrió la agraviada y, ante la incomparecencia del imputado, se realizó el reconocimiento fotográfico, siempre en rueda [las dos actas de fecha veintitrés de marzo de dos mil diecisiete así lo demuestran –que incluyó al imputado y a su hermano–, diligencia actuada cinco meses después de los hechos juzgados]. Por lo demás, la niña, al declarar por segunda vez, en el plenario, cumplió con reiterar su sindicación contra él.

QUINTO. Que, en estas condiciones, no cabe, por falta del requisito de espontaneidad, el reconocimiento físico en rueda por parte de la niña agraviada, máxime si está a su favor la vulnerabilidad inherente a su edad y la regla de no re-victimización –incluso ya se le sometió a una segunda declaración en el acto oral donde estuvo presente el propio imputado–. Asimismo, en cuanto a la declaración de José Luis Cárdenas Agurto, hermano del imputado José Antonio Cárdenas Agurto, es de acotar que no solo no es testigo presencial y ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos, sino que el propio testigo de descargo lo descarta. Por lo demás, la madre de la agraviada hizo mención a que un vecino le dijo que el autor podría ser el encausado José Antonio Cárdenas Agurto, pero solo se trató de una sospecha y que, más allá de que no está identificado, él no lo observó cometer el delito, de suerte que su testimonial no sería manifiestamente útil. Se puede considerar que el hermano del acusado, José Luis Cárdenas Agurto, podría estar involucrado en los hechos, a partir de que, como dicen, es gemelo del acusado –o, puede, ser mellizo–, pero la información ofrecida por el testigo Pachas Atúncar y la propia agraviada G.V.D.Y. ya lo han descartado o, por lo menos, dicen desecharlo.

SEXTO. Que, en tal virtud, es patente que la prueba de oficio, sobre cuya base se sustenta la anulación de la sentencia de primera instancia, no resultaba

indispensable o no es manifiestamente útil para esclarecer la verdad. Se aplicó incorrectamente el artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal y, con ello, se dictó una nulidad procesal inexistente, de suerte que no se absolvió el grado respetando la pretensión impugnatoria del imputado y se afectó la pretensión material del Ministerio Público, satisfecha con la sentencia de condena de primera instancia. Se inobservó el debido proceso y, dentro de él, el derecho a la legalidad procesal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE ICA contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta, de uno de octubre de dos mil diecinueve, que declaró nula la sentencia de primera instancia de fojas ciento trece, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que condenó a José Antonio Cárdenas Agurto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de G.V.D.Y. a la pena de cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de mil soles por concepto de reparación civil, y ordenó nuevo juicio oral; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** se dicte nueva sentencia de vista, previa audiencia de apelación, por otro Colegiado Superior; registrándose y devolviéndose las actuaciones. **III.** **DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; con transcripción al Tribunal Superior de Origen. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/RBG