



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Segunda Sala Penal de Apelaciones

Expediente	: 00186-2016-1-1826-jr-pe-03
Jueces	: Sequeiros Vargas/ Sánchez Espinoza/ Mendoza Retamozo
Especialista	: Paico Valqui Flor Carolina.
Ministerio Público	: Novena Fiscalía Superior
Sentenciado	: Carlos Fernando Diego Cabanillas
Delito	: Actos contra el pudor.
Agraviado	: Menor de de edad de iniciales J.C.S.L.
Materia	: Apelación de sentencia.
Procedencia	: Sexto Juzgado Unipersonal de Lima

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

RESOLUCION N°05.

Lima, dieciséis de mayo

del dos mil dieciséis

VISTOS y OIDOS; por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrado por los señores Jueces Superiores que suscriben, la audiencia pública de apelación de sentencia resolvió **CONDENAR** a CARLOS FERNANDO DIEGO CABANILLAS, como autor del delito Contra La Libertad Sexual Actos Contra el Pudor en agravio del Menor de Iniciales J.C.S.L (7 años), Imponiéndole 6 Años de Pena Privativa de La Libertad Efectiva, y fija en la suma cinco mil nuevos soles, el monto de la Reparación Civil a favor de la parte agraviada; interviniendo como director de debates el señor Juez Superior Sequeiros Vargas; y,

CONSIDERANDO:

1.- LA APELACIÓN

1.1.- Es materia de conocimiento, la apelación interpuesta por el por la defensa pública del sentenciado Carlos Fernando Diego Cabanillas, contra la sentencia de fecha veintiséis de febrero del presente año, que resuelve **CONDENARLO** como autor del delito Contra la Libertad Sexual - Actos Contra el Pudor en agravio del menor de

iniciales J.C.S.L (7 años), **IMPONIÉNDOLE SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA**, disponiendo su ejecución provisional, y fija en la suma de cinco mil nuevos soles, el monto por concepto de Reparación Civil a favor de la parte agraviada, representado por su madre la señor Nerry Maribel Lizana López.

1.2.- Agravios

El abogado defensor público del condenado fundamenta sus agravios señalando que:

- Que la sentencia carecería de objetividad, dado que los medios probatorios como la declaración de la madre, la perito Médico Legal y los efectivos policiales intervinientes, en que basa la condena de su patrocinado no han sido debidamente analizados, por el contrario, los mismos no aportarían nada respecto de los hechos, por lo que la sentencia condenatoria se sustentaría en meras subjetividades, con la sola versión del menor sin ningún otro medio probatorio periférico que lo sustente, por tanto no cumpliría con lo establecido en el acuerdo plenario N° 02-2005/CJ-116.
- Que la juzgadora a inobservado las reglas que instituyen el nuevo modelo procesal penal, como es la regla de aportación de parte de los medios probatorios, sin embargo, dispuso que se lleve a cabo una prueba de oficio con toma de declaración del menor en Cámara Gesell, sin tomar en cuenta lo previsto en el artículo 385.2 del Código Procesal Penal, que exige la excepcionalidad de la prueba de oficio, en tanto la misma no reemplace la actuación propia de alguna de las partes, mas aun si el acuerdo plenario N° 1-2011/CJ-116, a establecido que le corresponde al Fiscal recabar esta prueba en la fase de investigación preliminar.
- Señala que con la actuación de la prueba de oficio, la juzgadora suplió la actuación del Ministerio Público en la carga de prueba que le corresponde por mandato constitucional, situación que habría afectado gravemente su imparcialidad, al vincular su decisión a un elemento de convicción formándose un pre-juicio acerca de la responsabilidad penal de su patrocinado.
- Finalmente indica que no se ha tomado en cuenta la versión de su patrocinado en cuanto señalo la denuncia obedecería a un resentimiento y animadversión marcada de la madre del menor hacia su persona, dado que anteriormente habían tenido problemas, por la pérdida de un celular e incluso que su

patrocinado informaba al dueño del hospedaje sobre los problemas que originaba la familia del menor.

Culmina solicitando que se revoque la sentencia apelada al haberse vulnerado el principio de inocencia de su patrocinado.

2.- IMPUTACIÓN y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1.- Acusación

2.1.1.- El titular de la acción penal le atribuye al acusado Carlos Fernando Diego Cabanillas haber realizado tocamientos indebidos en sus partes íntimas (ano) al menor de iniciales J.C.S.L, de siete años de edad, al haberle bajado su pantalón para luego agacharlo y pasarle su dedo que previamente le había echado saliva; así como el haberle obligado a efectuarle tocamientos en su parte íntima (pene), amenazándolo que lo materia si contaba lo sucedido. Hecho realizado el día veintidós de enero del presente año, a las 17:00 horas aproximadamente, en el interior del domicilio sito en el Jirón Cotabambas 358 - Lima Cercado.

2.2.- Sentencia condenatoria

2.2.1.- La señorita Juez fundamenta su resolución señalando que luego del debate probatorio se ha acreditado la responsabilidad penal el acusado, estableciendo que fue la persona que realizó tocamientos indebidos en la parte anal del menor agraviado de iniciales J.C.S.L, lo cual se encuentra corroborado, no solo, con la verosímil y persistente incriminación del menor quien lo sindicaba directamente como el "bigote", apelativo que tendría en acusado, quien toco su potito con su dedo; sino también con el Certificado Médico Legal N° 003993-E-IS, practicado al menor, por la perito Ana María Arroyo Arpasi, el mismo que dio como resultado que la parte perianal del menor se encontraba rojiza, extremo que también fue advertido por su señora madre, cuando lo mando a bañarse.

2.2.2.- Además, señala que entre el acusado y el menor agraviado, así como con la madre del menor, al momento de los hechos no había ninguna circunstancia de odio, rencor o animadversión, que pueda hacer perder credibilidad a los hechos que se le atribuyen, y que lo vertido por el acusado respecto a que habían tenido problemas por la pérdida de un celular estos acontecimientos sucedieron con mucha anterioridad a los ventilados en el presente caso.

2.2.3.- Por lo que encontrándole responsabilidad penal, le impone la pena a seis años de Pena Privativa de de la Libertad, al encontrarse dentro del primer tercio, y habiéndole ocasionado un daño no cuantificable al menor encuentra proporcional fijar la suma de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

3.- DELITO MATERIA DE IMPUTACIÓN

3.1.- El delito de actos contra el pudor en agravio de menores de edad, sanciona a quien: *"(...) sin propósito de tener acceso carnal (...) realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (...)"* estableciendo una pena no menor de seis ni mayor de nueve años de pena privativa de la libertad, cuando la víctima tiene entre siete a diez años de edad.

3.2.- El bien jurídico protegido, es la indemnidad sexual del menor, entendida como el libre desarrollo sexual y psicológico, protegiendo el libre desarrollo de la personalidad de la menor, sin interferencia de ningún factor extraño que altere el equilibrio psíquico futuro.

3.3.- La doctrina¹ nacional ha señalado que los actos contrarios al pudor son aquellos tocamientos y manipulaciones que realiza el agente sobre el cuerpo de la víctima así como aquellos tocamientos o actos libidinosos efectuados por el autor con el fin de satisfacer su propia lujuria, dichos tocamientos deben ser lascivos, lúbricos, eróticos, lujuriosos e impúdicos. Siendo que para la configuración típica del delito, se requiere la concurrencia en el caso concreto de los elementos objetivos, subjetivos y valorativos requeridos por el tipo, es decir, que el agente someta a la víctima a tocamientos en sus zonas sexuales con una clara finalidad de obtener una satisfacción erótica.

4.- DEL JUICIO DE APELACIÓN

4.1.- Actividad Probatoria

El acusado previa conferencia con su abogado defensor, hizo uso de su derecho a guardar silencio, por lo que no se recibió su declaración.

4.2.- Alegatos del Abogado Defensor:

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. "Los delitos de carácter sexual en el Código Penal Peruano" JURISTA Editores, Lima, 2008, pp. 218-219.

4.2.1.- El abogado defensor del acusado, reiterando los argumentos de su apelación preciso que las pruebas actuadas como la versión de la madre y la manifestación de los efectivos policiales intervinientes no vinculan a su patrocinado con el delito. Considerando que la *A quo* vulnerado su imparcialidad al haber dispuesto después del plenario la realización de la toma de declaración del menor agraviado en la Cámara Gesell, cuando el Ministerio Público no postuló esta declaración en la etapa intermedia, dado que tenía la declaración del menor en la vía preliminar donde no estuvo presente el abogado defensor.

4.2.2.- Alegando que esta situación contradice la doctrina y nuevo modelo procesal penal donde son las partes las que tienen que aportar sus pruebas, sin embargo no se habría cumplido con la segunda parte del artículo 382 del Código Procesal Penal, esto con el carácter excepcional de la prueba de oficio; por el contrario, la señora juez suplanta la actuación fiscal, quien no cumplió con el Acuerdo Plenario 1-2011, donde se precisa la toma única de la declaración del menor a efectos de evitar la re victimización del menor.

4.2.3.- Puso en tela de juicio el resultado del Dictamen Pericial N° 003993-E-IS; respecto a la escoriación que presentaba el menor en la parte perianal, dado que el resultado también podría presentarse por causas dermatológicas; situación que sumado a un supuesto problema entre su patrocinado y la madre del menor agraviado, generarían una fuerte duda respecto a la responsabilidad de su patrocinado, habiéndose vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por lo que solicita que se revoque la sentencia condenatoria y se le absuelva de los cargos.

4.3.- Fundamentos del Ministerio Público

4.3.1.- Por su parte la representante del Ministerio Público manifiesta que la prueba de oficio llevada a cabo por la juzgadora se llevó a cabo de acuerdo a las facultades que le otorga la ley, ello no significa en modo alguno que se haya parcializado con alguna de las partes. Con respecto a lo manifestado por la su señora madre y lo referido por los efectivos policiales son prueba periférica, que demuestran que la lesión que presentaba el menor se debía a los tocamientos indebidos del acusado sobre el menor agraviado, por lo que estas, junto con lo manifestado por el menor cumplen los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116.

4.3.2.- En cuanto a los problemas que tuvieron la madre con el acusado, señala que los mismos estuvieron vinculados a la pérdida de su celular, hecho sucedido cuatro meses atrás, por lo que no tienen ninguna vinculación con lo que se ventila.

4.4.- De la defensa material

El acusado, manifestó estar conforme con su defensa técnica considerando que no es necesario que agregue nada antes de emitirse sentencia.

5.- CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO:

5.1.- La defensa del sentenciado solicita la absolución de su patrocinado debido a que la prueba no ha sido objetivamente evaluada, además considera que la actuación del órgano judicial no ha sido imparcial, al haber actuado prueba de oficio cuando le correspondía hacerlo al Ministerio Público.

5.2.- Aduce la defensa que solo con la declaración del menor agraviado (declaración cuestionada) y su madre, así como los policías intervinientes se ha establecido una presunta responsabilidad penal, sabiendo que la madre y los policías no son testigos del hecho, lo que reduce la actividad probatoria únicamente al dicho del menor, que en opinión del sentenciado está influenciado por su madre.

5.3.- Dice finalmente la defensa que han existido problemas anteriores entre el sentenciado y la madre del menor, lo que habría originado resentimientos y animadversión, lo que habría decidido a la madre del menor a interponer la denuncia. Por su parte el sentenciado manifiesta que ese día a la hora que indica el menor no estuvo en el domicilio donde ocurren estos hechos, encontrándose por la avenida la Marina en compañía de un conocido.

5.4.- La prueba de la comisión de un delito, para vencer la presunción de inocencia que establece el artículo 2.24.c del Código Político, tiene que ser de tal magnitud que no deje la menor duda y otorgue plena convicción al juzgador de que los hechos han ocurrido y que el responsable es el imputado.

5.5.- El proceso inmediato constituye, no cabe duda, un buen mecanismo procesal que permite justicia oportuna, sin embargo existen cuestionamientos sobre su seguridad y garantías del cumplimiento de las reglas esenciales del debido proceso donde uno de los aspectos esenciales es precisamente la prueba, su forma de recabar, su actuación y finalmente su valoración, condiciones que en caso de delitos de esta naturaleza se complica aun mas, por

la inexistencia de pruebas objetivas o directas que deriven en la probanza del hecho.

5.6.- Si la prueba en este tipo de delitos y otros es esencialmente la indiciaria, es preciso que el recojo de esos indicios para otorgar márgenes de convicción, tiene que ser suficiente, lo que se logra, normalmente, a través de diversos medios que requieren tiempo y diligencia para ser completos, caso contrario corremos el riesgo de incurrir en errores judiciales que debido a los bienes jurídicos y derechos en conflicto, los perjuicios pueden resultar irreparables, cuando los principios del derecho, nos indican precisamente todo lo contrario, en efecto cuando hay duda es preciso comprobar para disiparla o confirmarla.

5.7.- La flagrancia implica que el autor es sorprendido en el momento mismo de la comisión del delito, lo que en Perú se denomina cuasi flagrancia o actos inmediatos previos y anteriores a la comisión del hecho, evidentemente, en puridad no es flagrancia, sin embargo, por razones de comodidad y política judicial se adoptan criterios y condiciones que no se corresponden con la realidad. En este caso, sería delito flagrante si el sujeto hubiera sido descubierto haciendo los tocamientos al menor, lo que no ha ocurrido, sin embargo se menciona que ha "sido sorprendido y detenido en flagrante delito", (así refiere el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, ver folios 44), afirmación que por cierto constituye una falacia y ningún sistema de justicia que se precie de razonable se puede sustentar en falacias.

5.8.- Luego de hacer esta afirmación, en el mismo escrito de incoación de proceso, la fiscalía dice que "la madre del menor agraviado, a las 3.30 horas del día 23 de Enero del 2015 (los tocamientos se habrían producido el día 22 a las 17 horas aproximadamente, dato que obra en el mismo escrito), le mando bañar, le conto que le dolía su potito y tenía granitos y al preguntarle que le había pasado y es ahí donde narra que el "Bigote" (como se le conoce al denunciado Carlos Fernando Diego Cabanillas) en horas de la tarde del día 22 de enero del 2016, cuando no había nadie en su domicilio, le había dicho que se baje el pantalón...". Evidentemente algo está mal en esa incoación de proceso inmediato, o la narración de cómo se descubre el hecho no es correcto, o la afirmación de haber sido sorprendido y detenido en flagrancia delictiva es falso, por tanto es obligación del Juez exigir a las partes que

aclaren esa evidente contradicción, pues los hechos no están para satisfacer y acomodarse a las normas, sino que las normas deben adecuarse a los hechos y si no hay coincidencia, no se puede forzar la realidad para satisfacer la exigencia o previsión normativa.

5.9.- La idoneidad, pulcritud y calidad del sistema de justicia penal se determina en la medida que se aproximen a la realidad y verdad de los hechos, sin forzar las circunstancias, ni utilizar términos que la ley requiere con el único propósito de satisfacer criterios de producción, estadísticas o resolver los casos de forma inmediata, sin percatarse de los costos, que ese prurito por decidir el caso puede ocasionar, en efecto hay situaciones en las que los hechos y su autoría no requieren más actuación probatoria debido a su evidencia y contundencia, lo que justifica efectivamente el proceso inmediato, pero hay otros en los que es preciso detenerse por un momento y tratándose de asuntos de suyo importantes y graves, su tratamiento tiene que ser medurado y completo.

5.10.- No se soluciona las deficiencias del sistema de justicia penal, resolviendo los casos inmediatamente, tampoco todos los casos pueden incluirse dentro del proceso inmediato, el entusiasmo por decidir los casos en el menor tiempo posible es loable, pero igualmente importante es la calidad del sistema de justicia, que en ocasiones como esta requiere actividad probatoria completa, porque igual podemos incurrir en error por exceso como por deficiencia, condenando a inocentes o absolviendo a culpables, por tanto es preciso hacer las cosas de la justicia como corresponde hacerlas.

5.11.- Conforme se describe en este caso, es el dicho del menor agraviado que sirve de sustento para imputar y considerar responsable del hecho a Diego Cabanillas, quien no solo niega el hecho, sino que además ofrece una coartada, indicando que no estuvo en el lugar de los acontecimientos e indica personas que pueden probar su versión, lo que no ha podido actuarse debido a la rapidez del proceso inmediato.

5.12.- En realidad prueba de descargo no se ha actuado en este caso, solo ha hecho referencia el imputado, quien no cuenta con defensa particular, sino

pública, condición que si bien no constituye desmedro en el ejercicio de su defensa, por el contrario la defensa publica viene actuando con mayor eficacia en muchos casos que la defensa particular, sin embargo las opciones de actuar pruebas se restringe debido a diversos factores entre los que destaca el escaso número de defensores públicos para la excesiva carga que existe, entonces es preciso también evaluar esas circunstancias en un sistema de justicia que hace esfuerzos por ser imparcial e igualar a las partes.

5.13.- La sentencia describe como prueba de cargo, el dicho de la madre del menor, quien narra lo que el hijo le cuenta en horas de la madrugada del día siguiente de ocurridos los hechos y circunstancias de la forma en que conviven diversas personas en el lugar que denominan hospedaje, luego cita la declaración del SO3 PNP Diana Silva Falcón, quien únicamente describe la denuncia que hizo la madre y cuando concurre a verificar la presencia del sindicado, encuentra que esta ensangrentado porque los vecinos del lugar lo habían linchado al recibir la noticia de los supuestos actos contra el pudor. En el mismo sentido describe los hechos el policía John Pimentel Quiñones, en consecuencia estas dos declaraciones no constituyen prueba de cargo ni descargo, pues únicamente describen haber recibido la denuncia a las 4.30 de la madrugada aproximadamente y al concurrir al lugar descubren que el imputado había sido linchado y estaba ensangrentado.

5.14.- La declaración de la médico legista, Ana María Arroyo Arpasi en calidad de perito, sobre el estado físico en que encuentra al menor, refiere que a las 6.35 de la mañana, realiza el examen y señala que la parte "perianal", (por fuera del ano en la piel) se encontraba congestiva, lo que significa que hay cambio de coloración, estaba rojizo, además la parte del ano estaba normal, los pliegues están conservados y no encontraron lesiones en el ano. El menor dice que "bigote" le metió el dedo al que previamente le echo saliva, por tanto hubiera existido lesión en el ano, sin embargo la perito medico dice que esta normal y conservados los pliegues, (según descripción textual y no valorativa), por tanto no hay coincidencia entre lo que describe el menor y la condición física del menor. Agrega la medico perito que la congestión de la región perianal es un signo inespecífico, porque puede haber sido causada por una situación

un menor de esa edad, por tanto las confusiones e imprecisiones, son normales, lo que determina que un proceso penal no puede basar la responsabilidad de una persona por delito tan grave, solo en el dicho de un menor.

6.18.- Al margen del cuestionamiento de la legalidad de la actuación de dicha prueba en las condiciones descritas, que hace la defensa, tenemos que señalar. Sin que esto constituya valoración probatoria, sino únicamente, descripción de lo que aparece en lo actuado, que por la corta edad del menor y la imprecisión de algunos datos, así como la incongruencia entre lo que dice, respecto de los tocamientos y el certificado médico, puesto que en buena cuenta el menor indica una violación (introducción del dedo en su ano), lo que se ve desvirtuado con el mencionado certificado médico y las condiciones descritas por la perito medico, agregamos las imprecisiones sobre los factores entorno del hecho y las condiciones en que se desenvuelven los hechos, teniendo en cuenta además que el imputado rechaza reiteradamente la ocurrencia de los hechos que se le imputa, evidentemente estamos ante un caso donde la prueba de cargo no resulta suficiente, tampoco hay prueba de descargo, condiciones originadas por la rapidez que exige en el procesamiento la forma inmediata, condiciones en las que expedir una sentencia condenatoria o absolutoria, resulta riesgosa.

5.19.- La señora Juez en su fundamentación cita lo que refiere el menor, como prueba de cargo, pero creemos que lo correcto es corroborar ese dicho así como lo referido por el imputado, que reclama ser inocente, por tanto en ese amplio margen de debate entre dos versiones antagónicas, es necesario acudir a la prueba de indicios para desvirtuar o corroborar esas posiciones contradictorias, es preciso establecer con claridad condiciones de tiempo y espacio así como circunstancias previas y posteriores del hecho sin dejar de evaluar las condiciones personales de todos los involucrados.

6.20.- En realidad existen muchas interrogantes que contestar para tener certeza y convicción sobre la ocurrencia del hecho, sobre las circunstancias en que se produjo, sobre las relaciones que existían entre el sentenciado y la madre del menor, debemos tener presente que cuando es interrogado, el procesado sobre las relaciones con la madre del menor dice que prefiere guardar silencio (así aparece en su declaración preliminar) y luego señala que

hubo incidentes y problemas no solo con la madre del menor sino también con la abuela a quienes quiso botar del hospedaje, entonces es preciso establecer cuáles eran las condiciones en las relaciones de estas personas y en todo caso descartar que se trate de denuncias con propósitos vedados. Igualmente el sentenciado refirió que la madre del menor consume drogas y es extraño que un niño de 7 años sea obligado por su madre a que se bañe a las 3 de la madrugada, por tanto también se requiere una debida explicación sobre las relaciones madre hijo.

5.21.- Inclusive se incurre en error al momento de acusar por parte del Ministerio Público, debido a que se solicita 12 años de prisión inicialmente, considerando que el imputado era habitual en el delito y solo ante el reclamo de la defensa, se vuelve a evaluar y finalmente el Ministerio Público, rectifica su pedido y solicita 7 años y seis meses de prisión, (ver acta de fecha 11 de Febrero 2016).

5.22.- Es verdad que el sentenciado tiene antecedentes por delitos contra el patrimonio, referencia negativa que sirve para la determinación de pena, pero en ningún caso para establecer condiciones de responsabilidad penal, menos cuando se trata de delito de distinta naturaleza, en consecuencia, esa relación de antecedentes, no constituye prueba de cargo contra el sentenciado.

5.23.- En resumen la única prueba de cargo directa, en las condiciones descritas, para establecer responsabilidad penal del procesado, es el dicho del niño agraviado, dicho que además ha derivado en la intervención que se produjo en la madrugada del día siguiente de los hechos, el linchamiento contra el supuesto responsable, la denuncia ante la policía y finalmente el proceso inmediato bajo condiciones de flagrancia, sin que existan en realidad, flagrancia delictiva. Dicha prueba de oficio fue propiciada por el mismo juzgado, que no fue propuesta ni reclamada por el titular de la acción penal, condiciones que ciertamente no contribuyen en beneficio de un debido proceso, sino que precisamente originan el cuestionamiento de la defensa del sentenciado, que reclama imparcialidad y debido cumplimiento de lo que informa el artículo 385 del Código Penal, referido a la prueba de oficio, que en principio es excepcional y no debe tener la calidad de reemplazar la actuación

propia de las partes, sino como ya se ha establecido debe estar referido a corroborar un hecho o una circunstancia ya probada o deslindar en caso de duda severa una cuestión técnica o probatoria mediante una prueba adicional.

5.24.- Estas condiciones descritas, nos ubican en una incertidumbre para definir la situación jurídica del sentenciado, debido a que los cargos de imputación para sustentar debidamente la incoación de un proceso, tienen justificación, por el dicho del niño y el certificado médico que a pesar de no ser definido abre la posibilidad que se trate de tocamientos indebidos, pero no descarta cuestiones patológicas totalmente explicadas y razonables, por tanto no podemos incurrir en la ligereza de confirmar la sentencia condenatoria, pero por otro lado, tampoco podemos incurrir en la facilidad de absolverlo, por que podríamos incurrir en dejar impune la comisión de un delito, situaciones que se originan por la rapidez del proceso, siendo lo más razonable y cuerdo, disponer que se reconduzca el proceso a través de un mecanismo procesal más amplio donde se actúe toda la prueba necesaria y se despeje toda duda para decidir con solvencia la situación jurídica de esta persona.

5.25.- En ese entendido, estimamos que la incoación del proceso inmediato bajo condiciones de "flagrancia" que en este caso no concurren, no es correcto, porque descalifica la opción probatoria, tanto más si en delitos de esta naturaleza, son los indicios los que regularmente conducen a la verdad, positiva o negativa, entonces se atenta contra un derecho fundamental que tienen las partes, esto es probar sus afirmaciones. Igualmente se vulnera el derecho de defensa que tienen las partes, en este caso especialmente el imputado, a quien se le debe otorgar la posibilidad de acreditar sus afirmaciones de la manera más amplia y suficiente, debiendo en todo caso el órgano judicial llenar aquellos vacíos de probanza, cuando las partes no son plenos ni suficientes en su actividad probatoria, no como complementador de las pruebas de las partes, sino como verificador de que las afirmaciones probadas efectivamente son como las partes indican o no, a eso se denomina excepcionalidad y complementariedad probatoria.

5.26.- El derecho fundamental del debido proceso que en el Código Político esta contenido a través del artículo 139.3, entre otros propósitos reclama que

nadie debe ser penado sin proceso judicial, (inciso 10), lo que garantiza no solo la existencia de una forma procesal determinada, sino que esa forma ofrezca y garantice a las partes expresarse y probar sus intereses, el inciso 14 de dicha norma garantiza el derecho de defensa que debe ser pleno y desde el inicio del caso, en caso de duda aplicar lo más favorable al reo, (inciso 11), condiciones que en este caso se habrían rebasado, bajo el propósito de incoar proceso inmediato.

5.27.- La flagrancia pura en su probanza, no requiere prueba indiciaria, sino que por la naturaleza de su descubrimiento, la prueba normalmente es directa, salvo excepciones periféricas que requieren comprobación de otra índole, en cambio los hechos no flagrantes, generalmente requieren prueba indiciaria, pues el no conocimiento directo del hecho y la clandestinidad con que se producen, solo por excepción se encuentra acreditada con prueba directa, siendo la prueba indiciaria la que tiene privilegio en este tipo de descubrimiento de delitos, (en realidad no hay delitos de flagrancia o no flagrancia, el termino se refiere a la forma en que se descubre el delito), consecuentemente un delito de actos contra el pudor, deberá contar con abundante prueba indiciaria que otorgue convicción sobre su producción y la responsabilidad del actor, no siendo factible que en un proceso inmediato que toda esa actividad probatoria referida a buscar indicios sea posible hacerlo en tan corto tiempo y con las limitaciones que un proceso inmediato.

5.28.- Dictar una sentencia condenatoria implica mucha responsabilidad, porque se trata de confinar en prisión a una persona por un periodo largo de tiempo que eventualmente puede perjudicarlo para el resto de su vida, por tanto no se trata de expedir la mayor cantidad de sentencias en el menor tiempo posible, sino que cada caso, con el análisis, ponderación y medida correspondiente sea resuelto de la manera más idónea y cumpliendo criterios y principios básicos que fundados en prueba contundente y sin resquicio de duda otorguen convicción sobre la responsabilidad penal, caso contrario la función judicial decae porque se linda con la arbitrariedad, la ligereza, la negligencia o el apresuramiento, tanto más si el Juez es el ultimo servidor del Estado en

quien debe confiar la persona para que se solucione su problema judicial de manera equilibrada, razonable y en lo posible justa.

5.29.- El artículo 150 del Código Procesal Penal, establece los casos de nulidad absoluta, después que el artículo 149 del mismo cuerpo normativo señala que "la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la Ley", norma que limita de manera expresa las declaraciones de nulidad, en clara alusión a que los casos deben resolverse positiva o negativamente, funcionando las nulidades solo en casos determinado y puntualmente señalados por la norma. Dentro de las nulidades absolutas que señala las omisiones o deficientes actuaciones procesales, que originan ese mandato, la letra d) dice que acarrea nulidad absoluta, inclusive cuando las partes no lo soliciten lo que implica que pueda ser declarada de oficio, "la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

5.30.- Por otro lado el artículo 152 del mismo cuerpo procesal, se refiere a la convalidación de los actos procesales, para no declarar la nulidad, norma que guarda relación con el 153 que se refiere al saneamiento, condiciones que exigen al juzgador evitar nulidades y en lo posible convalidar y sanear errores, siempre y cuando resulte viable y finalmente el artículo 154 se refiere a los efectos de la declaración de nulidad, que señala que su declaración anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisara los actos dependientes que son anulados.

5.31.- Bajo estos criterios en el caso presente hemos advertido que se ha vulnerado derechos constitucionales, en razón del apresuramiento procesal y se ha expedido sentencia condenatoria sin la debida actividad probatoria y sin que las partes hayan tenido la oportunidad y tiempo necesario para demostrar sus afirmaciones, pues aun tratándose de un delito tan grave y execrable, no basta la declaración de un menor, en las condiciones y circunstancias descritas para considerar que está probado el hecho, tanto más si existen imprecisiones respecto de hechos y circunstancias concomitantes al evento delictivo denunciado, por tanto es preciso declarar la nulidad de la sentencia y de los actos procesales que determinan precisamente el impedimento del idóneo

ejercicio del derecho de defensa y los otros derechos referidos al debido proceso que hemos señalado.

5.32.- Los efectos de la declaración de nulidad determinan que los actos procesales declarados nulos no tienen validez, por tanto su declaración en este caso, se debe considerar desde el momento que el juzgado admite la incoación del proceso inmediato por flagrancia, acto procesal que debe ser renovado, teniendo en consideración la complejidad del caso y los requerimientos probatorios que han sido ampliamente desarrollados en la fundamentación de esta resolución, debiendo tenerse en cuenta que la prueba irrepetible y aquella que no necesita reiteración, debe ser incorporada al proceso, privilegiando principios y garantías constitucionales, como el interés superior del niño, el debido proceso y las garantías procesales.

5.33.- Advertimos en este caso, que por complejidad y necesidad de actuación probatoria, debía ser canalizado a través de un proceso ordinario, con todas las garantías del caso, tanto más si hemos cuestionado la flagrancia, que es para lo que está previsto el Decreto Legislativo 1194, proceso penal que si bien es verdad no modifica las etapas ni las formas procesales en sustancia y solo reduce al máximo del términos y requerimientos procesales, resulta plenamente valido en casos simples y evidentes (flagrancia) o cuando la evidencia probatoria es de tal magnitud que no existe posibilidad de rebatirla ni desmentirla, que no es el caso.

5.34.- El proceso penal de flagrancia no tiene porque reemplazar a los procesos ordinarios, sino que la complementa, la hace ágil e inmediata por las circunstancias en que se descubre el hecho, por la contundencia probatoria directa y porque ya no resultan viables debates estériles e innecesarios que derivan en la demora procesal, pero no puede aplicarse a aquellos casos donde no hay evidencia, donde no hay prueba directa ni donde los hechos y la prueba no están suficientemente determinados, casos en los que se tiene que conducir el caso a través del proceso ordinario normal, lo que permitirá un resultado positivo o negativo pero más cercano a la verdad y la justicia, en consecuencia, en este caso es preciso que se reconduzca el proceso por la vía ordinaria.

5.35.- Finalmente estas consideraciones de nulidad no deben afectar la prisión preventiva decretada contra el imputado Diego Cabanillas, en razón a que su determinación es independiente a la vía de sustentación del proceso principal, que según el artículo 271° del Código Procesal Penal, debe resolverse después de determinar la situación jurídica del imputado y porque los elementos de convicción y las otras condiciones que conforme dispone el artículo 268° del Código Procesal Penal, sustentan dicho mandato y que determinaron su procedencia no han sido afectados con los vicios que ocasionan la nulidad de la incoación del proceso inmediato en este caso.

6.- RESOLUCION:

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo que informan los artículos: 139, incisos: 3; 10 y 11 de la Constitución Política del Estado; 149, 150 y 154 del Código Procesal Penal; la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Lima, resuelve:

6.1.- **DECLARAR** la **NULIDAD** de la sentencia de fecha veintiséis de febrero del presente año, que resuelve Condenar a Carlos Fernando Diego Cabanillas como autor del delito Contra la Libertad Sexual - Actos Contra el Pudor en agravio del menor de iniciales J.C.S.L (7 años), y le Impone Seis Años de Pena Privativa de la Libertad Efectiva, disponiendo su ejecución provisional, y fija en la suma de cinco mil nuevos soles, el monto por concepto de Reparación Civil a favor de la parte agraviada;

6.2.- Declararon la **NULIDAD** de la Resolución de fecha veinticinco de enero del dos mil dieciséis, en el extremo que resolvió declarar procedente la incoación de proceso inmediato, debiendo el señor Fiscal de la causa reconducir el tramite con arreglo a sus atribuciones.

6.3.- **RESOLVIERON, POR MAYORÍA;** que la nulidad decretada no afecta el mandato de prisión preventiva dispuesto por el Juzgado, conforme a los argumentos establecidos en el considerando 5.35.

6.4.- DISPUSIERON que se remitan los autos al juzgado de origen para el trámite correspondiente; que la sentencia se lea en acto público; hágase saber y notifíquese y devuélvase.

SS

SEQUEIROS VARGAS (DD).

SÁNCHEZ ESPINOZA.

MENDOZA RETAMOZO.

LA ESPECIALISTA JUDICIAL CERTIFICA EL VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA AISSA MENDOZA RETAMOZO, EN RELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA, ES EL QUE SIGUE:

Atendiendo a que la declaración de nulidad de la sentencia y del proceso comprende hasta la resolución N° 02, de fecha veinticinco de enero de dos mil dieciséis, dictada por el Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Especializado en Procesos inmediatos de Flagrancia, en la que se declara tanto procedente la incoación de proceso inmediato como fundado el requerimiento de prisión preventiva; y estando a los fundamentos de la presente resolución, considero que los efectos de la nulidad se extienden a la medida coercitiva antes señalada, y en tanto éstos ponen en cuestionamiento la existencia de graves y fundados elementos de convicción que justifiquen su subsistencia; tanto más que al no existir ya proceso inmediato el representante del Ministerio Público en ejercicio de sus atribuciones se encuentra habilitado tanto para ampliar la investigación preliminar, archivar, como presentar cargos ante el Juez de instrucción en virtud del Decreto Legislativo N° 1206; por lo que mi voto



es porque se disponga la excarcelación del señor Carlos Fernando Diego Cabanillas, salvo que exista mandato de detención en su contra dictada por otra autoridad competente. -


MENDOZA RETAMOZO
JUEZ SUPERIOR