



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1214-2021/CUSCO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito contra el Pudor. Procedimiento probatorio. Proporcionalidad

Sumilla: 1. El artículo 378, apartado 6, del CPP. Este precepto estipula que si un testigo, como en el presente caso, declara que ya no se acuerda de un hecho (aproximadamente siete años y siete meses entre el día del suceso y la fecha de declaración), se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. En el *sub lite* se leyeron dos respuestas de la testigo, pero pese a ello no pudo decir nada adicional. Siendo así, primero, no existió un exceso de lectura de la declaración anterior y, por tanto, tergiversación alguna del procedimiento en cuestión; y, segundo, tal situación fue infructuosa. 2. Las otras tres declaraciones sumariales se obtuvieron contradictoriamente y si bien se oralizaron en el plenario incumpliendo las reglas de su lectura, no sería proporcional su exclusión, dado los problemas que han traído consigo la pandemia de la COVID-19 y la vulneración al plazo razonable –tras dos anulaciones y más de diez años desde los hechos– la renovación del juicio. La defensa no puede alegar que se vulneró su derecho al no poder conainterrogarlos en el plenario si ya lo hizo en sede sumarial. Entonces, el derecho al plazo razonable y la notoria disminución del peso de la actualización del conainterrogatorio derivado del hecho de que la defensa interrogó a los tres testigos en la investigación preparatoria, determinan que la anulación no sería necesaria ni estrictamente proporcional al ponderar ambos derechos (plazo razonable y defensa). 3. El encausado en los dos juicios anteriores anulados, en los que él fue el único apelante, se le impuso seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, con infracción de lo dispuesto por el artículo 426, apartado 2, del CPP, en este último juicio se impuso una pena superior: ocho años de privación de libertad. Tal situación no puede aceptarse por afectar el principio de interdicción de la reforma en peor. Debe, entonces, de corregirse esa pena y restaurar la vigencia del principio acusatorio y, con él, de la garantía del debido proceso.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, ocho de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal, interpuesto por el encausado PEDRO GUILLERMO MONTAÑO CCALA contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y cuatro, de treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos cuarenta, de dos de diciembre de dos mil veinte, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de N.C.A. a ocho años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de

cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito declararon probado lo siguiente: **1.** Que Luz Marina Andrade domiciliaba en jirón Piura cuatrocientos dieciocho del distrito de Sicuani, provincia de Canchis – Cusco, donde vivía con su menor hija de iniciales N.C.A y su hermana menor, mientras que el imputado Montaña Ccala domiciliaba en la intersección del jirón Piura y la avenida Tupac Amaru, donde también tenía una tienda de abarrotes abierta al público. **2.** Que el día veinte de enero de dos mil trece, como a las quince horas con cuarenta minutos, Luz Marina Andrade Cabrera ordenó a su hija N.C.A., de ocho años de edad, que vaya a comprar sal y huevos a la tienda de abarrotes, por lo que fue al local del encausado Montaña Ccala, a quien le pidió que le venda sal y huevos. **3.** Que el citado encausado ofreció a la niña que se “tome un juguito”, a lo que se negó y le dijo que su mamá se iba a enojar. Acto seguido el imputado la jaló de su mano hacia su lado, donde estaba sentado, y sacándose su “huevo” (conforme a las propias palabras de la menor), procedió a bajar el pantalón y calzón de la menor, para luego meter y poner su huevo –refiriéndose al pene del imputado– por encima de la vagina de la víctima por un ratito. **4.** Que la agraviada N.C.A., por temor, no atinó a oponerse ni hablar, momentos en que el imputado interrumpió su conducta delictiva por el ingreso de una persona a la tienda, de suerte que proporcionó dos dulces a la menor y salió a atender, a consecuencia de lo cual la menor agraviada salió de la tienda asustada, media llorosa, acto que fue presenciado por Rufino Condori Cruz. **5.** Que cuando la agraviada N.C.A. llegó a su casa, lo que advirtió su abuela Francisca Quispe Saca, quien se encontraba en el segundo de la vivienda, relató lo ocurrido a su madre Luz Marina Andrade Cabrera, la cual inmediatamente salió de su casa en compañía de su menor hija para emplazar al encausado. La niña se quedó a unos metros de la tienda, mientras Luz Marina Andrade Cabrera ingresó a la tienda del imputado Montaña Ccala y le reclamó por lo que le había hecho a su hija. **6.** Que el encausado salió al exterior de la tienda y le contestó a la madre de la menor que era culpable y que le invitaría una gaseosa, hecho que fue advertido por la menor Maribel Andrade Cabrera y la agraviada, que esperaban más abajo de la tienda. **7.** Que, posteriormente, la madre de la agraviada presentó la denuncia contra el imputado Montaña Ccala.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene:

1. Que por requerimiento de fojas veintiséis, de nueve de octubre de dos mil trece, subsanado a fojas treinta y seis, de dos de noviembre de dos mil trece, el fiscal acusó a Montaña Ccala como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de N.C.A y solicitó ocho años de pena privativa de libertad y cinco mil soles por concepto de reparación civil.
2. El Primer Juzgado Penal Unipersonal – Sede Sicuani por sentencia de fojas ochenta y siete, de dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis, condenó a Montaña Ccala como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de N.C.A. a seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación consistente en la incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio de docente o administrativo en Instituciones Educativas o Superior, pública o privada en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, y tratamiento terapéutico, así como al pago dos mil soles por concepto de reparación civil. Contra esta sentencia la defensa del encausado interpuso recurso de apelación.
3. La Primera Sala de Apelaciones – Sede Sicuani mediante sentencia de vista de fojas ciento setenta y dos, de uno de junio de dos mil diecisiete, declaró nula la sentencia de primera instancia y mandó realizar un nuevo juicio oral.
4. Que, luego de la renovación del juicio oral, el Primer Juzgado Unipersonal – Sede Sicuani emitió la sentencia de fojas doscientos noventa y dos, de veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, que condenó a Montaña Ccala como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de N.C.A. a seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación consistente en la incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio de docente o administrativo en Instituciones Educativas o Superior, pública o privada por el plazo de la pena principal, así como al pago de tres mil soles por concepto de reparación civil. Contra esta sentencia la defensa del encausado interpuso recurso de apelación.
5. Que llevada a cabo la audiencia de apelación la Sala Descentralizada Mixta, Liquidadora y de Apelaciones de Canchis por sentencia de vista de fojas trescientos noventa, de nueve de mayo de dos mil diecinueve, declaró infundado el recurso de apelación del encausado y, de oficio, la nulidad de la sentencia de primera instancia y del juicio oral, a la vez que dispuso nuevo juicio por otro juez.
6. Que, tras la realización del nuevo juicio oral, el Juez Penal Unipersonal de Canchis profirió la sentencia de fojas seiscientos cuarenta, de dos de

diciembre de dos mil veinte, que condenó a Pedro Guillermo Montaña Ccala como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de N.C.A. a ocho años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. La defensa del encausado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas seiscientos noventa y cinco, de nueve de diciembre de dos mil veinte.

7. Concedido el recurso de apelación y culminado el trámite impugnativo, la Sala Mixta, Liquidadora y de Apelaciones de Canchis dictó la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y cuatro, de treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, que confirmó la sentencia de primera instancia.
8. Contra esta sentencia la defensa de la parte encausada promovió recurso de casación.

TERCERO. Que encausado PEDRO GUILLERMO MONTAÑO CCALA en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos sesenta y tres, de dieciséis de abril de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1, 2 y 3, Código Procesal Penal –en adelante, CPP–).

∞ Desde el acceso excepcional, planteó que se defina el alcance de los artículos 378, apartado 6, y 383, apartado 1, literal d), del CPP. Código Procesal Penal.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento ochenta y seis, de veintitrés de junio de dos mil veintidós, del cuaderno formado en esta sede suprema, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. Las causales de inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal: artículo 429, numerales 1 y 3, del CPP.
- B. Corresponde determinar (i) la licitud del procedimiento probatorio respecto de la prueba personal en casos de olvido del deponente acerca de determinados ámbitos de su testimonio o explicación; y, (ii) los supuestos legales de oralización de prueba documentada.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios–, se expidió el decreto de fojas ciento noventa y dos que señaló fecha para la audiencia de casación el día uno de febrero último.



SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia privada de casación se realizó con la intervención de la defensa del encausado Montaña Ccala, doctora María Esther Adriano Guzmán.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal, estriba en determinar la corrección jurídica del procedimiento probatorio en orden a la prueba personal cuando el testigo olvida determinados ámbitos de lo que antes declaró (ex artículo 378, apartado 6, del CPP), así como si la oralización de tres testimoniales prestadas en sede de investigación preparatoria cumplió las exigencias del artículo 383, apartado 1, literal 'd', del CPP.

SEGUNDO. Que, en el plenario de primera instancia, por un lado, se recibió la declaración de la denunciante y madre de la agraviada N.C.A., Luz Marina Andrade Cabrera; el examen de los peritos psicólogos –del Ministerio de la Mujer y del Instituto de Medicina Legal– que evaluaron a la agraviada N.C.A.; y, la declaración de la hija del imputado, Sharon Nataly Montaña Delgado, y de la esposa del encausado, Natalia Delgado Cuno, así como de otros dos amigos.

∞ Por otro lado, se oralizó la denuncia verbal de la madre de la agraviada N.C.A., Luz Marina Andrade Cabrera; la partida de nacimiento de la víctima, de ocho años de edad; el acta de entrevista única, en cámara Gesell, actuada como prueba anticipada; las testimoniales prestadas en la Fiscalía de Rufino Condori Cruz, Maribel Andrade Cabrera, Magda Bertha Meléndez de Contreras y Eudis Gutiérrez Ríos.

∞ Por último, se recibió la declaración del encausado Montaña Ccala.

TERCERO. Preliminar. Que es de resaltar que se cuestiona, desde la perspectiva de la legalidad de la prueba, el procedimiento probatorio plenarial realizado respecto de la denunciante y madre de la agraviada, Luz Marina Andrade Cabrera, y la oralización (como prueba documentada) de

las testimoniales de Rufino Condori Cruz, Francisca Quispe Sacca y Maribel Andrade Cabrera.

∞ **1.** Luz Marina Andrade Cabrera denunció los hechos sucedidos en perjuicio de su menor hija N.C.A. y prestó testimonial en la Fiscalía – ambas actuaciones se oralizaron en la audiencia [vid.: fojas cincuenta y cuatro]–. Además, concurrió al plenario y declaró en la sesión de diecisiete de septiembre de dos mil veinte. En esta sesión declaró valiéndose de un intérprete pues solo entiende el quechua. Dijo que, por el tiempo transcurrido –los hechos ocurrieron el veinte de enero de dos mil trece– no recuerda lo sucedido, pero sí que ese día mandó a su hija, de ocho años, a comprar sal y huevo, y que luego su hija regresó llorando, así como que el joven –señalando al imputado– la había molestado, por lo que fue a la Comisaría a denunciar, pero no recuerda más de lo ocurrido. Es así que el juez ordenó se lea la declaración sumarial de la testigo –de dos preguntas y su respuesta, sin oposición de la defensa del acusado–, pero pese a ello insistió en que no recuerda, que no estaba recuperada de su enfermedad.

∞ **2.** Los testigos Rufino Condori Cruz, Francisca Quispe Sacca y Maribel Andrade Cabrera no asistieron al juicio oral, pese a que se les notificó (las notificaciones se dejaron bajo la puerta). El apercibimiento decretado fue que si no concurren se prescindirá de dichas testimoniales, pese a que en el caso de las dos últimas la defensa del imputado pidió que el apercibimiento fuera bajo conducción compulsiva. Ante esta segunda inconcurrencia se prescindió del testimonio plenarial y se dio lectura a sus declaraciones sumariales. Lo mismo sucedió con el testigo Rufino Condori Cruz, pero en este caso, la defensa del imputado no observó esta lectura ni reclamó la exigencia de previa conducción compulsiva del testigo. Cabe indicar que las tres declaraciones oralizadas contaron, en su día, con la presencia e intervención en la Fiscalía del abogado defensor del imputado [vid.: fojas seiscientos trece, seiscientos quince y seiscientos dieciocho].

CUARTO. Que, en cuanto a la testigo y denunciante Luz Marina Andrade Cabrera, se tiene que el procedimiento de su testimonial plenarial aplicado fue el previsto en el artículo 378, apartado 6, del CPP. Este precepto estipula que si un testigo, como en el presente caso, declara que ya no se acuerda de un hecho (aproximadamente siete años y siete meses entre el día del suceso y la fecha de declaración), se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. En el *sub lite* se leyeron dos respuestas de la testigo, pero pese a ello no pudo decir nada adicional.

∞ Siendo así, primero, no existió un exceso de lectura de la declaración anterior y, por tanto, tergiversación alguna del procedimiento en cuestión; y, segundo, tal situación fue infructuosa. En todo caso, la testigo Andrade

Cabrera llegó a sostener en el plenario que ese día mandó a su hija a comprar, que su hija regresó de la tienda llorando y le dijo que el encargado de ella (el imputado, a quien identificó en la audiencia) la había “molestado”. Su declaración sumarial es conteste con lo que declaró su hija, quien dio cuenta de tocamientos libidinosos efectuados por el imputado.

∞ Por consiguiente, no puede excluirse el testimonio plenarial y, menos, no adicionarse a su examen lo que declaró en sede sumarial.

QUINTO. Que, en lo concerniente a la oralización de las declaraciones sumariales de Rufino Condori Cruz, Francisca Quispe Sacca y Maribel Andrade Cabrera, se tiene que se invocó el artículo 383, apartado 1, literal ‘d’, del CPP; disposición legal que estatuye que: “[T]ambién serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior”. El literal anterior señala que el testigo en este caso “[n]o hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes”.

∞ Los tres testigos declararon en sede sumarial con el concurso del abogado defensor del imputado. No es que no se sepa el paradero o lugar de residencia de dichos testigos –se les notificó por cédula en su domicilio–, que es el supuesto habilitado para disponer la lectura de la declaración sumarial. Tratándose de testigos con paradero conocido, sin que luego se advierta que ya no residen allí y no se sabe su paradero, el apercibimiento legalmente autorizado, conforme al artículo 379 CPP, es su conducción compulsiva y si en esta segunda ocasión no puede ser localizado se prescindirá de su testimonial, abriendo paso a la lectura de su declaración sumarial.

∞ Como quedó expuesto, el apercibimiento de conducción compulsiva no fue dispuesto por el órgano jurisdiccional, pues se fijó un apercibimiento distinto, anticipado, de prescindencia de esa prueba. La invocación de que tal apercibimiento no resultaba viable por tratarse de audiencias virtuales no es de recibo porque lo esencial era forzar al testigo, con el auxilio de la fuerza pública, a que se conecte al enlace correspondiente y, para ello, era del caso ubicarlo y conducirlo a un local donde tal enlace pudiera concretarse –una dependencia judicial, fiscal, gubernamental o, incluso, a un centro que tenga internet–.

∞ Empero, es claro que las tres declaraciones sumariales se obtuvieron contradictoriamente y si bien se oralizaron en el plenario incumpliendo las reglas de su lectura, no sería proporcional su exclusión, dado los problemas que han traído consigo la pandemia de la COVID-19 y la objetiva vulneración al plazo razonable que conllevaría la renovación del juicio –

tras dos anulaciones y más de diez años desde los hechos. La defensa no puede alegar que se vulneró su derecho al no poder contrainterrogarlos en el plenario si ya lo hizo en sede sumarial. Entonces, el derecho al plazo razonable y la notoria disminución del peso de la actualización del contrainterrogatorio derivado del hecho de que la defensa interrogó a los tres testigos en la investigación preparatoria, determinan que la anulación no sería necesaria ni estrictamente proporcional al ponderar ambos derechos (plazo razonable y defensa).

∞ En tal virtud, este motivo casacional debe desestimarse.

SEXTO. Que, aun cuando no integra el objeto del recurso la completitud de la prueba pericial psicológica, es del caso destacar que los dos peritos (del Instituto de Medicina Legal y del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) asistieron al plenario y explicaron el contenido de sus informes periciales [vid.: 122-2013-PSC, de veintidós de enero de dos mil trece, de fojas cincuenta y ocho del cuaderno del procedimiento intermedio, y 018-2013, de veinticinco de enero del cuaderno del procedimiento intermedio]. Además, ni la defensa y las demás partes procesales, así como tampoco el Juzgado Penal, plantearon el debate pericial ante la contradicción de sus conclusiones. Tal defecto sería, por ello, una irregularidad procesal que no trae consigo la ineficacia probatoria de las pericias y su consiguiente declaración de nulidad.

∞ Es verdad que la menor agraviada ante la perito del Instituto de Medicina Legal dio cuenta no solo de lo sucedido con el imputado y los hechos materia de la causa, sino que también informó de otro suceso, anterior, en que, según dijo, fue violada por un joven vecino –lo que en ese acto fue descartado por su madre y, además, no tiene base real a partir del certificado médico legal 0000125-CLS–, situación que dio lugar a una valoración negativa de la exposición de la niña por la perito; exposición que no reiteró ante el perito del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, profesional que consideró que la agraviada, al examen, presentó una sintomatología compatible con daño emocional, depresión infantil, estado de angustia y sentimientos de culpabilidad por lo ocurrido.

∞ La menor agraviada en sede pericial no confundió los hechos, solo adicionó uno, pero sin ninguna base real. La realidad de lo ocurrido se infiere no solo con su declaración prestada como prueba anticipada, sino con el mérito de la denuncia de su madre y de lo que ésta expuso en sede sumarial –la declaración plenarial de esta última no importó una retractación de lo que expresó ante el Ministerio Público, y si bien identificó al imputado y que su hija le dijo que la había “molestado”, es razonable en función a la fecha de los hechos dar mayor valor a la declaración sumarial–. Tal conclusión se refuerza por las declaraciones, que

corroboran parte de los hechos (corroboración periférica externa), de Rufino Condori Cruz, Francisca Quispe Sacca y Maribel Andrade Cabrera –que la niña salió llorando de la tienda del imputado, que éste reconoció que había hecho tocamientos a la víctima y que ante lo expuesto por la agraviada su madre llamó la atención al imputado–. El análisis de conjunto del material probatorio disponible permite obtener un resultado probatorio categórico respecto a la existencia del delito y responsabilidad penal del imputado.

SÉPTIMO. Que, finalmente, un dato que fluye con claridad de las actuaciones del proceso es que al encausado Montaña Ccala en los dos juicios anteriores anulados, en los que él fue el único apelante, se le impuso seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, con infracción de lo dispuesto por el artículo 426, apartado 2, del CPP, en este último juicio se impuso una pena superior: ocho años de privación de libertad.

∞ Tal situación no puede aceptarse por afectar el principio de interdicción de la reforma en peor. Debe, entonces, corregirse esa pena y restaurar la vigencia del principio acusatorio y, con él, de la garantía del debido proceso (ex artículo 150, literal d, del CPP). Para tal efecto, debe dictarse una sentencia rescindente y rescisoria, pues no hace falta un nuevo debate. Cabe agregar que lo que esta prohibido al Tribunal Revisor es agravar la situación jurídica del único recurrente, no mejorarla en función a los principios y garantías que informan el proceso penal.

OCTAVO. Que, en estas condiciones, no cabe la imposición de costas. No solo por el resultado del examen casacional, sino porque revela razones fundadas para impugnar.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO**, en parte, el el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal, interpuesto por el encausado PEDRO GUILLERMO MONTAÑO CCALA contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y cuatro, de treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos cuarenta, de dos de diciembre de dos mil veinte, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de N.C.A. a ocho años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en cuanto a la pena privativa de libertad



impuesta. **II.** Y actuando como instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia en la parte que impuso a PEDRO GUILLERMO MONTAÑO CCALA ocho años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad. **III. MANDARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley y se ordene la captura del imputado; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea la sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TUPÉZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON