

"AÑO DE LA INTEGRACIÓN NACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE NUESTRA DIVERSIDAD"



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

INFORME PARA OPTAR TITULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

EXPEDIENTE PENAL N° 245 - 2002

DELITO

CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL - VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD EN GRADO DE TENTATIVA

PRESENTADO POR:

GABRIELA DEL PILAR BASTOS ZAVALETA

BACHILLER EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

IQUITOS - PERÚ

2012



00149

DONADO POR:
GABRIELA DEL P. BASTOS ZAVALETA.
Iquitos, 29 de 10 de 2013

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONÍA PERUANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

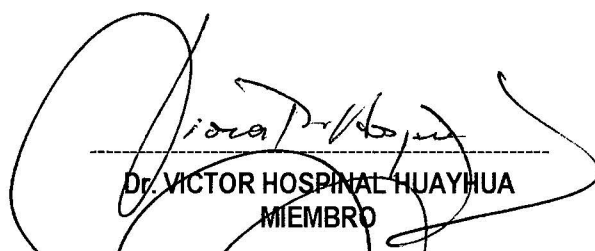
Informe de Expediente Penal N° 245-2002 aprobado en sustanciación pública el 15 de Noviembre del 2012,
por el jurado ad-hoc, nombrado por la Facultad para optar el Título de:

Abogado

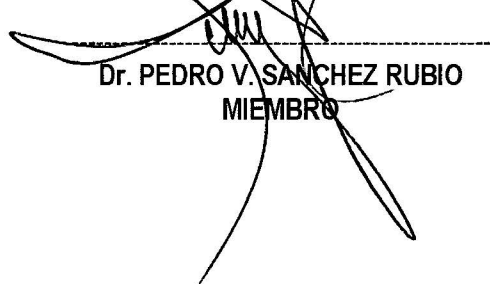
MIEMBROS DEL JURADO



Dr. JORGE WALTER CAMBERO ALVA
PRESIDENTE



Dr. VICTOR HOSPINAL HUAYHUA
MIEMBRO



Dr. PEDRO V. SANCHEZ RUBIO
MIEMBRO

A mi madre por su dedicación, entrega y las noches de desvelo, acompañándome siempre, a mi hija quien es la luz que guía mi camino, impidiendo que me aleje de mis objetivos y a mi tío Mario de quien obtuve el espejo de una persona eficaz a pesar de los años.

A los catedráticos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, quienes lograron mostrarme la luz hacia el éxito durante estos años de formación profesional.

CONTENIDO

- I. DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE
- II. INTRODUCCIÓN
- III. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR
 - 3.1 SÍNTESIS DEL ATESTADO POLICIAL
 - 3.2 SÍNTESIS DE LA FORMALIZACIÓN DE LA DENUNCIA
- IV. ETAPA DE INSTRUCCIÓN
 - 4.1. SÍNTESIS DEL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN
 - 4.2. SÍNTESIS DEL RECURSO DE APELACIÓN AL MANDATO DE DETENCIÓN
 - 4.3. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES Y DILIGENCIAS JUDICIALES
 - 4.4. SÍNTESIS DE LA AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN SOLICITADA POR EL FISCAL PROVINCIAL PENAL
 - 4.5. SÍNTESIS DEL DICTAMEN FINAL DEL FISCAL PROVINCIAL
 - 4.6. SÍNTESIS DEL INFORME FINAL DEL JUEZ ENCARGADO DE LA INSTRUCCIÓN.
 - 4.7. SÍNTESIS DE LA AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN SOLICITADA POR EL FISCAL SUPERIOR.
- V. ACTOS PREPARATORIOS DEL JUICIO ORAL
 - 5.1 SÍNTESIS DEL DICTAMEN ACUSATARIO DEL FISCAL SUPERIOR
 - 5.2 SÍNTESIS DEL AUTO DE ENJUICIAMIENTO
- VI. ETAPA DE JUZGAMIENTO
 - 6.1 SÍNTESIS DEL JUICIO ORAL
 - 6.2 SÍNTESIS DE LA SENTENCIA EXPEDIDA POR LA SALA PENAL
 - 6.3 SÍNTESIS DEL RECURSO DE NULIDAD
- VII. NULIDAD EN LA CORTE SUPREMA
 - 7.1 SÍNTESIS DEL DICTAMEN PENAL DEL FISCAL SUPREMO
 - 7.2 SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

ANÁLISIS DEL PROCESO PENAL

- 1. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR
- 2. ETAPA DE INSTRUCCIÓN
- 3. ETAPA INTERMEDIA
- 4. ETAPA DE JUZGAMIENTO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I. DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

➤ INFORMACIÓN GENERAL

- DISTRITO JUDICIAL: LIMA
- DELITO: CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL-VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD EN GRADO DE TENTATIVA (ULTIMO PÁRRAFO DEL ART. 173 INCISO 2), EN CONCORDANCIA CON EL ART. 16 DEL CODIGO PENAL).
- INCUPLADO: RODOLFO GUTIERREZ GONZALES
- AGRAVIADA: L.I.R.S. (10)
- NÚMERO DE EXPEDIENTE: 245-2002 (INSTRUCCIÓN)
1924-2002 (JUICIO ORAL)
1924-2002 (CORTE SUPREMA)

➤ AUTORIDADES RESPONSABLES DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

- COMISARÍA MATEO PUMACAHUA PNP
- VIGESIMA NOVENA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE LIMA
FISCAL PROVINCIAL: EMPERATRIZ TELLO TIMOTEO
FISCAL ADJUNTO: JOSE ANIBAL HUAYCOCHEA CONDORI
- TERCERA FISCALIA PROVINCIAL DE FAMILIA DE LIMA
FISCAL PROVINCIAL: PILAR RÉY VALVERDE

➤ ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y FISCALES

❖ ETAPA DE INSTRUCCIÓN

- 4º JUZGADO PENAL DE LIMA
- JUEZ PENAL: MARIA E. CASTRO CHUMPITAZ
AVIGAIL COLQUICOCHA MANRIQUE
JOSE A. RIOS OLSSON
MIGUEL ANGEL DELGADO AGURTO
- SECRETARIO: RICARDO ANTONIO HERRERA URIZAR
VICTOR PRADO ENRIQUEZ
- 4º FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE LIMA
- FISCAL PROVINCIAL: ISABEL C. HUAMAN GARCIA
JESSICA I. BARCENA AGUILAR
- FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL: ROXANA M. JAUREGUI SOTO
DIEGO SALINAS MENDOZA

❖ ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

- PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA
 - VOCALES SUPERIORES: VICTOR PRADO SALDARRIAGA
ALDO FIGUEROA NAVARRO
JUAN PABLO QUISPE ALCALA
- 1
- SECRETARIO: ARTURO ROLANDO AYALA CUENCA
WILLIAM LUGO VILLANUEVA
KARINA CHIPA DE LA CRUZ
 - SETIMA FISCALIA SUPERIOR PENAL DE LIMA
 - FISCAL SUPERIOR: SONIA ALBINA CHAVEZ GIL

PABLO IGNACIO LIWA ROBLES

- FISCAL ADJUNTO SUPERIOR: JUAN CARLOS ARANDA GIRADO
- PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA
- VOCALES SUPREMOS: GONZÁLES CAMPOS
BALCAZAR ZELADA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRINCIPE TRUJILLO

- PRIMERA FISCALIA SUPREMA EN LO PENAL
FISCAL SUPREMO: GLADIS M. ECHAIZ RAMOS

INFORME PARA OPTAR TITULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

II. INTRODUCCION

El expediente penal materia de análisis aborda el tipo penal del delito Contra La Libertad Sexual-Violación Sexual de menor de edad en grado de tentativa, en el cual el **bien jurídico protegido** es la Indemnidad o Intangibilidad Sexual de los menores de catorce años, que significa la manutención incólume del normal desarrollo de sexualidad, manteniéndola libre de la intromisión de terceros¹, el cual está expresado en la tutela que le brinda el Estado para que el desarrollo de su sexualidad no se perturbe o altere por prácticas sexuales², protegiendo el libre desarrollo de este; toda vez que, el ejercicio de la sexualidad con ellos, se prohíbe en la medida que afecta el desarrollo de su personalidad y produzca en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro³. Ello es así, pues el legislador del 91, reconoce a los mayores de catorce años la capacidad de autodeterminarse sexualmente, por lo que en el artículo 173 del C.P., tipifica la violación sexual a menores de 14 años, sin que en sus elementos constitutivos se inserte, la violencia o la intimidación como medios comisivos, es decir, no les reconoce el "consentimiento", el cual es viciado y declarado nulo *ipso iure*⁴.

En cuanto al proceso penal, somos de la opinión que no se respetaron los principios procesales de rango constitucional como son el debido proceso justo y el derecho a la defensa, máxime si la defensa solicitó pruebas como la inspección ocular en el lugar de los hechos, la cual nunca se fijó fecha y hora para su realización, por lo cual tampoco pudo valorarse las tomas fotográficas presentadas por la defensa. Sin embargo, durante el desarrollo del juicio oral, se advirtió la aplicación del principio de inmediación, toda vez que se actuaron las pruebas ofrecidas por las partes, permitiendo un mejor análisis de los hechos denunciados que finalmente determinaron la responsabilidad penal del procesado; empero se cumplieron regularmente los plazos procesales.

Por otro lado, advertimos que hubo error en cuanto a la tipificación del delito, la cual no fue subsanada si no hasta lo resuelto por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad, circunstancia donde se adecua el tipo penal por la Primera Fiscalía Suprema, resultando de aplicación al presente caso, el artículo 173° inciso 3) del Código Penal con la agravante del último párrafo del mismo artículo, conjuntamente con la atenuante prevista en el artículo 16° del Código Penal; empero, ésta fue modificada, incurriendo nuevamente en error, por la Corte Suprema al tipificar el delito en el artículo 173° inciso 3 y último párrafo del mismo artículo en concordancia con el artículo 16° del Código Penal, pese a ello, se le disminuyó la pena.

Seguidamente, se presenta una síntesis de todo lo contenido en el expediente, desde el atestado policial, la formalización de la denuncia, la etapa de instrucción, haciendo hincapié de las principales actuaciones y diligencias judiciales, y de la etapa de juzgamiento, abordando tanto los dictámenes fiscales como las resoluciones judiciales expedidas por los órganos jurisdiccionales que intervinieron. Posteriormente, hacemos un análisis jurídico de los aspectos más relevantes del proceso penal. Finalmente, exponemos nuestras conclusiones sobre al caso abordado.

¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. DERECHO PENAL – Parte Especial, Tomo I. Edición Noviembre 2008. Editorial Moreno S.A. Pág. 594.

² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTANGIBILIDAD SEXUAL. DERECHO PENAL Parte Especial. Edición Setiembre 2007. Editorial INDEMESA. Pág. 24.

³ RN N° 63-2004-La Libertad

⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. DERECHO PENAL – Parte Especial, Tomo I. Edición Noviembre 2008. Editorial Moreno S.A. Pág. 604.

RESUMEN DE EXPEDIENTE PENAL Nº 245-2002

III. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

3.1 SÍNTESIS DEL ATESTADO POLICIAL (FOJAS 2 A 16)

Fluye del Atestado Policial Nº 187-02-JPMS-3-CMO-DEINPOL, lo siguiente:

- El 25 de noviembre de 2002, siendo las 17:25 horas aproximadamente, se presentó a la Comisaría PNP Mateo Pumacahua, la Sra. Isabel Olga Salas Gutiérrez (34) denunciando que el día 25 de noviembre de 2002 su menor hija de iniciales L.I.R.S. (10), fue llevada con engaños al baño por su tío Rodolfo Gutiérrez Gonzáles (45), en donde le bajo su pantalón y su trusa, así como también el denunciado se bajó su pantalón y con su pene le rozó sus partes íntimas, hecho sucedido en la casa de la menor agraviada ubicado en calle María Parado de Bellido Mz. B-1 Lote 17-AA.HH Mateo Pumacahua Surco.
- Posteriormente personal PNP de serenazgo de Surco, el día 26 de noviembre de 2002 a horas 01:40, en mérito a la denuncia presentada por la Sra. Isabel Olga Salas Gutiérrez, intervino al denunciado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles (45) por inmediaciones del domicilio de la presunta agraviada, quien se encontraba en estado de ebriedad, siendo puesto a disposición de la Comisaría Mateo Pumacahua en calidad de DETENIDO, para las investigaciones del caso.

➤ MANIFESTACIÓN POLICIAL DEL INTERVENIDO RODOLFO GUTIERREZ GONZALES (FOJAS 06 A 09)

El 26 de noviembre de 2002, con la presencia y participación del representante del Ministerio Público, se recibió la manifestación policial del intervenido, en los siguientes términos:

- El intervenido manifiesta conocer a la menor L.I.R.S. (10), quien es su sobrina nieta y que se encuentra detenido porque su sobrina Isabel Salas Gutiérrez lo está denunciando por violación de su hija L.I.R.S. (10)
- Manifestó que no tiene trabajo estable y realiza trabajos por su cuenta, vive en compañía de su madre Marcelina Gonzáles Ramírez, sus hermanas Ana Tasayzo y Norma Palomino, varias de sus sobrinas y con su conviviente Sonia Vidal Quispe (30).
- Niega los cargos imputados en su contra, indicando que el día de los hechos en horas de la tarde llegó al domicilio de la menor agraviada en estado etílico, con la intención de guardar su moto, luego se fue al baño porque quería hacer sus necesidades, porque su casa que queda al costado estaba cerrado, por no encontrarse nadie e indicando que no tiene llave; en esas circunstancias la menor L.I.R.S. (10) también quiso entrar al baño procediendo a empujar la puerta, encontrándolo con los pantalones abajo y al salir la menor le increpó que era un mañoso y como no sucedió nada se retiró a seguir tomando; despertándose detenido en la Comisaría Mateo Pumacahua.
- Refiere que habitualmente llega al domicilio donde vive la agraviada a guardar su moto.
- Declara que sólo consume licor, pero que no es adicto.
- Refiere que la menor ha sido aleccionada por su madre, con el fin de perjudicarlo, aunque nunca ha tenido problemas con ella, sólo una vez tuvo un intercambio de palabras por la salud de su hermana Olga Gutiérrez Gonzáles y fue para pedirle que le dé un espacio para que vaya a vivir con ellos.
- Refiere que el día de los hechos se encontraban en el domicilio de la menor, su hermana Olga Gutiérrez Gonzáles, su sobrina Isabel Olga Salas Gutiérrez y sus dos hijos quienes estaban jugando en el patio.

➤ DECLARACION DE LA MENOR AGRAVIADA L.I.R.S. (10) (FOJAS10 A 11)

El 26 de noviembre de 2002, con la presencia de su mamá Isabel Olga Salas Gutiérrez y participación del representante del Ministerio Público-Fiscal de Familia, se recibió la declaración policial de la menor agraviada L.I.R.S. (10), en los siguientes términos:

- La menor agraviada refiere conocer al denunciado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles porque es su tío y vive al costado de su casa.
- Señala que el día 25 de noviembre de 2002 en horas de la tarde se encontraba jugando con su hermanito de dos años en su casa, entonces llegó su tío Rodolfo Gutiérrez Gonzáles con su moto y le dijo vamos al baño, y la llevó al baño de la mano, cerró la puerta, seguidamente en el interior del baño se bajó el pantalón y le bajó el pantalón a ella para meterle su pene en su vagina, la besó en la boca y le tocó sus glúteos, agrega que no es la primera vez, ya que en anteriores oportunidades la llevaba a su cuarto y ahí le lamía su vagina, esto lo hacía en su cuarto y en el baño; que también la llevó a otra casa donde no había gente, le daba un sol y a veces cincuenta centavos, diciéndole que no diga a nadie porque sino su mamá se iba a molestar. Refiere haber sentido dolor en su vagina cuando su tío intentó ultrajarla.

➤ **DILIGENCIAS REALIZADAS**

- Comunicación de la detención a la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima.
- Notificación de la detención al procesado el 26 de noviembre de 2002, haciéndole de conocimiento el motivo de la misma.
- Solicitud de Reconocimiento Médico Legal por Integridad Sexual de la menor agraviada L.I.R.S. (10), ante el Instituto Médico Legal.
- Solicitud de Reconocimiento Médico Legal al denunciado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles (43), ante el Instituto Médico Legal.
- Solicitud de antecedentes policiales, judiciales y/o penales del intervenido (cuyo resultado no fue recepcionado).
- Solicitud de requisitorias del intervenido (siendo el resultado "No hay Sistema").

➤ **ACTAS FORMULADAS**

- Acta de registro personal, no encontrándosele al denunciado documentos personales, ni armas de fuego y/o blanca.

➤ **CONCLUSIÓN**

- El atestado policial concluye señalando que el intervenido Rodolfo Gutiérrez Gonzáles (43), es presunto autor del Delito contra La Libertad Sexual-Actos contra el Pudor en Menor de Edad, en agravio de la menor de iniciales L.I.R.S. (10), hecho ocurrido el día 25 de noviembre de 2002.

➤ **ANEXOS**

- La manifestación del denunciado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles.
- La declaración de la menor L.I.R.S. (10).
- Notificación de Detención al denunciado.
- El certificado médico legal N° 054872-CLS, practicado a la menor agraviada.
- Acta de Registro Personal, realizado al denunciado.
- El informe de la Tercera Fiscalía Provincial de Familia de Lima
- Hoja de Datos Identificatorios del denunciado.
- Copia fotostática de partida de nacimiento de la menor agraviada.

3.2 SÍNTESIS DE LA FORMALIZACIÓN DE LA DENUNCIA (FOJAS 17 A 19)

El 26 de noviembre de 2002, la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, en mérito al Atestado Policial N° 187-02-JPMS-3-CMO-DEINPOL, FORMALIZA DENUNCIA PENAL contra

RODOLFO GUTIERREZ GONZALES, por la presunta comisión del delito Contra la Libertad Sexual-Violación de la Libertad Sexual-Violación de menor en grado de tentativa, en agravio de la menor L.I.R.S. (10), tipificando el delito imputado en el artículo 173° inciso 2) y último párrafo del mismo, en concordancia con el artículo 16° del Código Penal; ofrece en calidad de medios probatorios, el atestado policial, la referencial de la menor y el Certificado Médico Legal N° 054872-CLS practicado en la menor agraviada; asimismo, pone a disposición del Juzgado al denunciado y solicita que se lleve a cabo las siguientes diligencias:

- Se recabe la declaración instructiva del procesado.
- Se reciba la referencial de la menor agraviada.
- Se recabe los certificados de antecedentes penales y judiciales del denunciado.
- Se recaben la declaración testimonial de los efectivos policiales intervinientes y de Isabel Salas Gutiérrez.
- Se recabe el resultado del Reconocimiento Médico legal practicado al denunciado.
- Los médicos que suscriben el Certificado Médico Legal N° 054872-CLS, se ratifiquen en su contenido.
- Se trabe embargo preventivo sobre los bienes de propiedad del denunciado, conforme a lo previsto por el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales; y se practiquen las demás diligencias que sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos denunciados.

Por otro lado la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, resuelve NO HABER mérito a formalizar denuncia penal contra Rodolfo Gutiérrez Gonzáles por la presunta comisión del delito Contra La Libertad Sexual-Actos contra el Pudor en Menores, en agravio de la menor L.I.R.S. (10), disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO.

IV. ETAPA DE INSTRUCCIÓN

4.1 SÍNTESIS DEL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN (fojas 20 a 21)

El 27 de noviembre de 2002, mediante resolución número uno, el Juzgado Penal de Turno Permanente de la Corte Superior de Lima, en mérito a la denuncia formalizada por la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, y de conformidad con el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales y con el artículo 135° del Código Procesal Penal, resuelve ABRIR instrucción en VIA ORDINARIA contra RODOLFO GUTIERREZ GONZALES, como presunto autor del delito CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL – VIOLACION DE LA LIBERTAD SEXUAL DE MENOR EN GRADO DE TENTATIVA, en agravio de la menor L.I.R.S. (10) cuyo nombre se mantiene en reserva de conformidad con la Ley 27115⁵, identificándola con la clave N° 0368-2002, ilícito penal previsto y sancionado por el artículo 173° inciso 2) y último párrafo del mismo artículo, en concordancia con el artículo 16° del Código Penal; dicta mandato de DETENCIÓN contra el denunciado; ordena de conformidad con los artículos 94° y 95° del Código de Procedimientos Penales, formar el cuaderno de embargo preventivo sobre los bienes libres que deberá señalar el inculpado que sean suficientes para cubrir el posible monto de la reparación civil y dispone realizar las diligencias solicitadas por el Representante del Ministerio Público, así como las que sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos.

4.2 SÍNTESIS DEL RECURSO DE APELACIÓN AL MANDATO DE DETENCIÓN (fojas 134 a 172).

Con fecha 28 de noviembre de 2002, el inculpado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles, al amparo del artículo 2° y 139° de la Constitución Política, Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales y el

⁵ La Ley N° 27115 señala en su Artículo 3° inciso 3.1. "Para efectos de la presente Ley, la investigación preliminar, la acusación fiscal y el proceso judicial de los delitos contra la Libertad Sexual serán reservados, preservándose la identidad de la víctima bajo responsabilidad del funcionario o magistrado que lleva la causa".

principio de la doble instancia, interpone recurso de apelación contra el mandato de detención decretado en su contra, reservándose el derecho de fundamentar los agravios oportunamente⁶.

Con fecha 06 de diciembre de 2002, fundamenta la apelación al mandato de detención argumentando lo siguiente:

- Que no existen suficientes elementos probatorios que lo vinculen con la comisión del delito, ya que el Certificado Médico Legal practicado en la menor agraviada L.I.R.S. (10) no indica VIOLACION SEXUAL, la única prueba de cargo es la sindicación de la menor.
- Que ha colaborado con la justicia, porque a nivel policial se *presentó voluntariamente*, tiene domicilio conocido y trabajo, no tiene antecedentes penales ni judiciales, indicios que prueban que no va a tratar de eludir la acción de la justicia, ni perturbar la actividad probatoria.
- Su declaración a nivel policial, así como durante todas las diligencias ha sido uniforme, señalando que es inocente; que la denuncia es calumniosa y tiene motivaciones de venganza por problemas de la venta de un lote de terreno.
- Solicita se revoque el mandato de detención y reformándola se ordene la comparecencia.

Con fecha 14 de enero de 2003, la Primera Sala Penal Corporativa-Proceso Ordinario Reos en Cárcel-Lima, CONFIRMARON, el auto apelado, en el extremo que dicta MANDATO DE DETENCION contra Rodolfo Gutiérrez Gonzáles en la instrucción que se le sigue por el delito contra La Libertad Sexual-Violación de la Libertad Sexual de menor en grado de tentativa en agravio de la menor N°0368-2002, bajo los siguientes fundamentos:

- Existen suficientes elementos vinculados con los hechos incriminados como son la sindicación directa de la agraviada que cuenta con diez años de edad y resulta ser sobrina del encausado.
- Del Certificado Médico Legal N° 054872-CLS practicado a la menor agraviada L.I.R.S. (10) se advierte la presencia de tenue equimosis en el glúteo izquierdo, la que se hubiera producido en el momento de la tentativa de violación en su agravio por parte del imputado.
- Haciendo una prognosis de la pena, se aprecia que ésta superaría los cuatro años de pena privativa de la libertad.
- Persiste la posibilidad cierta que el encausado perturbe la actividad probatoria al mantener su domicilio en el mismo lugar con la agraviada como así lo ha referido el acusado.
- Por tanto considera que la medida cautelar se encuentra arreglada a derecho por los fundamentos precedentemente mencionados.

4.3. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES Y DILIGENCIAS JUDICIALES

➤ SÍNTESIS DE LA DECLARACIÓN INSTRUCTIVA DEL PROCESADO (FOJAS 22, 37, 59 A 62)

El 27 de noviembre de 2002, con la presencia y participación del representante del Ministerio Público, se inició la diligencia de declaración instructiva del procesado RODOLFO GUTIERREZ GONZALES, recabándose sus generales de ley, la cual fue continuada en distintas fechas por las recargadas labores del juzgado y por estar ausente el abogado defensor del procesado. En su declaración instructiva indica lo siguiente:

- Refiere conocer a la menor agraviada L.I.R.S. (10) quien es su sobrina nieta, y niega que el día 25 de noviembre de 2002, haya intentado abusar sexualmente de la menor. Asimismo niega que en anteriores oportunidades la haya llevado a su cuarto o a otra parte donde le lamía la vagina,

⁶ Si bien el artículo 138° del Código Procesal Penal no señala el plazo dentro del que se puede impugnar el auto que contiene la medida coercitiva personal de detención, a efectos de suplir vacíos, debe efectuarse una interpretación sistemática de normas acudiéndose al artículo séptimo del Decreto Legislativo N° 124 que establece "las sentencias y resoluciones... son apelables dentro del término de tres días. Asimismo, el artículo 376° del Código Procesal Civil, establece que la impugnación de los autos debe efectuarse dentro de los tres días; norma que también resulta aplicable por imperio de la Primera Disposición Final del Código Adjetivo.

tal como lo señala la menor agraviada en su declaración referencial a nivel policial; por el contrario, indica que después de laborar, llegó al inmueble en que vive la menor agraviada con el fin de guardar su moto, siendo que momentos antes había tomado un poco de licor (ron con gaseosa), posteriormente se dirigió al baño a hacer sus necesidades, momentos en los cuales la mamá de la menor Isabel Salas Gutiérrez, ingresa al baño empujando la puerta, sindicándole ser un mañoso pues pensaba que su hija se encontraba con él, manifestándole que la niña no estaba en el baño, asimismo precisa que ese día no vio ni tocó a la menor agraviada L.I.R.S. (10). Agrega que en la casa se encontraba su hermana Olga Gutiérrez Gonzáles. Precisa que no siempre acude hacer uso del baño de la casa donde vive la agraviada, pues va a su casa que se encuentra cerca, empero el día de los hechos no concurrió a la misma, por encontrarse cerrado y no contar con una llave, pues la casa es de su mamá, quien no se encontraba pues había salido a una zona ganadera, donde tiene un corralón alquilado que cría cerdos, sale a partir del medio día y regresa como a las cinco o seis de la tarde.

- Indica que en mayo del 2001 tuvo un problema con Isabel Salas Gutiérrez madre de la menor agraviada, porque había abierto una zanja, y le dijo que se había pasado unos centímetros. Asimismo en el mes de septiembre de 2002, ésta le sustrajo el switch del televisor y además discutieron por la delicada salud de su hermana Olga Gutiérrez Gonzáles. Finalmente, manifiesta que Isabel Salas Gutiérrez madre de la menor agraviada, lo amenazó diciéndole que "no sabía con quien se había metido", es por ello que quiere perjudicarlo.

➤ **SÍNTESIS DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE ISABEL OLGA SALAS GUTIERREZ (34) (FOJAS 52 A 53)**

El 06 de enero de 2003, se recibió la declaración testimonial de Isabel Olga Salas Gutiérrez, en los siguientes términos:

- Refiere conocer al inculpado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles por ser su tío y vive al costado de su casa; y a la menor agraviada L.I.R.S. (10), porque es su hija.
- Declara que el día 25 de noviembre de 2002, cuando regresó a su casa como a la tres de la tarde, su hijo Anping Pacífico Ching Salas le manifestó que había subido al techo de la casa a buscar a su hermana la agraviada, donde pudo ver que la madera que da al baño se movía, percatándose que el inculpado estaba manoseando a su hermana, por lo que ésta se dirigió hacia el baño de su casa, tocó la puerta y empujó el triplex; observando que el inculpado sube rápido el pantalón de su hija e hizo como si estuviera ocupando el baño, asimismo su hermana Daria Salas se dio cuenta que el inculpado empuja a la menor por un hueco que da a la calle y la amenazó para que no hable. Indica que el inculpado se encontraba en estado etílico.
- Manifiesta que el inculpado siempre llegaba a su casa, porque ahí guardaba su moto.
- Además, señala que su menor hija la agraviada L.I.R.S. (10), le comentó que el inculpado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles, en varias oportunidades le había tocado sus partes íntimas.
- Refiere que anteriormente el inculpado quiso aprovecharse de su segunda hija de 14 años, al querer besarla a la fuerza, a cambio le iba a dar cinco soles para que se deje, esto sucedió cuando su hija tenía 12 años.

➤ **DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE MARCELINA GONZALES RAMIREZ (64 años) (fojas 70 a 71)**

El 21 de febrero de 2003, se recibió la declaración testimonial de Marcelina Gonzáles Ramírez, testigo ofrecido por el inculpado amparado en el artículo 138° inciso 2) del C. de P.P. en los siguientes términos:

- Manifiesta conocer al inculpado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles porque es su hijo y vive en su casa.
- Declara que no vio nada relacionado con los hechos denunciados, que la denuncia interpuesta contra su hijo Rodolfo Gutiérrez Gonzáles es una venganza, porque anteriormente se ha originado un problema con el terreno de su hija Olga Gutiérrez Gonzáles, el cual **es pegado** con su terreno y no ha levantado ninguna pared, y como la mamá de la agraviada tiene varios hijos,

hubo problemas entre la mamá de la agraviada y su hijo el inculpado, precisando que esto sucedió en el mes de mayo de 2002 y ahí empezó el rencor.

- Refiere que sale de su casa como a las 13:30 horas porque va a dar de comer a unos chanchos que cria, eso lo hace todos los días y que su hijo el procesado no tiene la llave de la casa.
- Indica que el baño donde ocurrieron los hechos le pertenece a su hija Olga Gutiérrez Gonzáles, el cual es de esteras y da hacia la calle.

➤ **MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR EL PROCESADO (fojas 63-64 y 75-77)**

El 08 de enero de 2003, el procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles presenta un escrito, ofreciendo pruebas en ejercicio legítimo de su defensa, siendo los siguientes:

- La inspección ocular en el lugar de la supuesta comisión del Delito.
- La confrontación entre el inculpado y la madre de la supuesta agraviada Sra. Isabel Salas Gutiérrez, a fin de dilucidarse las contradictorias declaraciones.
- La declaración testimonial de Marcelina Gonzáles Ramírez, a fin de que declare sobre los hechos materia de instrucción, así como respecto al rencor que tiene la madre de la supuesta agraviada con el inculpado.

❖ El 4° Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 09 de enero del 2003 dispuso lo siguiente:

- La inspección ocular se tenga presente en su oportunidad.
- La confrontación entre el inculpado y la madre de la agraviada previamente debe señalar los puntos contradictorios y se proveerá de acuerdo a ley.
- La declaración testimonial de Marcelina Gonzáles Ramírez se señala para el día 21 de febrero de 2003 a horas 9:00 de la mañana.

El procesado nuevamente por escrito solicita se señale fecha y hora para la diligencia de inspección ocular en el lugar de la supuesta comisión del delito y la confrontación entre éste y la madre de la presunta agraviada la Sra. Isabel Salas Gutiérrez, señalando que la contradicción existente consiste en que la testigo menciona que presuntamente lo ha encontrado INFRAGANTI, en tanto que éste niega rotundamente. Además solicita evaluación psicológica y psiquiátrica de la madre de la menor presuntamente agraviada, cuyas pruebas solicitadas no se realizaron.

❖ Mediante resolución de fecha 02 de abril de 2003, habiéndose vencido el plazo de la presente instrucción, se remite los autos a la Cuarta Fiscalía Provincial Penal, para VISTA FISCAL, a fin de que se pronuncie conforme a sus atribuciones (fojas 78).

4.4. SÍNTESIS DE LA AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN SOLICITADA POR EL FISCAL PROVINCIAL PENAL

➤ **DICTAMEN PENAL AMPLIATORIO DEL FISCAL PROVINCIAL (fojas 79)**

El 22 de abril de 2003, la 4° Fiscalía Provincial Penal de Lima, emitió Dictamen solicitando al juzgado un plazo Ampliatorio de TREINTA DIAS, porque consideró que la instrucción se encontraba incompleta, y a efectos de que la instrucción cumpla con su objetivo de conformidad con el artículo 72° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27553 y lo establecido en el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales solicitó se practiquen las siguientes diligencias:

- ✓ Se reciba la declaración preventiva de la menor agraviada.
- ✓ Se reciba las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales intervinientes.

- ✓ Se recabe el certificado médico legal practicado a la menor agraviada y disponga su ratificación por parte de los médicos intervinientes.
- ✓ Se practique una evaluación psiquiátrica y psicológica al procesado, a fin de determinar su perfil sexual.
- ✓ Se practique a la menor agraviada una evaluación psiquiátrica y psicológica, a efectos de determinar el daño causado como consecuencia de estos hechos.
- ✓ Recábese la partida de nacimiento de la menor agraviada.
- ✓ Se recabe los antecedentes penales del procesado.
- ✓ Y demás diligencias que se consideren necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos.

➤ **DILIGENCIAS REALIZADAS EN LA AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN (fojas 80)**

Con resolución de fecha 28 de abril del 2003, el 4º Juzgado Penal de Lima concedió el plazo ampliatorio de la instrucción por el término de 30 días, en el cual se llevaron a cabo las siguientes diligencias:

- La Gerencia General del Poder Judicial remitió el Certificado Judicial de Antecedentes Penales del procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles, el cual informa "NO REGISTRA ANTECEDENTES" (a fojas 91).
 - La Municipalidad Metropolitana de Lima-Dirección de Registros Civiles remitió la partida de nacimiento de la menor agraviada L.I.R.S. (10) (a fojas 94-95).
 - Se ofició a la menor agraviada a fin que concurra a su evaluación psicológica. (no se realizó)
 - Se ofició a la Dirección del Personal de la División de Control PNP, a fin de recibirse la declaración testimonial de SOT 1 PNP. Luis López Reyes. (no se realizó).
 - Se ofició a la División Médico legal a fin de que los médicos legistas se ratifiquen del certificado médico legal practicado a la menor agraviada.(no se realizó)
 - Se recibió el Protocolo de Pericia Psicológica y Psiquiátrica del procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles en el cual indica que no se llegó a realizar por no estar programada su salida al módulo y porque no se encuentra registrado en la lista de internos para examen respectivamente.
- ❖ En relación a la declaración de la agraviada solicitado por el Fiscal Provincial, el 4º Juzgado Penal de Lima decidió prescindir en virtud a lo dispuesto en el artículo 143º del Código de Procedimientos Penales y señaló que carece de objeto solicitar el certificado médico legal de la agraviada, porque el mismo se encuentra en los actuados a fojas 12.
 - ❖ Mediante resolución de fecha 16 de junio del 2003 el 4º Juzgado Penal de Lima, al haberse vencido el plazo ampliatorio de la instrucción remitió los actuados al Representante del Ministerio Público, para que se pronunciara conforme a sus atribuciones.

4.5. SINTESIS DEL DICTAMEN FINAL DEL FISCAL PROVINCIAL (fojas 98 a 100)

El 30 de junio de 2003, la 4º Fiscalía Provincial Penal de Lima, emitió Dictamen Final, indicando las diligencias requeridas por su representada, las actuaciones y diligencias judiciales realizadas, las diligencias no actuadas (no se ha recibido la declaración testimonial del efectivo policial interviniente SOT1 PNP Luis López Reyes, no se realizó la ratificación de los médicos legistas sobre el certificado médico legal de la menor agraviada que obra a fojas 12, no se realizó la evaluación psicológica y psiquiátrica del procesado, ni se realizó la evaluación psicológica de la agraviada), los incidentes promovidos y resueltos (se formó el cuaderno de embargo de los bienes del procesado, el mismo que se encuentra en trámite, así como el cuaderno de apelación al mandato de detención); y finalmente, habiéndose actuado diligencias sustanciales orientadas al esclarecimiento de los hechos en el plazo ordinario de la instrucción, consideró que se ha cumplido con los plazos procesales establecidos por Ley.

4.6. SÍNTESIS DEL INFORME FINAL DEL JUEZ ENCARGADO DE LA INSTRUCCIÓN (fojas 102 a 103)

El 02 de julio de 2003, el 4º Juzgado Penal de Lima-Reos en Cárcel, emitió Informe Final, haciendo un resumen de los hechos bajo instrucción, indicando las diligencias solicitadas por el representante del Ministerio Público, las diligencias actuadas, las diligencias no realizadas (pericia psicológica y psiquiátrica de la menor agraviada y del inculpado, declaración testimonial del SOT1 PNP Luis López Reyes, Ratificación de los médicos legistas sobre Certificado Médico Legal de la agraviada), los incidentes promovidos (un cuaderno de apelación al mandato de detención el cual se encuentra terminado y un cuaderno de embargo preventivo en trámite), y con respecto a los plazos procesales, se ha cumplido con el plazo ordinario y ampliatorio, encontrándose la causa concluida; y, finalmente, con respecto a la situación jurídica del procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles, que se encuentra recluido en el Penal de Lurigancho desde el 27 de noviembre de 2002.

El 4º Juzgado Penal de Lima-Reos en Cárcel, eleva el expediente a la Sala Penal correspondiente, el cual es remitido el 30 de julio de 2003 (fojas 113). Asimismo con resolución de fecha 31 de julio de 2003, la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima, dispone vista fiscal y remite los autos al Fiscal Superior.

4.7. SÍNTESIS DE LA AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN SOLICITADA POR EL FISCAL SUPERIOR

➤ DICTAMEN AMPLIATORIO DEL FISCAL SUPERIOR (fojas 115 a 116)

Con fecha 05 de setiembre de 2003, la Séptima Fiscalía Superior Penal de Lima, solicitó a la Sala Superior Penal procesos con Reos en Cárcel, un plazo AMPLIATORIO DE TREINTA DIAS, porque considera que no se ha logrado el objeto de la instrucción establecida en el artículo 72º del Código de Procedimientos Penales, de conformidad con el artículo 92º inciso 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 220º del Código de Procedimientos Penales modificado por la Ley N° 24388, a fin de que se lleve a cabo las siguientes diligencias:

- Se reciba la declaración referencial de la menor agraviada.
- Se lleve a cabo una pericia psicológica en la menor agraviada.
- Se lleve a cabo una pericia psiquiátrica en el procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzales.
- Se lleve a cabo una pericia psicológica en el procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzales.
- Se reciba la declaración testimonial del SOT1 PNP Luis López Reyes.
- Se cite a los médicos legistas que suscriben el certificado médico legal practicado a la agraviada, a fin que se ratifiquen del contenido del mismo.

➤ DILIGENCIAS REALIZADAS EN LA AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN (fojas 117 a 118).

El 15 de setiembre de 2003, la Primera Sala Superior para Reos en Cárcel de Lima dispuso la AMPLIACION de la instrucción por el plazo de TREINTA DIAS, a fin que se realizaran las diligencias solicitadas por la Séptima Fiscalía Superior Penal de Lima, remitiendo el expediente al 4º Juzgado Penal de Lima- Reos en Cárcel a fin de que realice las diligencias solicitadas.

El 03 de diciembre de 2003 el 4º Juzgado Penal de Lima ordenó la Ampliación de la instrucción por el término de TREINTA DIAS, después de haberse concluido la Huelga Nacional Indefinida de los Trabajadores del Poder Judicial realizada a partir del 4 al 28 de noviembre de 2003.

Las diligencias que se realizaron en el plazo extraordinario de ampliación de la instrucción son:

- Se recibió el Protocolo de Pericia Psicológica N° 031299-2003-PSC de la menor agraviada L.I.R.S. (10) (Fojas 130 a 132), el cual concluyó: "Trastornos de las emociones y del comportamiento, ansiedad reactiva situacional y requiere ayuda psicológica".
- Se recibió la declaración referencial de la menor agraviada L.I.R.S. (10), quien se ratificó de su declaración brindada a nivel policial (Fojas 174 a 176).
- Se realizó la ratificación del certificado médico legal N°054872-CLS practicado en la menor agraviada (fojas 177), cuyos médicos legistas se ratifican en el contenido y firma del mencionado documento, así mismo indican que la equimosis tenue que presenta la agraviada en el glúteo izquierdo es un moretón el cual puede que se deba a un golpe con objeto romo. No pueden precisar si la equimosis se realizó con la mano de una persona.
- Se recibió el Protocolo de Pericia Psicológica N° 054745-2003-PSC del procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzáles (fojas 178 a 180), el cual concluyó: "Personalidad disocial con rasgos histriónicos".

El 06 de enero de 2004, el juzgado dispone remitir la instrucción para Vista al Representante del Ministerio Público, al haberse vencido el plazo ampliatorio.

Por tanto, la 4° Fiscalía Provincial Penal de Lima emitió su informe final de conformidad con el artículo 198° del Código de Procedimientos Penales. Seguidamente el 4° Juzgado Penal también emitió su informe final complementario.

Posteriormente se recibió la Evaluación psiquiátrica N° 054764 del procesado que obra a fojas 190 a 192.

V. SÍNTESIS DE LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL JUICIO ORAL

- Mediante resolución de fecha 06 de febrero de 2004, se elevó la instrucción a la Sala Superior Penal, al haberse vencido el término de ley.
- Con resolución de fecha 26 de febrero de 2004, la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima, dispuso Vista Fiscal y remitió los autos al Fiscal Superior.

5.1. SINTESIS DEL DICTAMEN ACUSATORIO DEL FISCAL SUPERIOR (FOJAS 197 a 199)

Con fecha 12 de abril de 2004, la Séptima Fiscalía Superior Penal de Lima, declaró HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL y, en aplicación de los artículos 12°, 16°, 23°, 45°, 46°, 50°, 92°, 93°, inciso 2 y último párrafo del artículo 173° del Código Penal, FORMULA ACUSACIÓN SUSTANCIAL contra Rodolfo Gutiérrez Gonzales por delito Contra la Libertad Sexual – Violación de la Libertad Sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio de la menor L.I.R.S. (10), solicitando se le imponga VEINTICINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y DIEZ MIL NUEVOS SOLES, por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada; en virtud a lo siguiente:

- Del análisis de los actuados se logró establecer que el procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzales es autor del delito Contra La Libertad Sexual-Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad en grado de tentativa, que está corroborada con las declaraciones referenciales de la menor agraviada brindadas a nivel policial y judicial en presencia del representante del Ministerio Público-Fiscal de Familia, la ratificación de los médicos legistas del certificado médico legal N° 054872-CLS de fojas 12, ha quedado acreditado la minoría de edad de la menor agraviada con la partida de nacimiento, el vínculo familiar del procesado con la menor por ser su tío abuelo, la declaración testimonial de la Sra. Isabel Salas Gutiérrez madre de la menor agraviada, quien presencié el hecho denunciado, la pericia psicológica de la menor agraviada, la pericia psicológica y psiquiátrica del procesado.

Finalmente, solicita se amplíe el plazo de detención del procesado RODOLFO GUTIERREZ GONZALES, por estar próximo a vencerse el plazo de detención de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del Artículo 137° modificado por la Ley N° 27533 del Código Procesal Penal.

5.2. SÍNTESIS DEL AUTO DE ENJUICIAMIENTO (FOJAS 181)

Mediante resolución de fecha 16 de abril de 2004, la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima, declaró HABER MÉRITO PARA JUICIO ORAL contra RODOLFO GUTIERREZ GONZALES por el delito Contra la Libertad Sexual – Violación de la Libertad Sexual de Menor en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con el N° 368-2002, señalando fecha para el inicio del acto oral el día Lunes 10 de mayo de 2004, a las 9:30 de la mañana, la concurrencia al acto oral a los testigos Isabel Olga Salas Gutiérrez y Daria Salas Gutiérrez, así como a los señores peritos para efectos que se ratifiquen del certificado médico legal N°054872-CLS, Protocolo de pericia psicológica de la menor agraviada, Protocolo de Pericia Psicológica y Psiquiátrica del procesado obrantes en autos; mandando reactualizar los antecedentes penales y judiciales del acusado.

Respecto a la ampliación del plazo de detención del procesado RODOLFO GUTIÉRREZ GONZALES, por estar próxima a vencerse, indica que se dé cuenta iniciado el acto oral.

VI. ETAPA DE JUZGAMIENTO

6.1 SÍNTESIS DEL JUICIO ORAL

La audiencia se realizó en doce fechas, con la presencia de los integrantes de la Sala Penal, el Representante del Ministerio Público, el procesado y su abogado defensor; en los siguientes términos:

➤ **Fase Inicial**

- Apertura de la audiencia

Se inicio la audiencia con la presencia del Fiscal Superior, los Vocales miembros de la Sala Penal, el acusado y su abogado defensor (de oficio).

El Presidente de la Sala declaró abierta la audiencia, inmediatamente dispuso la lectura del auto de enjuiciamiento, este acto se realiza a fin de que el acusado conozca explícitamente por qué delito se le va juzgar y en agravio de quién.

- Ofrecimientos de nuevos testigos y peritos

El director de debates preguntó por su orden al Fiscal Superior y al Defensor del acusado si tienen alguna nueva prueba que ofrecer, a lo que las partes contestaron que no tienen ninguna nueva prueba que ofrecer.

- El director de debates tomó sus generales de ley al acusado. Le puso en conocimiento los alcances de la ley N° 28122, sobre la conclusión anticipada del proceso procediendo a preguntarle si se considera responsable de los hechos que se le imputan, respondiendo que se considera inocente.

➤ **Fase Probatoria**

- Examen del acusado

Procedieron a examinar al acusado el señor Fiscal Superior Adjunto, el Director de Debates, uno de los vocales y finalmente la defensa del acusado en los siguientes términos: preguntándole si se considera inocente de los hechos que se le imputan y que hacía el día de los hechos, respondiendo que se considera inocente y que ese día salió temprano a realizar un trabajo y como no lo hizo se encontró con un amigo, poniéndose a libar ron, luego se retiró a su casa y se encontró con su hermana Olga Gutiérrez Gonzales quien le dijo que pasara. Manifestó que quien empujó la puerta del baño fue la madre de la agraviada y no la menor, ella le insultó y le dijo que estaba abusando de su hija entonces empezaron a discutir, mientras que la menor vino corriendo desde la pista, observando tales hechos la señora Daria. Señala que Isabel Salas Gutiérrez es su media hermana quien le da un espacio para guardar su triciclo y que el problema que tenía con ella es por el levantamiento de una pared medianera y que surge porque ella quería venderle su terreno pero él no tenía dinero para comprárselo. Sin embargo cuando lo interroga uno de los vocales porqué motivos considera que lo vienen sindicando como autor de los hechos, responde que la madre de la menor tenía interés en venderle un terreno, por el cual tuvieron un intercambio de palabras. El abogado de la defensa solicitó la concurrencia de Olga Gutiérrez Gonzales hermana del acusado, a fin de tener mayores elementos de juicio al momento de resolver, oponiéndose el Fiscal Superior Adjunto indicando que se debe declarar improcedente el ofrecimiento de la testigo, por haber vencido el plazo de presentación de pruebas. Sin embargo el juzgado admitió dicha solicitud.

La Sala Penal de conformidad con el Ministerio Público en su acusación escrita dispuso PRORROGAR el mandato de detención contra el acusado por el período de SEIS MESES a fin de llevarse a cabo los debates orales y concluir la tramitación de la presente causa; las partes procesales no interpusieron recurso impugnatorio alguno en este extremo.

Durante el trascurso del juicio oral, la defensa del acusado presenta escrito exhibiendo prueba instrumental consistente en tomas fotográficas de la casa donde ocurrieron los hechos, los cuales fueron agregados a los autos.

- Examen de testigos

Declaración de la testigo Olga Daria Salas Gutiérrez (tía de la agraviada): Refiere que estuvo presente el día de los hechos, vive en la casa donde sucedió el hecho y declara que ese día observó que el procesado se estaba subiendo los pantalones, mientras que la madre de la agraviada le reprochaba su conducta, observando que la menor salía por un agujero del baño que da a la calle. Asimismo declara que el acusado estaba borracho y que les empezó a insultar, además que no existía ningún tipo de problemas con éste antes de que ocurrieran los hechos.

Declaración de la testigo Isabel Olga Salas Gutiérrez (madre de la agraviada): Declaró en los mismos términos que lo hizo en su declaración testimonial brindada a nivel judicial; agregando que no tenía problemas con el procesado solo una vez cuando era niña porque hacía lo mismo con ella, que su mamá la señora Olga Gutiérrez Gonzales no presencié el hecho denunciado toda vez que se encontraba en su cuarto que queda al fondo. También precisa que no golpeó a su hija por los hechos denunciados.

La defensa del acusado presentó mediante escrito como prueba instrumental el título de propiedad de la casa perteneciente a Olga Gutiérrez Gonzales lugar donde ocurrieron los hechos.

Declaración de la testigo Olga Gutiérrez Gonzales (abuela materna de la agraviada y hermana del acusado): Dijo que no es cierto que el procesado haya intentado abusar sexualmente de su nieta, porque su nieta se encontraba jugando en la calle. El día de los hechos el procesado le pidió permiso para entrar y hacer uso del baño, y que se encontraba

lavando en la cocina de su casa (está al fondo de la casa), observando después que su hija estaba discutiendo con el procesado, pero que su nieta no estaba presente porque estaba jugando en la calle, agregó que el procesado se encontraba ebrio y que su hija Isabel Olga Salas Gutiérrez tuvo discusiones anteriormente con el procesado.

- Examen de los peritos

Ratificación del certificado médico legal N°054872 practicado a la menor agraviada, por parte de uno de los médicos legistas indicando que la "lesión tenue con equimosis" significa que la lesión ha sido muy leve que no amerita violación, no hay acto de violación a la integridad sexual. No pudiendo precisar si la equimosis ha sido causada por el pene, pudo haber sido producido por un golpe o causada por alguna otra persona.

Ratificación del Protocolo de Pericia Psicológico practicado al acusado, los peritos psicólogos manifestaron que el término "personalidad disocial con rasgos histriónicos" significa que es la disposición de vulnerar las normas y la adecuada percepción del prójimo, también se hace referencia a una constante de mentir frente a las preguntas que se le formulan, existiendo a la vez cuestionamiento por los hechos y sobre su vida; por los rasgos histriónicos que presenta se refiere a que es una persona muy persuasiva que le agrada ser el punto de atención y evadir su responsabilidad real. En cuanto a su orientación sexual, manifestaron que el acusado marca mucha distancia con la agraviada, y evade hablar de la cercanía con ella, sin embargo en algún momento mencionó que si tenía cercanía, eso detalla que oculta algo en referencia a la menor. Por último concluyen que hay un conflicto en su personalidad sexual.

Ratificación de la Evaluación Psiquiátrica practicado al acusado, los psiquiatras manifestaron que "personalidad disocial con rasgos disociales pasivo y agresivos" significa que está referido a la conducta de personas que transgreden las normas sociales, además de haber una manipulación a terceras personas para su beneficio personal.

La defensa del acusado presentó nuevas tomas fotográficas, la Sala Penal dispone que tenga presente y se agrega a los autos.

Con resolución de fecha 14 de julio de 2004, se suspenden los plazos procesales, toda vez que el personal jurisdiccional del poder judicial había iniciado una huelga indefinida y de conformidad con el artículo 267° del Código de Procedimientos Penales, levantándose la huelga el 13 de setiembre de 2004.

Ratificación del Protocolo de Pericia Psicológica practicado a la menor agraviada, los peritos psicólogos refieren que la menor presenta "Trastorno de las emociones y del comportamiento, así como ansiedad reactiva situacional", explicando que esto se presenta cuando hay exposición a un evento vital, es decir aparece cuando la persona ha sido expuesta a un evento fuera de lo normal, y que en el caso concreto lo que ha ocasionado el trastorno es el hecho de que la menor ha sufrido un problema en este caso es el hecho denunciado, por ello tiene ansiedad, la menor no está mintiendo y requiere apoyo psicológico.

- Oralización de las piezas del proceso.

Se dio lectura al Atestado Policial, manifestación de la menor agraviada de fojas 10, Acta de registro personal, hoja pedagógica, antecedentes penales, antecedentes policiales, certificado médico legal practicado al procesado, copia certificada del acta de nacimiento de la menor agraviada, declaración referencial de la menor a nivel judicial.

➤ **Fase de Debates o Deliberación**



El Representante del Ministerio Público realizó su Requisitoria Oral, describiendo los hechos denunciados concluyendo la responsabilidad penal del procesado, solicitando 25 años de pena privativa de la libertad y una indemnización de S/10.000 nuevos soles a favor de la agraviada, mientras que la defensa del procesado al presentar su alegato solicita la absolución del procesado, fundamentándose en que su patrocinado es inocente, que en todo momento su manifestación fue coherente, el motivo de la denuncia es por problemas familiares con la madre de la agraviada el cual fue declarado por la madre del procesado.

➤ **Fase de Decisión**

Finalmente, la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima, procedió a plantear y a votar las cuestiones de hecho, concluyéndose que se ha acreditado el delito y la responsabilidad del mismo al procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzales.

6.2 SÍNTESIS DE LA SENTENCIA EXPEDIDA POR LA SALA PENAL (fojas 290 a 295)

Mediante resolución de fecha 07 de octubre de 2004, la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima, en aplicación de los artículos 173° inciso 2) y último párrafo del Código Penal modificado por la Ley N° 27472, así como los artículos 1°, 6°, 9°, 12°, 28°, 29°, 45°, 46°, 92° y 93° del Código Penal concordante con el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales; FALLA: CONDENANDO a RODOLFO GUTIERREZ GONZALES, como autor del delito Contra la Libertad Sexual – Violación Sexual de menor de edad en grado de tentativa, en agravio de la menor L.I.R.S. (10), a VEINTE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA, y fijando DOS MIL NUEVOS SOLES por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; en virtud a los siguientes considerandos:

- **La contradicción del procesado**, en sus declaraciones brindadas a nivel policial y judicial, el cual no guarda coherencia ni credibilidad, esto con el fin de evadir su responsabilidad penal.
- **La incriminación de la menor agraviada**, quien ha declarado tanto a nivel policial como judicial que el procesado el día de los hechos la condujo al baño, la despojó de su pantalón haciendo lo mismo éste, le introdujo su pene en la vagina, le besó su boca y le agarró de los glúteos, refiriendo que no era la primera vez.
- **La declaración testimonial de Isabel Olga Salas Gutiérrez**, brindada en la instructiva así como en el juicio oral, quien ratifica los hechos narrados por la menor agraviada, encontrando infraganti al procesado con la menor agraviada en el baño, subiéndole el pantalón a la menor, el cual ha sido corroborado por su hermana Olga Daría Salas Gutiérrez en el juicio oral.
- **La pericia psicológica practicado a la menor agraviada**, ratificada en el acto oral, que concluye que presenta “trastorno de las emociones y del comportamiento, ansiedad reactiva situacional” producto del hecho vivido por la menor que ha ocasionado un quiebre en su desarrollo armónico, motivo por el cual requiere ayuda psicológica.
- **La pericia psicológica y psiquiátrica practicado al acusado Rodolfo Gutiérrez Gonzales**, ratificadas en juicio oral, que concluyen que presenta “personalidad disocial con rasgos histriónicos” y “personalidad con rasgos pasivo agresivos y disociales”, significando que el acusado tiene disposición a las normas y que tiende a mentir frente a las preguntas que se le formulan; y que presenta un conflicto en su personalidad sexual.
- **La versión exculpatoria del acusado**, sobre el problema personal con la madre de la agraviada, queda desvirtuada con las pruebas actuadas en el proceso, mencionando que no tiene fundamento ni sustento a lo largo del proceso, por el cual no es válido. Indicando que la declaración testimonial de Marcelina Gonzales Gutiérrez en el juicio oral debe ser merituada con reserva, dado que resulta ser madre del acusado (se advierte un error porque quien declaró fue la hermana del acusado Olga Gutiérrez Gonzales).
- **El delito está acreditado**, el cual fluye del certificado médico legal de fojas (12) practicado a la menor agraviada, el mismo que fue ratificado en el juicio oral.

- **Responsabilidad penal del procesado**, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del imputado por el delito materia del proceso.
 - **La determinación de la pena**, tiene en cuenta además el vínculo de parentesco de tío y sobrina, la minoría de edad de la menor, el acusado no registra antecedentes penales, el ilícito penal quedó en grado de tentativa y el principio de proporcionalidad de la pena.
- La lectura de sentencia se realizó el 07 de octubre de 2004, con la presencia del representante del Ministerio Público quien declaró estar conforme con la sentencia; mientras que el acusado previa consulta con su abogada defensora de oficio, INTERPUSO RECURSO DE NULIDAD. (fojas 294 a 295).

6.3 SÍNTESIS DEL RECURSO DE NULIDAD (fojas 297 a 303)

En el expediente se observa que el sentenciado Rodolfo Gutiérrez Gonzales interpuso RECURSO DE NULIDAD, contra la sentencia de fecha 07 de octubre de 2004, al amparo del artículo 300° del Código de Procedimientos Penales; mediante dos escritos presentados el 20 y 21 de octubre del 2004, firmado por distintos abogados, fundamentándose en los siguientes considerandos:

- **No ha incurrido en contradicciones**, considera que su declaración brindada tanto a nivel policial y judicial ha sido coherente, al haber negado categóricamente y uniformemente la acusación.
- **La Incriminación de la menor no ha sido uniforme**, porque declara a nivel policial que “le introdujo el pene en su vagina y que le dolió”, pero el certificado médico informa que lo único que presenta es “equimosis en el glúteo izquierdo” concluyendo: “No signos de desfloración”, “no signos de coito contranatura” y “no requiere incapacidad” y que a nivel judicial no declara absolutamente nada sobre los hechos materia del delito de acusación” refiere otros hechos.
- **El rencor que le tiene la madre de la agraviada**, no se ha tomado en cuenta la declaración de la menor a nivel policial donde manifiesta que el acusado ha tenido problemas con su madre Isabel Olga Salas Gutiérrez, y la declaración testimonial de Marcelina Gonzáles Ramírez que menciona lo mismo por lo que se corrobora su defensa.
- **Se reciba la declaración testimonial del menor Anping Pacífico Ching Salas**, señala que debe realizarse la declaración del menor porque es quien avisó a la mamá de la agraviada sobre la comisión del delito materia de acusación.
- **Importancia de realizar una inspección ocular**, para mejor apreciación de los hechos; toda vez que al haberse presentado “Fotografías del lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos” tal como consta a fojas 221-224, 250-252, el baño tiene techo por lo que no se podría ver absolutamente nada del techo, además en el inmueble materia de comisión del delito, durante los presuntos hechos habían varias personas además de la madre del menor y doña Olga Daria Salas Gutiérrez.
- **Valoración de la pericia psicológica de la menor agraviada**, debió haberse tomado con las reservas del caso, porque las declaraciones de la menor agraviada a nivel policial y judicial son disímiles, máxime si a nivel judicial no declara en absoluto sobre los hechos materia de autos e investigación.
- **Valoración de la pericia psicológica y psiquiátrica del procesado**, que determina que el acusado “tiende a mentir” y que “padece de conflicto en su personalidad sexual”, considera que debió haberse tomado con las reservas del caso, ya que si bien son peritajes, no son determinables, máxime si sólo son medios de auxilio para la judicatura.
- **La declaración testimonial de doña Marcelina Gonzales Ramírez**, si bien es cierto que es su madre, el colegiado no debió tomarlo con reservas, aun teniendo en cuenta que la agraviada manifiesta que el sentenciado tiene problemas con su madre.
- **No se encuentra acreditado la comisión del delito ni su responsabilidad penal**, porque el proceso no ha cumplido con sus fines, que es la búsqueda de la verdad, y porque se han omitido diligencias y la actuación de pruebas fundamentales para la búsqueda de la verdad, atentando contra su derecho a la legítima defensa.

- **Se ha vulnerado los principios y garantías del debido proceso**, consagrado en el artículo 2° y 139° de la Constitución Política del Estado, porque el colegiado ha variado en las diversas sesiones, violando el principio de “inmediación”, vicio de nulidad insalvable, máxime si se han omitido las actuaciones de pruebas fundamentales para descubrir la verdad.

El recurso fue concedido mediante resolución de fecha 01 de diciembre de 2004.

VII. NULIDAD EN LA CORTE SUPREMA

7.1 SINTESIS DEL DICTAMEN PENAL DEL FISCAL SUPREMO (fojas 314 a 316)

Mediante Dictamen Penal Supremo N° 112-2005-1°FSP-MP-FN de fecha 10 de enero de 2005, la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, emite su opinión de NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en el extremo que condena a Rodolfo Gutiérrez Gonzales como autor del delito contra La Libertad Sexual en grado de tentativa, en agravio de la menor signada con clave L.I.R.S. N° 0368-2002 y HABER NULIDAD en el extremo que le impone 20 años de pena privativa de libertad efectiva y REFORMANDOLA se le imponga 15 años de pena privativa de libertad y NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene, en consideración a los siguientes fundamentos:

- **La incriminación de la menor agraviada**, el cual ha sido uniforme durante todo el proceso, el cual es corroborado por la madre de la menor y de la testigo Olga Daria Salas Gutiérrez.
- **La existencia del delito**, alude al certificado médico legal N° 054872-CLS practicado a la menor, que concluye: “no existe signos de desfloración ni de coito contra natura en la menor”, refiere que presenta equimosis en el glúteo izquierdo, lo cual corrobora lo declarado por la menor (menciona que la menor declaró que el procesado le hizo frotamientos en su vagina y le presionaba los glúteos), la pericia psicológica de la menor, en el cual señalan los peritos que la menor no está mintiendo.
- **Argumento de defensa del acusado**, quien niega los cargos formulados en su contra, refiriendo que ello obedece a la venganza de parte de la madre de la menor con quien tiene problemas sobre un terreno, carece de sustento y debe considerarse como un argumento de defensa dirigido a evadir su responsabilidad, toda vez que en sus declaraciones ha referido que frecuentaba la casa de la menor, por ser vecinos y tío de su madre, considerando que ello no se condice con la actitud de quienes tienen los problemas que indica. Asimismo las testigos Marcelina Gonzales Ramirez y Olga Gutiérrez Gonzáles, madre y hermana de éste, respectivamente refirieron la existencia del referido problema de propiedad, también reconocen que la relación entre ambos era normal, tanto así que el procesado guarda su triciclo en casa de la agraviada y ha sido precisamente en el baño de ésta donde han ocurrido los hechos.
- **Tipificación adecuada del hecho ilícito**, observa que el delito por el que se debió sentenciar era el artículo 173° inciso 3) del Código Penal con la agravante del último párrafo del mismo artículo, conjuntamente con la atenuante prevista en el artículo 16° del Código Penal, por cuanto la agraviada contaba con más de 10 años de edad a la fecha de los hechos denunciados; debiéndose aminorar la sanción impuesta por el colegiado, imponiéndoles 15 años de pena privativa de libertad efectiva.

7.2 SINTESIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA (FOJAS 310 A 313)

Mediante resolución de fecha 11 de febrero de 2005, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declaró NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida que condena a RODOLFO GUTIERREZ GONZALES en calidad de autor, por el delito Contra la Libertad Sexual – Violación Sexual de menor en grado de tentativa, en agravio de la menor L.I.R.S. signada con la clave N° 368-2002, HABER NULIDAD en el extremo que le impone al sentenciado 20 años de pena privativa de la libertad efectiva; y **reformándola**, le impusieron **diez años de pena privativa de la libertad**, la misma que con descuento de la carcelería que viene sufriendo el

sentenciado desde el día 26 de noviembre de 2002, vencerá el día 25 de noviembre de 2012; NO HABER NULIDAD en los demás que contiene la referida; en virtud a los siguientes fundamentos:

- **Responsabilidad penal del acusado**, el cual se encuentra acreditada en razón que está probado con las pruebas actuadas en todo el proceso, como son la declaración de la menor, el certificado médico legal de la agraviada (indica que la equimosis que presenta en el glúteo es porque el acusado le tocaba los mismos), la pericia psicológica de la menor agraviada, la declaración testimonial de la madre de la menor y de Olga Daria Salas Gutiérrez.
- **Argumentos de defensa del acusado**, los agravios expuestos por el encausado en su recurso de nulidad, de fojas 301 a 303, resultan ser simples argumentos de defensa con los que pretende eximirse su responsabilidad penal.
- **Tipificación adecuada de los hechos y la aplicación de la pena**, se tipifica el delito en el artículo 173° del Código Penal inciso 3 y último párrafo del mismo artículo en concordancia con el artículo 16° del Código Penal por lo que se le impuso 10 años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta las condiciones personales del encausado (carece de antecedentes penales), el grado de tentativa del delito por lo que se disminuyó prudencialmente la pena en virtud del artículo 16° del Código Penal y el principio de proporcionalidad que consiste en la relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, conforme lo sustenta el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

ANÁLISIS DEL PROCESO PENAL

1. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR⁷

En el presente caso durante la investigación preliminar estuvo presente el Representante del Ministerio Público tanto en la declaración del denunciado (Fiscal Provincial en lo Penal), como en la referencial de la menor agraviada (Fiscal de Familia). Sin embargo, se advierte que en la declaración del denunciado Rodolfo Gutiérrez Gonzales no estuvo presente el abogado defensor a pesar que el mismo señaló que no lo requería, pero si se tiene en cuenta el Artículo 94° inciso 1° de La Ley Orgánica del Ministerio Público entre las obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal se encuentra: *"Si el detenido rehúye nombrar defensor, el Fiscal llamará al de oficio o, en su defecto, designará a uno de los que integran la lista que el Colegio de Abogados correspondiente formulará, en su oportunidad, para este efecto. El Fiscal hará saber su llamamiento o su designación al defensor y, en su caso, al Colegio de Abogados, de inmediato y en la forma que permitan las circunstancias, dejando constancia de todo ello en el atestado policial"*. Como se puede observar el Fiscal Provincial en lo Penal no tomó en cuenta el precepto de dicho artículo.

Observamos, que la policía nacional procedió a detener a Rodolfo Gutiérrez Gonzáles (45) por habersele encontrando en flagrancia, el cual está facultado para ello, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 27934; quienes advirtieron que el denunciado se encontraba en aparente estado de ebriedad; sin embargo, no se procedió a examinar al procesado mediante la prueba de dosaje etílico, a fin de acreditar el estado de ebriedad en el que se encontraba.

El denunciado en su declaración se considera inocente de los hechos que se le imputan, que la menor agraviada quiso entrar al baño y lo encontró con el pantalón abajo refiriendo que ha sido aleccionada por su madre para perjudicarlo. Menciona que sólo tuvo un problema con la madre de la menor que consistió en un intercambio de palabras por la salud de su hermana Olga Gutiérrez.

La investigación preliminar fue desarrollada de conformidad con los dispositivos legales vigentes (artículo 159° inciso 4 de la CPE y artículos 1° y 9° del Decreto Legislativo N° 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público, en adelante LOMP), dado que esta fue conducida por el representante del Ministerio Público desde el momento de la detención del intervenido Rodolfo Gutiérrez Gonzales; el atestado policial fue elaborado de conformidad con los artículos 60°, 61°, 62°, 63° y 64° del Código de Procedimientos Penales (en adelante C. de PP), en tanto se cumplieron con las diligencias que el caso ameritaba y se anexó toda la documentación recabada.

Terminada la investigación preliminar, el Fiscal Provincial puede adoptar cualquiera de las siguientes medidas: Si considera que existen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia del delito, si se ha individualizado al presunto autor o partícipe y la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal, formaliza denuncia ante el Juez Penal. Por otro lado, si considera que los hechos no constituyen delito o se ha extinguido la acción penal, ordenará el archivo definitivo⁸ de los actuados. Si los presuntos autores no están individualizados ordenará la ampliación de las investigaciones por la Policía Nacional e indica que pruebas deben actuarse.

⁷ La Investigación preliminar es una fase *extraprocesum*, la cual es competencia funcional del Ministerio Público. El Fiscal es el titular de la acción penal encargado de la persecución del delito, representando a la sociedad y defendiendo la legalidad. Por lo que, al tomar conocimiento de un determinado delito, está en la obligación de promover una investigación indagatoria y de realizar toda una serie de diligencias preliminares coadyuvadas por la policía nacional, con la finalidad de establecer si existen indicios razonables de la comisión del delito. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal. Editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2005. Pág. 224.

⁸ Si el Fiscal considera que no es procedente promover la acción penal, expedirá una resolución denegatoria que puede ser recurrida en queja ante el Superior jerárquico (Fiscal Superior), dentro del plazo de tres días de notificada esta decisión.

La denuncia⁹ formalizada por el Fiscal Penal de la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, fue presentada dentro del plazo legal, al amparo del artículo 159° incisos 1 y 5 de la CPE (atribuciones del Ministerio Público) y de conformidad con los artículos 14° y 95° de la LOMP (carga de la prueba y atribuciones del fiscal provincial en lo penal); tipificando el delito en el artículo 173° inciso 2) y último párrafo del mismo, en concordancia con el artículo 16° del Código Penal vigente a la fecha de los hechos. Advirtiéndose un error en la formalización de la citada denuncia al tipificar el delito en el mencionado inciso del artículo 173° del Código Penal, debiendo ser lo correcto: último párrafo del artículo 173° (tipo agravado), concordante con el inciso 3 (edad de la víctima), con el primer párrafo del mismo artículo (tipo base) y con el artículo 16° del Código Penal, toda vez que la menor agraviada al momento de la comisión del delito contaba con más de 10 años de edad.

Por otro lado, se aprecia que en la denuncia presentada por la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, se dispuso No haber mérito para formalizar denuncia penal contra el imputado, por la presunta comisión del Delito contra La Libertad Sexual-Actos contra el Pudor en menores, en agravio de la menor de iniciales L.I.R.S.; cuya decisión fue acertada al considerar que la conducta del procesado estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la menor agraviada, el que no se consumó quedando solo en tentativa, por la oportuna aparición de la madre de la agraviada; en tanto que el delito de Actos contra el Pudor en menores previsto en el artículo 176°-A requiere para su configuración que la intención o propósito del agente no esté dirigida a practicar el acto sexual u otro análogo, quedando solo en el ámbito de actos impúdicos o de tocamientos indebidos. Por tanto, la conducta desplegada por el denunciado con la intención de practicar el acto sexual, se subsume en tentativa del delito de violación de menor para el presente caso.

2. ETAPA DE INSTRUCCIÓN

➤ AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN

La instrucción es la etapa donde se realiza una serie de diligencias de adquisición u obtención de fuentes de prueba, de imposición de medidas orientadas a asegurar los fines del procedimiento y de investigación dirigidas a preparar el camino para el juzgamiento.

Tiene por finalidad reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución, después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados. En suma, la instrucción se orienta a la averiguación de los datos identificativos de la punibilidad: de la comisión del delito y de la fijación de la persona del culpable a través de la adquisición de medios de prueba de cargo suficientes como fuente de convencimiento, como etapa previa al juzgamiento¹⁰.

Formalizada la denuncia, el Fiscal Provincial remite los autos al Juez Penal que puede tomar varias determinaciones:

Si se cumplen los requisitos de procesabilidad previstos en el artículo 77° del C. de PP (existencia de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, individualización del presunto autor o partícipe y que la acción penal no haya prescrito o no concurren otras causas de extinción de la acción penal), el Juez Penal expide el Auto Apertorio de Instrucción.

⁹ La formalización de la denuncia debe contener: a) La exposición de los hechos: La secuela del evento delictivo (preparación, ejecución y sus resultados) y la individualización de sus presuntos autores y partícipes. Es decir, todo lo que se conozca sobre el delito y sus consecuencias. b) Tipificación del delito: La disposición legal aplicable y la pena con que está sancionado. c) En cuanto a la prueba, debe acompañar todos los medios de prueba que tiene a su disposición y debe ofrecer la prueba que tratará de actuar o conseguir en el curso de la instrucción.

¹⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. ob.cit, pp. 223-224

El Auto Apertorio¹¹ de Instrucción determina el inicio del proceso penal, siendo fundamental porque define quienes van a ser procesados, el delito imputado, la identificación de los agraviados, y además prevé la vía procesal a seguir. Es decir, delimita lo que es materia de investigación y fija los parámetros de la sentencia.

Tiene tres extremos: (a) inicio del proceso, (b) imputación y (c) medidas de coerción. Los dos primeros extremos son inimpugnables.

En cambio, si el Juez considera que no se reúnen los requisitos de procesabilidad y no procede la acción penal, debe expedir el Auto de no ha lugar a la apertura de instrucción, la misma que es apelable por parte del fiscal o del denunciante.

En este contexto, en el caso que nos ocupa, el Juez Penal abrió instrucción en Vía Ordinaria por el tipo base del delito denunciado (Contra La Libertad Sexual-Violación Sexual de menor en grado de tentativa), conforme se advierte del auto apertorio de instrucción (resolución número uno de fecha 27 de noviembre de 2002) en agravio de la menor L.I.R.S. (10). Apreciamos que el delito imputado no se encuentra correctamente calificado por el juzgador toda vez que la acción penal se subsume en el último párrafo del artículo 173° concordante con el inciso 3 y primer párrafo del mismo artículo, conjuntamente con la atenuante establecida en el artículo 16° del Código Penal (por la tentativa), y no como se tipificó en el auto apertorio de instrucción: **artículo 173° inciso 2) y último párrafo del mismo artículo, concordante con el artículo 16° del Código Penal**¹²; toda vez que, estaríamos ante el supuesto de un concurso real de delitos al no efectuar la concordancia del tipo base con la agravante que es el último párrafo del artículo 173° del Código Penal.

El error advertido a nuestro criterio es subsanable toda vez que el tipo penal por el cual se abrió instrucción, así como el auto de enjuiciamiento es por el delito contra La Libertad Sexual-Violación Sexual de menor en grado de tentativa, cuyo bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de menores, en atención al segundo párrafo del artículo 298° del Código de Procedimientos Penales en el que señala que: "no procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados, o que no afecten el sentido de la resolución"; sin embargo, una incorrecta tipificación del delito podría afectar el derecho de defensa del procesado si no se adecúa a tiempo, puesto que cómo podría su abogado formular sus alegatos de defensa si no sabe cuál es el delito que se le imputa.

Además, se advierte que la detención en fecha 26 de noviembre de 2002 a la persona de Rodolfo Gutiérrez Gonzales, se enmarcó dentro de los preceptos regulados en el artículo 63° del C. de P.P. y 135° del Código Procesal Penal, referidos a la función de la Policía Nacional de poner a disposición del Juez él o los detenidos relacionados con el delito y al mandato de detención dictado por el Juez Penal respectivamente.

Por lo demás que contiene el referido acto procesal (mandato de detención decretado, actuaciones y diligencias a realizarse), se advierte que el Juez recogió en su auto apertorio de Instrucción, todas las diligencias solicitadas por el Fiscal Provincial, dentro de las cuales se solicita recabar las testimoniales de los efectivos policiales intervinientes, el cual consideramos que no resulta indispensable puesto que no presenciaron el hecho supuestamente cometido por el denunciado, solo intervinieron en la detención del mismo por disposición superior.

➤ APELACIÓN AL MANDATO DE DETENCIÓN

¹¹ Debe contener, el lugar y fecha de expedición de la resolución, el nombre completo del inculpado y del agraviado, la indicación de la vía procesal a seguir, el delito o delitos que se imputan y el dispositivo en el cual se encuentran tipificados, las medidas coercitivas personales y reales, y las primeras diligencias que se realizarán a fin de reunir los medios probatorios que permitan esclarecer los hechos.

¹² El subrayado y negrita es nuestro.

El Juez penal, al momento de emitir el auto de apertura de instrucción, tiene que establecer qué medida coercitiva personal impondrá al imputado. En nuestro ordenamiento jurídico procesal puede dictar orden de comparecencia o mandato de detención, siendo la primera la regla general, mientras que la segunda sólo cabe en casos extremos, siempre y cuando se cumplan los presupuestos señalados en el artículo 135° del Código Procesal Penal.

El mandato de detención es apelable de conformidad con el último párrafo del artículo 138° del Código Procesal Penal. Siendo el derecho de impugnar una de las garantías de la administración de justicia, que se entiende como el derecho a refutar, a contradecir y a atacar.

El recurso de apelación es el medio probatorio tradicional y más conocido. Tiene por objeto la revisión de una resolución por el superior jerárquico, a fin que la deje sin efecto o la sustituya por otra que sea acorde con la ley. Determina un nuevo estudio del problema que plantea la resolución.

Este recurso procede, según el Código de Procedimientos Penales, contra:

- a) Autos que declaran no ha lugar a la apertura de instrucción.
- b) Resoluciones que resuelven incidentes.
- c) Autos de embargo.
- d) Autos de detención.
- e) Autos de Libertad Provisional.
- f) Sentencias expedidas en procesos sumarios.

Ahora bien, en el caso materia de análisis, respecto al recurso de apelación interpuesto por el procesado (28/11/02), contra el mandato de detención decretado en su contra (27/11/02), se observa que dicho recurso fue interpuesto dentro del tiempo establecido, siendo que la Sala Penal resuelve confirmando el mandato de detención al considerar que existen suficientes elementos que vinculan los hechos con el imputado en virtud del artículo 135° del C.P.P. que son:

- La simple sindicación de la menor agraviada al imputado como autor de los hechos denunciados, quienes además tienen la relación de parentesco familiar sobrina nieta-tío abuelo.
- El certificado médico legal de la menor agraviada señala "Tenue equimosis en glúteo izquierdo", considerando la Sala que esto se haya producido al momento de la tentativa de violación en su agravio.
- La pena supera los cuatros años de pena privativa de libertad.
- Existe la posibilidad que el imputado perturbe la acción probatoria porque su domicilio está al costado del domicilio de la menor agraviada.

➤ **ACTUACIONES Y DILIGENCIAS JUDICIALES**

❖ **DECLARACION INSTRUCTIVA**

La declaración instructiva fue comenzada el 27 de noviembre de 2002, es decir, el mismo día en el que se formalizó la denuncia y se abrió la instrucción, cumpliendo con lo dispuesto en los artículos 85° y 124° del Código de Procedimientos Penales¹³, sin embargo esta fue continuada en dos sesiones las cuales se habían suspendido por las recargadas labores del juzgado y por no estar presente el abogado defensor del denunciado, este último a fin de no recortar su derecho de defensa de acuerdo con el artículo 121° del Código de Procedimientos Penales.

¹³ El artículo 85° de C de PP establece que la declaración instructiva deberá ser tomada o cuando menos comenzada por el Juez Instructor, antes de que se cumplan veinticuatro horas de la detención. Por su parte el artículo 124° contiene las preguntas obligatorias que deberá efectuar el Juez Instructor en el mencionado acto procesal.

El procesado en su declaración instructiva se contradice con su versión brindada a nivel policial al indicar que el día de los hechos mientras ocupaba el baño, quien entró intempestivamente, botando la puerta del baño fue la mamá de la agraviada Isabel Olga Salas Gutiérrez buscando a su menor hija pensando que se encontraba con él, y al verlo con los pantalones abajo le dijo que era un mañoso, y que la niña no estaba con él. Empero, en su declaración rendida a nivel policial manifestó que fue la niña quien botó la puerta abruptamente, encontrándolo con el pantalón abajo e increpándole que era un mañoso¹⁴. Lo cual evidencia que sus declaraciones no son uniformes y congruentes y que pretende con este argumento evadir su responsabilidad penal.

Durante la instrucción no se pudo probar fehacientemente el problema sobre el terreno que dice tener el procesado con la mamá de la menor agraviada.

Por otro lado observamos que se cumplió con el plazo ordinario de instrucción (cuatro meses), el que se abrió instrucción con fecha 27 de noviembre de 2002 cuyo vencimiento fue el 27 de marzo del 2002, remitiéndose los autos al Fiscal Provincial mediante resolución de fecha 02 de abril de 2003.

❖ **DECLARACIONES TESTIMONIALES**

Los testigos constituyen una prueba directa, porque se trata de personas que presenciaron o tuvieron conocimiento de los hechos investigado, toda persona física es jurídicamente capaz de servir de testigo, siempre que tenga conocimiento del hecho y lo haya captado por medio de los sentidos¹⁵.

Así durante la etapa de instrucción del presente proceso se llevaron a cabo las siguientes declaraciones testimoniales:

✓ **DECLARACION TESTIMONIAL DE ISABEL OLGA SALAS GUTIERREZ**

En calidad de testigo presencial de los hechos denunciados, su declaración se realizó de conformidad con lo señalado en el artículo 138 inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, fue ofrecido por el Ministerio Público en la formalización de la denuncia.

Asimismo el procesado no interpuso tacha contra ésta testigo tal como lo establece el artículo 156° del Código de Procedimientos Penales.

La testigo Isabel Olga Salas Gutiérrez también señala que su hermana Daria Salas Gutiérrez también presenció los hechos denunciados, indicando que ésta última observó que el procesado empujó a la menor agraviada por un hueco del baño que da hacia la calle. Posteriormente Daria Salas Gutiérrez a criterio del Juez posteriormente declarará en el juicio oral, por ser también testigo presencial de los hechos.

✓ **DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE MARCELINA GONZALES RAMIREZ**

Testigo ofrecido por la defensa del inculpado en su escrito presentado el 08 de enero de 2003, de conformidad con el artículo 138° inciso 2) del Código de Procedimientos Penales.

De su declaración se observa que no resulta ser testigo de los hechos toda vez que declara no haber visto nada, porque había salido de su casa como a la 13:30 horas a dar de comer a

¹⁴ Respecto a lo declarado por el denunciado, surge la interrogante de por qué la niña lo sindicaría como mañoso si realmente se encontraba haciendo uso del baño para realizar sus necesidades, por lo cual consideramos a su vez, que su declaración no tiene sentido coherente.

¹⁵ CALDERON SUMARRIVA, Ana "El ABC del Derecho Procesal Penal", Editorial San Marcos, Lima, 2008. Pag. N° 111.

unos chanchos que cría y esto lo hace todos los días, por tanto no estuvo presente en el momento que ocurrieron los hechos lo que permite concluir que no observó nada.

❖ **MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR EL PROCESADO**

El procesado en legítimo derecho a la defensa ofreció distintas pruebas como son:

- La inspección ocular en el lugar de los hechos.
- La confrontación entre el inculpado y la madre de la supuesta agraviada.
- La declaración testimonial de Marcelina Gonzales Ramirez.

En cuanto a la inspección ocular consideramos que dicha prueba debió haberse realizado, a fin de tener un mayor conocimiento de los hechos denunciados y poder determinar si el hermano de la víctima pudo observar que el denunciado efectivamente estaba intentando abusar de ella, así como advertir si la menor pudo haber sido retirada por el otro extremo del baño, tal como señala la tía de la menor agraviada, siendo una prueba de vital importancia que pudo haber utilizado el Fiscal para su acusación o, caso contrario, probar la veracidad de las testimoniales de la madre y la tía de la víctima. Este tipo de diligencias se llevan a cabo con las reservas del caso y, de preferencia sin la presencia de la menor agraviada, porque en los casos de delitos contra La Libertad Sexual, se debe atender al daño específico que se puede hacer a la integridad moral y psicológica de la víctima, por tanto debe tenderse a prescindir de ordenar su presencia durante el desarrollo de la misma.

Asimismo la Ley N° 27055 establece que "No debe participar la víctima cuando ésta fuera menor de edad, puede ordenarse diligencias de inspección y reconstrucción, aunque ellas deban realizarse sin requerir la asistencia de la víctima"

En cuanto a la confrontación entre el inculpado y la testigo Isabel Salas Gutiérrez consideramos acertado que no se haya realizado, toda vez que de la declaración instructiva del procesado se advierte que entra en contradicción con su propia declaración realizada a nivel policial.

Observamos que el juzgado no se pronunció respecto a las pruebas ofrecidas por el procesado: la inspección ocular y la confrontación entre el inculpado y la testigo Isabel Salas Gutiérrez, tal como lo establece el artículo 130 del Código de Procedimientos Penales.

➤ **AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN SOLICITADO POR EL FISCAL PROVINCIAL PENAL**

Como lo mencionamos precedentemente el Fiscal Provincial Penal en su dictamen solicitó la ampliación de la instrucción por un plazo de TREINTA DIAS al amparo del artículo 72° y 202 del Código de Procedimientos Penales a fin de que se realicen las diligencias que faltaban actuarse.

Consideramos que la decisión adoptado por el Fiscal Provincial fue acertada por cuanto durante el plazo de la instrucción no se llegaron a realizar las diligencias más importantes como son:

1. Recibir la partida de nacimiento de la menor, a fin de determinar la minoría de edad de la agraviada, porque en los delitos de violación sexual de menor de edad debe establecerse de manera clara e inequívoca la edad de la agraviada mediante acta o partida de nacimiento, o en su defecto debe practicársele un reconocimiento médico legal a fin de determinar su edad.
2. La ratificación de los médicos legistas del certificado médico legal practicado a la menor agraviada, a fin de acreditar la veracidad del mencionado documento.
3. Ordenar la evaluación psicológica y psiquiátrica del inculpado, el cual resulta necesario a fin de determinar el comportamiento y personalidad del inculpado.

4. La evaluación psicológica de la agraviada, determina el comportamiento, personalidad y el daño moral que le pudo haber ocasionado el delito cometido en su agravio.

Sin embargo, observamos que durante este plazo solo se llegó a recibir: los antecedentes penales del procesado el cual indica que "No registra antecedentes" y la partida de nacimiento de la menor agraviada remitido por la Municipalidad de Lima Metropolitana-Registro de Estado Civil.

Respecto a la decisión del juzgado de prescindir de la declaración preventiva de la menor agraviada, por considerar que la misma ha declarado a nivel policial en presencia de la Fiscal de Familia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143° segundo párrafo del C. de P.P.¹⁶. Estamos de acuerdo con la decisión adoptada por el Juzgado Penal, toda vez que la legislación peruana en vigencia dispone que, en el proceso, se conceda valor de preventiva a la declaración que el o la agraviada (o) menor de edad han prestado ante el fiscal de familia, aún más, si se tiene en cuenta la declaración de la testigo Isabel Olga Salas Gutiérrez que en todo momento es coherente y la declaración policial e instructiva del inculpado que son contradictorias.

La ampliación de la instrucción no se realizó dentro del plazo concedido 30 días, se aprecia que esta se llevó a cabo desde el 28/04/2003 al 16/06/2003, excediéndose en 18 días, el plazo solicitado por el Fiscal Provincial.

➤ **DICTAMEN DEL FISCAL PROVINCIAL E INFORME FINAL DEL JUEZ PENAL.**

Se remite los actuados al Representante del Ministerio Público-Fiscal Provincial Penal, a fin de emitir su opinión. El plazo para emitir dictamen penal es dentro de tres días tal como lo establece la Ley N° 27994, para estos actos procesales, sin embargo no es posible pronunciarse si se hizo dentro del plazo establecido, toda vez que al observarse el expediente no es posible leer la fecha de recepción del expediente por la 4° Fiscalía Provincial Penal de Lima porque la copia del sello de recepción es ilegible

El Dictamen Final, de fecha 30 de junio de 2003, emitido por la 4° Fiscalía Provincial Penal de Lima, así como el Informe Final, de fecha 02 de julio de 2003, emitido por el 4° Juzgado Penal de Lima-Reos en Cárcel, fueron expedidos de conformidad con los artículos 198° y 199° del Código de Procedimientos Penales¹⁷.

Cabe precisar que el 4° Juzgado Penal de Lima emitió su informe final el 02 de julio de 2003 apreciándose solo en este momento (informe final del Juzgado Penal) se cumplió con el plazo establecido por la Ley N° 27994, para este acto procesal¹⁸.

➤ **ACTOS PREPARATORIOS DEL JUICIO ORAL**

Con la denominación de actos preparatorios del juicio oral, se hace referencia al conjunto de actos procesales que son el puente o nexo entre la primera etapa del proceso (instrucción) y la segunda etapa (juicio oral).

En esta fase intermedia se preparan los instrumentos para el debate y comprende actividades tanto de los sujetos del proceso como del Tribunal.

¹⁶ Artículo 143° segundo párrafo del C. de P.P. Declaración Preventiva

"En los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes 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".

¹⁷ Artículos referidos al contenido del dictamen e informe final, modificados según el artículo 1° de la Ley N° 27994 del 06/06/2003. Desde la vigencia de la Ley N° 27994, el dictamen y el informe final deben referirse a las diligencias efectuadas, los incidentes promovidos y la situación de los procesados, además de una opinión sobre el cumplimiento de los plazos procesales.

¹⁸ Según la Ley N° 27994, el Dictamen y el Informe Final se emiten en el plazo de 3 días, si hay reo en cárcel, o de 8 días si no lo hay.

Los actos preparatorios se inician con el ingreso del expediente a la Sala Penal (recepiona y registra en Mesa de Partes). Luego pasa a Relatoría y de allí a la Secretaría para "despacho" a conocimiento de la Sala que emite un decreto "Vista Fiscal", retorna por la misma ruta, para luego ser enviado a la Fiscalía. Al ingresar el expediente a la Sala Penal, adquiere una nueva numeración. Termina esta etapa cuando se inicia la Audiencia.

El Fiscal Superior, al recibir el expediente, lo estudia para expedir un pronunciamiento (plazo: 8 días calendarios, si hay reo en cárcel, y 20 días, si no lo hay). Devuelto los autos a la Sala Penal, se pueden adoptar varias determinaciones¹⁹:

- a) Si el Fiscal Superior es de opinión que en la instrucción no se ha acreditado la existencia del delito y el Tribunal fuera del mismo criterio, ordenará el sobreseimiento definitivo del proceso.
- b) Si el Fiscal Superior es de opinión de que se ha acreditado el delito, pero no la responsabilidad del procesado o no se han individualizado a los autores, la Sala Penal dispondrá el archivamiento provisional. En este supuesto, el Fiscal Superior instruirá al Fiscal Provincial para que amplíe la investigación policial.
- c) El Fiscal puede pedir la ampliación de la instrucción, en dos supuestos: Cuando, según su concepto, la investigación está incompleta y cuando según su criterio, la instrucción adolece de defectos. Los fiscales además de su petición, deben señalar los medios probatorios omitidos, las diligencias pendientes de actuar o indicar el plazo que consideren necesario para tal finalidad.
- d) Si se ha formulado acusación sustancial o formal, la Sala Penal, dentro de tres días de recibido los autos, debe expedir el auto de enjuiciamiento declarando que hay mérito para pasar a juicio oral.
- e) Si el Fiscal Superior no formula acusación, la Sala Penal no puede exigirle que lo haga, esto es ya no puede devolverle el proceso para que acuse ni mucho menos retornar a la solución de remitir el proceso a otro Fiscal.

Cuando se presenta esta situación y la Sala Penal considera que existen medios probatorios que permiten formular acusación, la resolución que expida dispondrá la remisión del expediente al Fiscal Supremo. Si el Fiscal Supremo coincide con el criterio de la Sala Penal, opinará que procede formular acusación y "devueltos los autos" a la Sala dispondrá que el expediente sea remitido al Fiscal Superior para que formule acusación (esta acusación se denomina bajo imperio de la ley).

➤ **AMPLIACION DE LA INSTRUCCIÓN SOLICITADA POR EL FISCAL SUPERIOR**

El Fiscal Superior solicitó la ampliación de la instrucción por un plazo de TREINTA DIAS, al considerar que la instrucción se encuentra incompleta por no haber alcanzado su objeto establecido en el artículo 72° del Código de Procedimientos Penales, toda vez que faltaban actuarse la declaración referencial de la menor agraviada, el cual, a nuestra opinión, no era indispensable pues la menor rindió su declaración a nivel policial y con presencia del Fiscal de Familia, teniendo carácter de preventiva, sin embargo, a nuestro parecer el Juzgador debió preguntar a la menor si la lesión que tenía se lo hizo el victimario al intentar ultrajarla sexualmente o fue ocasionada por otra persona, o tal vez, se lo hizo ella misma cuando estaba jugando; la pericia psicológica de la menor agraviada, consideramos pericia substancial para determinar el grado de lesiones psicológicas que habría sufrido la víctima; la pericia psiquiátrica y psicológica del procesado, con las cuales se determinaría el perfil social y sexual del agresor; la declaración testimonial del SOT1 PNP Luis López Reyes, con la cual no entendemos que quería probar el Fiscal, puesto que no fue testigo presencial del hecho denunciado; y la ratificación de los médicos legistas que suscriben el certificado médico legal practicado a la agraviada, con la cual se determinaría si la tenue equimosis en el glúteo izquierdo de la víctima resulta ser producto de intentó de violación que habría sufrido la menor agraviada.

¹⁹ CALDERON SUMARRIVA, Ana. op. cit., pp. 125-126

El plazo ampliatorio de la instrucción solicitada por el Fiscal Superior fue concedida por la Sala Penal con resolución de fecha 15 de setiembre de 2003.

La ampliación de la instrucción, se inició el 03 de diciembre de 2003, es decir más de dos meses después de haberse concedido el plazo de ampliación de la instrucción, porque los trabajadores del Poder Judicial realizaron una huelga nacional indefinida desde el 04 de noviembre al 28 de noviembre del 2003, precisándose que fue imposible iniciar la instrucción antes, toda vez que los actuados se recibieron el 30 de octubre del 2003.

El plazo extraordinario de instrucción se realizó dentro del plazo establecido, y en el cual se observa que la diligencia que no se llegó a realizar fue la declaración testimonial del SO. PNP. Luis López Reyes, diligencia que como lo expresamos anteriormente consideramos que era innecesaria.

➤ **DICTAMEN ACUSATORIO**

El Dictamen Acusatorio del Fiscal Superior realiza un análisis y valoración de los hechos materia de instrucción, concluyendo que el procesado es autor del delito que se le imputa, al haberse logrado en la instrucción recoger las pruebas que dan certeza de la responsabilidad del procesado.

Las pruebas consistentes son:

- La partida de nacimiento de la menor, que acredita su minoría de edad.
- El certificado médico Legal N° 054872-CLS, acredita la indemnidad sexual de la menor, quedando el delito en grado de tentativa.
- La incriminación de la menor con su declaración referencial brindada a nivel policial y judicial.
- El protocolo de pericia psicológica de la agraviada, que concluye que presenta trastorno de las emociones y del comportamiento, además presenta ansiedad reactiva situacional, requiriendo ayuda psicológica.
- Las contradicciones entre la declaración del imputado y la declaración de la testigo Isabel Olga Salas Gutiérrez, en el sentido que el imputado indica que su sobrina nieta ingresó al baño y no le hizo nada, mientras la testigo dice que observó al inculpado que le subió el pantalón a la menor, indicando que su hermana Daria Salas Gutiérrez también presencié tales hechos.
- El protocolo de pericia psicológica del procesado que indica que evidencia personalidad disocial con rasgos histriónicos.
- El protocolo de pericia psiquiátrica del procesado que indica que presenta rasgos pasivos agresivos y disociales.

Por tales razones, formula acusación sustancial contra el procesado por el delito contra La Libertad Sexual-Violación Sexual de menor de edad en grado de Tentativa, en agravio de la menor L.I.R.S. (10), tipificado en el inciso 2 y último párrafo del artículo 173°. Se advierte un error cometido por el Fiscal Superior, pues no consideró la atenuante establecida en el Artículo 16° del Código Civil, referido a la Tentativa; por lo que, el Fiscal habría estado calificando el hecho como un delito consumado. Error que no fue advertido por las partes, pudiendo haber solicitado se declare la nulidad de todo lo actuado.

En cuanto a la pena que solicitada: 25 años de pena privativa de la libertad y el pago de la reparación civil de 10 mil nuevos soles, consideramos que es excesiva, por cuanto debió tenerse en cuenta que el delito quedó en grado de tentativa, así como la condición económica del procesado que no cuenta con trabajo estable, ni con bienes muebles ni inmuebles de considerable valor y el no contar con antecedentes penales.

El Fiscal Superior además solicitó ampliar el plazo de detención del procesado, esta decisión fue correcta porque existían suficientes elementos que lo vinculaban con los hechos, además del

peligro procesal que conducía al intentar eludir la acción de la justicia o intentar perturbar la actividad probatoria.

➤ **AUTO DE ENJUICIAMIENTO**

Una vez formulada la acusación sustancial o meramente formal, la Sala Penal expide el auto de procedencia del juicio oral o auto de enjuiciamiento. Esta resolución determina el paso de una etapa a otra (del sumario al plenario o de la investigación al debate).

El Código de Procedimientos Penales establece un lapso de tres días para la expedición de este auto; en este plazo, la Sala Penal examina la acusación escrita del Fiscal y los folios pertinentes del proceso. Esta resolución es inimpugnable y debe contener:

- a) La fecha y hora en que debe iniciarse la audiencia.
- b) La persona a quien se encomienda la defensa del acusado, si éste no ha nombrado defensor.
- c) Los testigos y peritos que deben concurrir a la audiencia.
- d) La citación del tercero civilmente responsable.
- e) Si es obligatoria la concurrencia de la parte civil.

Debe notificarse a todos los sujetos procesales, esto es, al encausado, a los testigos, a los peritos que deben concurrir a la audiencia, al Fiscal Superior, a la parte civil y al tercero civilmente responsable. La presencia del acusado y del Fiscal es indispensable y obligatoria, en cambio la de la parte civil y del tercero es facultativa.

En tal contexto, el auto de enjuiciamiento fue emitido cumpliendo todos los preceptos contenidos en el artículo 229° del C. de PP.

3. ETAPA DE JUZGAMIENTO

Es la segunda etapa del proceso penal ordinario, que está constituida por debates orales que se llevan a cabo ante la Sala Penal para concluir con la sentencia que pone fin al proceso.

En el Juicio Oral, la actividad jurisdiccional y de los sujetos del proceso se concentra en el análisis técnico – científico, en el debate sobre todos y cada uno de los elementos probatorios recogidos durante la primera etapa del proceso, así como los incorporados con posterioridad.

Las notas características de esta etapa son la oralidad, la publicidad y el contradictorio.

El material probatorio debe expresarse oralmente en el debate, por la innegable ventaja de poner frente a la Sala los medios probatorios y las manifestaciones de los sujetos procesales para que puedan apreciar directamente reacciones, emociones y ademanes.

La publicidad constituye una garantía para el acusado, porque además que se puede conocer o presenciar el desarrollo de la audiencia, saber a quien se juzga, el delito que se le imputa y todos los detalles, permite controlar la imparcialidad y legalidad, pues se recuerda a los magistrados que están bajo la atenta observación de la sociedad.

La publicidad no es absoluta. La Sala Penal puede limitar la publicidad. La limitación se produce en los casos en que la Sala dispone el ingreso sólo de un número determinado de personas o restringe el ingreso a menores de edad, salvo si se trata de estudiantes de derecho. Finalmente la Sala puede disponer la exclusión del público y que la audiencia se realice en privado, por ejemplo: en los delitos contra la libertad sexual o en los casos en los que se pone en riesgo la seguridad nacional. En el presente caso la audiencia se realizó en privado al tratarse de un proceso por el delito contra la libertad sexual en agravio de menor en grado de tentativa.

La contradicción importa la existencia de argumentaciones de la defensa y la acusación, el derecho a fiscalizar lo que dice o hace la parte contraria en el debate oral.

➤ JUICIO ORAL

El juicio oral es la audiencia, significa un acto procesal, complejo, oral, público (excepcionalmente privado), preordenado y contradictorio, y que constituye la segunda etapa del proceso penal ordinario, de exclusiva competencia de la Sala Penal Superior.

La audiencia está basada en el sistema acusatorio, sin acusación no podría realizarse, observándose que previamente se realizó la Acusación del procesado, por parte del Fiscal Superior.

En el presente caso, la apertura del juicio oral se realizó en el día y hora señalados en el auto de enjuiciamiento, de conformidad con los artículos pertinentes del C. de PP (artículos 234º, 237º y siguientes). El interrogatorio lo inició el Director de Debates, seguidamente los vocales miembros de la Sala Penal, el Fiscal Superior, el abogado del acusado, por intermedio del Director de Debates.

La Sala Penal informó al acusado los alcances de la Ley N° 28122²⁰, sobre la conclusión anticipada del proceso, declarando ser inocente, por tanto se continuó con el proceso.

También fue acertado la decisión de la Sala Penal prorrogar la detención el acusado por seis meses, el cual fue solicitado por el Fiscal Superior a fin de evitar que no rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, no siendo impugnado por ninguna de las partes.

En la fase del examen al acusado se puede apreciar que éste se considera inocente de los hechos que se le acusa, persiste en que la madre de la menor agraviada le quiere perjudicar pero como se aprecia no expresa exactamente por qué, indicando en un primero momento que es por el levantamiento de una pared medianera y que surge porque ella quería venderle su terreno pero él no tenía dinero para comprárselo, luego cuando es interrogado por uno de los vocales indica que la madre de la menor tenía interés en venderle un terreno, por el cual tuvieron un intercambio de palabras.

Se actuaron las declaraciones testimoniales de Olga Daria Salas Gutiérrez e Isabel Olga Salas Gutiérrez, ofrecidas por el Representante del Ministerio Público, se puede apreciar de sus declaraciones que ambas encontraron infraganti al acusado con la menor agraviada en el baño. Así mismo indican que la menor agraviada en ningún momento fue golpeada por su madre, el cual descarta que la tenue equimosis en su glúteo izquierdo haya sido producida por su madre, lo que permite colegir que esto ha sido producto de la tentativa de violación sexual que sufrió la menor.

Se actuó la declaración testimonial de Olga Gutiérrez Gonzales, quien refiere que su hermano -el acusado- es inocente, y que la menor se encontraba jugando en la calle, sin embargo declara que se encontraba en su cocina, que queda lejos del baño.

Concluimos que de las declaraciones testimoniales no está probada la supuesta venganza que le tiene la mamá de la menor agraviada al acusado, por la supuesta venta de un terreno.

Asimismo se aprecia que el examen a los peritos (médico legista, los psicólogos y psiquiatras) también constituyeron prueba fundamental para determinar la responsabilidad del acusado.

➤ VOTACIÓN DE LAS CUESTIONES DE HECHO

²⁰ Ley N° 28122: "Aplicado en la etapa de juzgamiento, si el acusado confiesa se puede dar por concluido el proceso, en la etapa de juzgamiento". Es aplicable a cualquier delito. Mencionado en el ABC del Derecho Procesal Penal. Ana Calderon Sumarriva. Edición 2007. Pag. 85.

Por unanimidad los vocales de la Sala Penal concluyen que el procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzales es autor del delito contra La Libertad Sexual-Violación sexual de menor en grado de tentativa, con el agravante previsto en el último párrafo del artículo 173° (por ser éste tío de la menor agraviada), por la sindicación de la menor, la declaración de la testigo Isabel Olga Salas Gutiérrez y Olga Daria Salas Gutiérrez, la declaraciones contradictorias del procesado con el fin de evadir su responsabilidad penal, la minoría de edad de la menor agraviada, el delito quedó en grado de tentativa tal como lo indica el certificado médico legal practicado a la menor agraviada, así como el trauma ocasionado a la menor el que está acreditado con la pericia psicológica y la personalidad disocial con rasgos histriónicos/personalidad con rasgos agresivos disociales que presenta el acusado el que está acreditado con la pericia psicológica y psiquiátrica.

Asimismo, no se ha probado que existan problemas personales entre la madre de la agraviada y el acusado, así como no se ha probado que el procesado se encontraba ebrio el día de los hechos. Empero, si está probado que se ha producido un trauma psicológico en la menor agraviada por el hecho vivido, requiriendo apoyo psicológico, conforme se puede apreciar de la Pericia Psicológica practicado a la menor agraviada.

➤ SENTENCIA CONDENATORIA

El colegiado al emitir sentencia valora los hechos y las pruebas aportadas al proceso, aplicando el criterio de conciencia, determinando la responsabilidad penal del acusado.

La jurisprudencia nacional señala que en los delitos de violación sexual, se debe tener en cuenta que la declaración de la víctima resulta ser prueba idónea para destruir la presunción de inocencia del imputado, siempre que se acredite su rotunda coherencia, no se establezca la presencia de móviles espurios en la sindicación, y esencialmente, a nivel objetivo existan datos externos, periféricos circunstanciales, a la propia declaración de la víctima que apoyen su versión, tal como tenemos en el presente caso.

- La Sala Penal fundamenta su sentencia condenatoria en lo siguiente:
 - **La verosimilitud**, referida a comprobar la veracidad de la versión de la víctima. Esto se sustenta con el certificado médico legal practicado a la misma y la pericia psicológica.
 - **Persistencia de la incriminación**, la agraviada desde el inicio de la investigación mantuvo un relato uniforme respecto a los hechos y la incriminación, la que ha sido corroborada con las declaraciones testimonial de Isabel Olga Salas Gutiérrez y Olga Daria Salas Gutierrez.
 - **Contradicción y versión exculpatoria del procesado**, si bien el acusado se considera inocente, en su declaración a nivel de investigación preliminar y en la instructiva, así como en el juicio oral son disímiles, en el cual en un primer momento señala que la menor entró al baño, para después decir que quien empujó la puerta fue la madre de la menor y que en ningún momento estaba con la menor agraviada. Asimismo, el acusado no ha logrado probar la supuesta venganza y/o rencor que le tiene la mamá de la agraviada. Estos extremos se considera como argumento de defensa del acusado, con la finalidad de evadir su responsabilidad penal. Además, valoran las conclusiones de la pericia psicológica y psiquiátrica del procesado.
- Respecto a la graduación de la pena, se debe tener en cuenta las condiciones personales y sociales, grado de instrucción, la forma y circunstancias con las que ha actuado el agente, proporcionalidad entre la entidad del injusto perpetrado y la culpabilidad por el hecho; y el bien jurídico lesionado. Por lo que consideramos que la pena impuesta por la Sala Penal fue excesiva, siendo que debió valorarse que el delito no fue consumado quedando en grado de tentativa y además porque el acusado no tenía antecedentes penales.

➤ **RECURSO DE NULIDAD**

Es el medio impugnatorio de mayor jerarquía previsto por el C. de PP. Se interpone contra autos y sentencias que pronuncia la Sala Penal en un proceso penal ordinario.

De manera que, el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Rodolfo Gutiérrez Gonzales, en fecha 20 y 21 de octubre de 2004, fue planteado dentro del plazo legal y de conformidad con los artículos 289º, 292º inciso 1) y 294º del C de PP²¹.

Lamentablemente, no ocurrió lo mismo con la resolución de la Sala Penal Superior que concedió el referido recurso, pues ésta se emitió el 16 de febrero de 2005; es decir, fuera de cualquier plazo razonable y comprensible.

➤ **DICTAMEN PENAL SUPREMO**

La Fiscalía Suprema en su dictamen considera que se encuentra probado la responsabilidad penal del acusado, y por tanto es de opinión de no haber nulidad en la sentencia y solo haber nulidad en la pena impuesta, porque los hechos corresponden ser tipificados en el Artículo 173º inciso 3, último párrafo del mismo artículo, con la atenuante del artículo 16º del Código Penal, por lo que solicita una pena de 15 años, el cual consideramos acertado por cuanto se trata de un vicio subsanable y no acarrea nulidad del proceso.

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema pretendió subsanar el error advertido, condenando al procesado y subsumiendo su conducta en el Artículo 173 del Código Penal, inciso 3 y último párrafo del mismo artículo, con la atenuante del artículo 16º del Código Penal, al haberse determinado que la menor contaba con 10 años de edad a la fecha de ocurrido los hechos. Sin embargo, al establecer que la conducta realizada por el denunciado se subsume de acuerdo al tenor antes redactado, estaríamos ante el supuesto de un concurso real de delitos, puesto que se trata de supuestos de hecho diferentes (un delito consumado establecido en el art. 173º inciso 3 del Código Penal y uno en grado de tentativa tipificado en el último párrafo del art. 173º concordante con el art. 16º del mismo cuerpo normativo),

Siendo, ello así consideramos que el Juzgador debió tipificar la conducta del agente señalando la agravante del último párrafo del art. 173º (por la calidad del agente y su relación con la víctima) y concordarlo con el inciso 3) (teniendo en cuenta la edad de la víctima) y con el primer párrafo del mismo artículo (el cual detalla la conducta que realiza el agresor) y, al mismo tiempo concordarlo con la atenuante del artículo 16º del Código Penal (tentativa), toda vez que el Delito no fue consumado.

Por lo que, debió haber nulidad en la Sentencia toda vez que desde un principio se vulneró el derecho de legítima defensa del acusado, ya que ni los Fiscales en las diferentes etapas del proceso ni los Jueces, subsanaron correctamente la tipificación del Delito cometido por el Agente.

²¹ De conformidad con el artículo 292º, leída la sentencia, el acusado o el Fiscal, podrán interponer recurso de nulidad, pudiendo hacerlo en el acto o reservarse ese derecho hasta el día siguiente de expedido el fallo, oportunidad en que sólo podrán hacerlo por escrito. En el presente caso la procesada se reservó el derecho e interpuso recurso de nulidad por escrito dentro del plazo señalado.

CONCLUSIONES

- Se concluye que el proceso se llevó con regularidad, observándose que algunos pronunciamientos tanto del Ministerio Público (Fiscal Superior) y Poder Judicial (Juzgado Penal, Sala Penal y Corte Suprema) no cumplían en emitir sus disposiciones en el plazo legal establecido, dilatándose de esta manera el proceso.
- La investigación preliminar fue adecuadamente realizada, desde la detención del procesado hasta la formalización de la denuncia, de conformidad con los dispositivos legales vigentes a la fecha de comisión del delito, sin embargo consideramos que se debió realizar la prueba de dosaje etílico al procesado a fin de acreditar el estado de embriaguez en el que se encontraba.
- El Ministerio Público, formalizó la denuncia en el artículo 173° inciso 2), último párrafo del mismo artículo, con la atenuante prevista en el artículo 16 del Código Penal, advirtiéndose un error debiendo ser lo correcto el último párrafo del art. 173° (por la calidad del agente y su relación con la víctima) y concordarlo con el inciso 3) (teniendo en cuenta la edad de la víctima) y con el primer párrafo del mismo artículo (el cual detalla la conducta que realiza el agresor) y, al mismo tiempo concordarlo con la atenuante del artículo 16° del Código Penal (tentativa), toda vez que el Delito no fue consumado. De esta manera, se afectó el derecho de defensa del acusado.
- La instrucción se realizó regularmente, valorándose las pruebas presentadas por las partes, así como las ampliaciones solicitadas tanto por el fiscal provincial como por el fiscal superior fueron planteadas oportunamente, por cuanto faltaban actuarse diligencias importantes a fin de probar la responsabilidad penal del procesado, cuya función corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal.
- No estamos de acuerdo que no se haya realizado la inspección ocular en el lugar de los hechos a fin de recrear los hechos expuestos por las partes que permitan tener una mayor apreciación de los hechos, pudiendo ser utilizado por el Abogado defensor para sustentar su posición o por el Fiscal para darle veracidad a las testimoniales presentadas, pero sin la participación de la menor agraviada a fin de tutelar su dignidad.
- En cuanto a la declaración preventiva de la menor agraviada consideramos que el juzgado debió preguntar a la menor producto de qué presentaba una tenue equimosis en el glúteo izquierdo si fue ocasionada por el procesado en circunstancias que intentó ultrajarla, si fue ocasionada por una golpiza que le propinó su mamá, o si fue producto de haberse golpeado cuando estaba jugando con sus hermanos; esto con la finalidad de determinar la agresión sexual a la que fue sometida la menor y que no llegó a consumarse.
- El dictamen acusatorio formulado por la Séptima Fiscalía Superior Penal de Lima, como el auto de enjuiciamiento emitido por la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, fueron expedidos infringiendo la ley procesal; por haberse expedido fuera del plazo legal y haber formulado acusación incorrectamente especificando la modalidad delictiva atribuida al inculpado en el inciso 2) del artículo 173° del Código Penal.
- El juicio oral se desarrolló con regularidad, con la presencia de los integrantes de la Sala Penal, el representante del Ministerio Público-Fiscal Superior, el imputado y su abogado defensor que en todo momento garantizó su derecho a la defensa y a un debido proceso. Actuándose la pruebas ofrecidas por las partes.
- Finalmente, debemos acotar que debió declararse la nulidad de la sentencia expedida por la Sala Penal, toda vez que el procesado Rodolfo Gutiérrez Gonzales fue acusado por dos Delitos (uno consumado y otro en grado de tentativa), al no advertirse dicho error, no permitieron que el acusado efectuara sus alegatos de defensa vulnerando su derecho a la legítima defensa, por lo que la pena al imponerse debió ser la establecida para el Delito más grave.

BIBLIOGRAFIA

CALDERON SUMARRIVA, Ana. El ABC del Derecho Procesal Penal. Editorial San Marcos, Lima, 2008.

CALDERON SUMARRIVA, Ana. Derecho Procesal Penal. Didáctico. Fondo Editorial de la Escuela de Graduandos Águila & Calderón, Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luís. Principios del Derecho Penal. Parte General. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal. Editorial Rodhas, Lima, 2005.

PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Editorial Grijley. Lima, 1999

SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial. Editorial Grijley. 3° Edición-Marzo 2008.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal-Parte Especial Tomo I. editorial Moreno S.A., Edición 2008.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Delitos contra La Libertad e Intangibilidad Sexual. Editorial IDEMSA. Lima 2007