

Exp. 04559-2021-69-1706-JR-PE-06
Sentenciado: Víctor Fabián Mejía Pisfil.
Agravada: P.V.S.
Delito: Violación Sexual en grado de tentativa.
Especialista Legal: Carmen Fátima Carrión Larreátegui.
Magistrados: Juan Riquelme Guillermo Piscoya.
Raúl Humberto Solano Chambergó (DD).
Erwin Guzmán Quispe Díaz.

S E N T E N C I A N°253 - 2023.

Resolución número nueve.

Chiclayo, quince de noviembre de dos mil veintitrés.

I.- Parte Expositiva.

Es de conocimientos de ésta Segunda Sala Superior Penal de Apelaciones, la impugnación interpuesta y concedida a la defensa técnica de Víctor Fabián Mejía Pisfil, respecto de la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha treinta y uno de julio del año en curso que condena al procesado antes mencionado como autor del delito Contra la Libertad Sexual en su figura de Violación Sexual de Persona en Incapacidad de dar su libre consentimiento en agravio de la persona de iniciales P.V.S y le impone doce años con seis meses de pena privativa de libertad efectiva, ordena su captura, fija en siete mil soles el monto por concepto de reparación civil a favor del agraviado, dispone tratamiento terapéutico, con costas, recibido el cuaderno respectivo en ésta instancia, se le ha dado el trámite correspondiente, oportunamente se ha señalado fecha de audiencia de apelación de sentencia, la que se ha realizado de manera remota conforme al acta de su propósito, habiéndose conectado a la plataforma virtual la señora Fiscal Superior y el Defensor del sentenciado apelante, sin la concurrencia del procesado.

- ✓ Se declaró abierta la audiencia, se procedió a la acreditación de los concurrentes, la señora Abogada Especialista de Audio, dio cuenta de la

resolución impugnada y el señor Defensor del sentenciado, se ratificó en su recurso, procediendo luego la señora Fiscal Superior a hacer un resumen de los cargos imputados al apelante.

- ✓ Ante la inconcurrencia del procesado, se pasó a la etapa siguiente, la señora Abogada Especialista de Audio, dio cuenta que no se había admitido medio alguno para actuar en ésta instancia.
- ✓ El señor abogado defensor y la señora Fiscal Superior, manifestaron que no iban a oralizar documental alguna actuada ven juicio oral de primera instancia.
- ✓ Se han escuchado los alegatos finales del Defensor del sentenciado y de la señora Fiscal Superior.

Concluido el debate, los señores integrantes de la Segunda Sala de Apelaciones, han procedido a la deliberación correspondiente, emitiendo por unanimidad dentro del plazo de ley, la resolución que absuelve el grado.

II.- Parte considerativa.

Primero.- Tipo Penal imputado.

Conforme aparece de la acusación Fiscal y lo precisado por el señor representante del Ministerio Público en ésta instancia, se imputa al sentenciado apelante Víctor Fabián Mejía Pisfil haber incurrido en la comisión del delito de Violación sexual de Persona en Incapacidad de Dar su Libre Consentimiento, es el caso que la agraviada de iniciales P.V.S, de 19 años de edad viene a ésta ciudad el 4 de junio de 2021 con su amigo Gian Franco Olivera Sosa con la finalidad de pasear, hospedándose en el Hotel El Bosque del distrito de José Leonardo Ortiz, el día 7 de junio del citado año va con su amiga Kiara Rojas y Gian Franco Olivera a tomar un taxi, pasando el procesado conduciendo el vehículo de placa de rodaje P2P-413 y ofrece llevarlos a la cevichería "entre pelotas" y al llegar a dicho lugar, le da el número de su teléfono celular a la agraviada, a las 18.50 horas aproximadamente es llamado el procesado para que los recoja y los conduce a la localidad de Pimentel, han comprado pollo y tequila dirigiéndose al hotel donde se hospedaban, pero el recepcionista no permite el ingreso de tres personas, es así que el imputado les indica que conocía un lugar y que podían ingresar al hostel Casa Blanca ubicado en la avenida Agricultura Mz. "A", Lote 32 AA.HH. Saúl Cantoral, siendo las 21.45

horas ingresan a bordo de la unidad vehicular al lugar antes referido y llevados por el procesado, comen y beben lo que habían llevado, utilizan dos vasos descartables, uno la agraviada, otro el encausado y el vaso tequilero para Gian Franco Olivera, acabado el tequila, el encausado saca vino del frio bar, luego saca cerveza, pero la agraviada se sentía ebria, ante ello el encausado se acerca y empieza a besarla y tocarla de una manera incómoda, la agraviada se dirige al baño a vomitar para luego salir, el testigo Gian Franco refiere que la puerta la cierra el encausado para que la agraviada no pueda salir, llega uno de los trabajadores de recepción por haber sido llamado y abre la puerta del baño, la agraviada nuevamente va al baño y el procesado refiere que quería miccionar, toca la puerta, la agraviada no abre, el encausado insiste, motivando que la agraviada abra la puerta, el encausado ingresa y cierra con llave, luego se escucha bulla como golpes y movimientos por lo que Gian Franco pide le abran la puerta y al no hacerlo pide auxilio, coge a la vez un sillón que estaba dentro de la habitación y observa por la ventana superior de la puerta que la agraviada se encontraba en cuclillas y con el cuerpo acostado boca abajo sobre el inodoro, con los brazos caídos, pero además el short y su ropa interior estaba abajo (altura de las rodillas), mientras que el imputado se encontraba detrás de la agraviada semi parado, flexionando las rodillas, con polo puesto, pero su pantalón y su ropa interior a la altura de los muslos, cogiéndose su miembro viril y haciendo movimientos como pretendiendo introducir su pene en las partes íntimas de la agraviada. El hecho ha sido subsumido en el artículo 172 del Código Penal.

Segundo.- Síntesis de la posición del defensor del sentenciado.

Que, su pretensión se expresa en dos niveles, en primer lugar, se declare nula la sentencia impugnada por defecto en la motivación de la resoluciones judiciales y, subsecuentemente reformándola, se establezca un nuevo juicio con un nuevo Colegiado; en segundo lugar, como pretensión accesoria se revoque la sentencia impugnada y, subsecuentemente se absuelva al sentenciado, ya que estaría en un supuesto de grave alteración de la conciencia, conforme lo establece el artículo 20° inciso 1 del Código Penal . Refiere que, los agravios se basan fundamentalmente en la afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme lo establece el artículo 139° inciso 5 de la Carta Magna; afectación al principio de razón suficiente, conforme exige la

motivación de las resoluciones según el artículo 158° del Código Procesal Penal; deficiencia en la motivación externa, específicamente en la valoración del Dictamen Toxicológico Forense N° 20210002002390 a la luz del artículo 123° inciso 1 del Código Procesal Penal; y, finalmente, afectación al principio de interdicción de la arbitrariedad, toda vez que el Colegiado de primera instancia no fundamentó las razones por las cuales concluye en imponer un cuarto de la pena reducida por tentativa y un sexto por responsabilidad restringida. Respecto a su primera pretensión - afectación del principio de razón suficiente, en el ítem 8 del tercer considerando de la resolución impugnada en donde se realiza la valoración del testimonio de Gian Franco Olivera Sosa, único testigo de cargo del Ministerio Público que incrimina directamente al sentenciado, se establece que “a las 21:45 del día siete de junio del 2021, (...) al ingresar su cabeza pudo ver que la agraviada estaba con la cabeza boca abajo en posición de cuatro, encima del inodoro, su cuerpo estaba en cuclillas, sus piernas estaban dobladas en el piso, su ropa interior estaba a la altura de las rodillas y detrás de ella estaba el acusado parado (dejando constancia que estaba parado, no como manifiesta la representante del Ministerio Público que estaba semi parado), el mismo que trataba de introducir su miembro viril en la cavidad anal de la agraviada”; asimismo, en la sentencia recurrida se valoró el acta de tomas fotográficas donde hay una recreación de los hechos, en el cual, el testigo hace la simulación mencionada; al respecto el Colegiado de primera instancia inobservó el principio de contradicción, toda vez que el testigo mencionado, en el plenario, indicó que el acusado se encontraba detrás de ella y estaba parado, sin embargo, de la toma fotográfica recreada y actuada, se advierte que el condenado estaría en postura semi- genuflexa y no parado, advirtiéndose una palmaria contradicción entre el testimonio (prueba testifical) y la fotografía (prueba documental). Igualmente, se observa a la luz de las máximas de la experiencia, es decir, el saber común, que nos enseña que un individuo parado no podría penetrar analmente a una tercera persona en la medida que esta última se encuentra en cuclillas y sus piernas dobladas en el piso, situación que en este caso no fue advertida y menos valorada por el colegiado de primera instancia, sin que se haya explicado las razones suficientes para arribar a una sentencia condenatoria. Alega, que el Colegiado no explica, por ejemplo, como el condenado habría intentado penetrar vía anal

a la agraviada, en la posición antes mencionada, es decir, cuando esta estaba con sus piernas dobladas en el piso. Asimismo, el Colegiado no explica si el miembro viril del condenado, esto es el pene, logró tocar el cuerpo de la agraviada y en los mismos términos tampoco explica en qué parte del cuerpo de la agraviada, esto es ano, habría el condenado colocado su miembro viril (pene), por lo que esto es algo importante pues a la luz de la teoría del plan concreto del autor Nelson Pessoa, que ha sido aceptada por el sistema jurisprudencial y el sistema doctrinal, la tentativa se entiende y se asume como el último acto más próximo a la afectación al bien jurídico, es ahí la diferencia para poder verificar si estamos en tentativa de violación sexual o en tentativa de actos de tocamientos indebidos o actos contra el pudor. Manifiesta, que el ano tiene una disparidad de situaciones, tiene dos glúteos, tiene el esfínter anal, tiene la cavidad anal, situación que no ha sido explicada, ni precisada por parte del Colegiado en primera instancia; siendo que esa circunstancia, sin duda alguna, afecta el principio de razón suficiente en las razones mencionadas. Por otro lado, respecto a ese testimonio, existe también la afectación al criterio de verosimilitud, pues en el quinto considerando de la sentencia impugnada, se indica concretamente que para el Colegiado de primera instancia, la testimonial de Olivera Sosa estaría totalmente acreditada y corroborada con los testimonios de los efectivos policiales que llegaron al día de los hechos, conforme se puede verificar en el ítem 1.6.1.1, literal b) del examen del Ministerio Público en la sentencia recurrida; sin embargo, de los testimonios de los efectivos policiales se dice lo contrario, por ejemplo, el testimonio del efectivo policial interviniente Iván Córdova Herrera indica lo siguiente: “¿cuántas personas habían?, (le pregunta el Ministro Público) habían tres personas, dos de sexo masculino y una de sexo femenino, ¿cuando usted encuentra a la persona del sexo femenino, cómo se encontraba ella?, la señorita se encontraba con ropa interior y en un top en la parte de arriba, ¿y recuerda usted dónde se encontraba ella?, dice literalmente, tendida sobre la cama”; el segundo efectivo policial Luis Ángel Osco Ayala indica respecto a la agraviada, en el interrogatorio del plenario, "que se encontraba dentro de un dormitorio, en una casa suite que se llamaba Casa Blanca y se encontraba con una chica que estaba tendida en una cama"; por lo tanto, el testimonio de Gian Franco Olivera Sosa, que ha sido valorado y que es incriminador, señala que “cuando llegó la policía entró al cuarto y según

yo recuerdo la policía lo encontró al chico que no quería soltar a mi amiga”, empero, los efectivos policiales conforme se advierte en el caso concreto indican que cuando ingresaron encontraron a la chica tendida en la cama, situación que no cumpliría el requisito fundamental que demanda el Acuerdo Plenario N° 02-2005, respecto a la verosimilitud de la declaración de un testigo. En cuanto al siguiente agravio referido al defecto en la motivación externa, específicamente respecto a la valoración del Dictamen de Toxicología Forense, en el ítem 13 de la sentencia recurrida se establece concretamente que el acusado al momento de los hechos tendría 2.23 gramos de alcohol en la sangre, es decir, se ubicaría según la tabla respectiva en el tercer periodo de alcoholemia; sin embargo, este criterio es errático, como se podrá verificar los hechos materia de imputación se habrían suscitado a las 09:45 de la noche del día 7 de junio del 2021 y la muestra se habría realizado a las 10:56 horas de la mañana del día siguiente 8 de junio del 2021, es decir, habrían transcurrido 13 horas y 11 minutos, por lo que aplicando el método de Widmark, haciendo la operación matemática, se establecería que a las 9:45 pm del día mencionado, su patrocinado registraría 2.7 gramos de alcohol en la sangre, encontrándose, por tanto, en el cuarto nivel de la tabla respectiva, esto es, grave alteración de la conciencia. Refiere que ese error en el quantum es producto de que el Ministerio Público en su momento oportuno al interrogar al perito, ingresa un dato hipotético al momento de la valoración considerando que como baremo se debería tener en cuenta 10 horas para medir la depuración de alcohol, supuesto hipotético que no se condice con los hechos porque los hechos se suscitaron a las 9:45 pm del día antes aludido, en ese sentido, si se hace la prognosis del tiempo se puede concluir que al momento de los hechos el sentenciado estaba en el cuarto nivel, con grave alteración de la conciencia. En cuanto a la afectación del principio interdicción de la arbitrariedad, de la misma forma el Colegiado en su momento oportuno no explicó las razones por las cuales concluye que debe reducir por grado de tentativa 1/4 de pena y subsecuentemente por responsabilidad restringida 1/6 según el artículo 21° del Código Penal, y eso es palmariamente una vulneración manifiesta del derecho a la motivación de la resolución judiciales. Respecto a su segunda pretensión, solicita la absolución de los cargos del sentenciado por cuanto en el caso en concreto se encontraba en el cuarto nivel de la tabla de alcoholemia,

específicamente con grave alteración de la conciencia; detallando que la hora de los hechos ha sido a las 9:45 pm, encontrándose registrado en el fundamento jurídico 4.1 de la sentencia; la hora de toma de muestra fue a las 10:56 am del día siguiente 8 de junio del 2021, el cual aparece corroborado con el Dictamen de Toxicología Forense antes mencionado, por lo tanto, el horario transcurrido fueron 13 horas con 11 minutos exactamente; por lo tanto aplicando el método Widmark que implica la fórmula $Co=Cr + B \times T$ (donde Co implica la concentración de alcohol en la sangre al momento del hecho judicial, Cr implica la alcoholemia al momento de la toma de muestra, B implica el coeficiente de la etiloxidación que es de 0.15 gramos por hora menos el 0.0025 gramos por minuto, y T que es el tiempo transcurrido el momento de los hechos), el cual ha sido valorado según el Recurso de Nulidad N° 1377-2014, fundamento jurídico 3.8. En esa línea, sostiene que si se aplica ese método se va a encontrar que según el primer indicador, es decir el Cr, que el alcoholemia en el momento y la toma de la muestra sería de 0.73 gramos del alcoholemia a las 10:56 a.m. del día 8 de junio del 2023; asimismo, el tiempo transcurrido que son 13 horas 11 minutos, haciendo la operación matemática, las 13 horas multiplicado por el 0.15 gramos de alcoholemia, arroja roja 1.95 gramos y los 11 minutos por el 0.0025 arroja 0.027 gramos por litro de alcohol en la sangre, por lo cual si hacemos la sumatoria correcta arrojaría que al momento de los hechos, es decir, a las 9:45 p.m. del día 7 de junio del 2021 el sentenciado tendría 2.7 gramos de alcohol en la sangre y según la Ley N° 27753 que regula el proceso o la medición del grado de alcoholemia, el sentenciado estaría en el cuarto periodo que se ubica entre 2.5 a 3.5 gramos de alcohol en la sangre, es decir, grave alteración de la conciencia, por lo tanto, por el imperio del principio de legalidad previsto en el inciso 1 del artículo 20° del Código Penal, se estaría postulando una exención de responsabilidad penal. Por estos motivos se ratifica en su pretensión antes aludida en todos sus extremos.

Tercero.- Síntesis de la posición de la señora Fiscal Superior.

Dijo que pide se confirme la sentencia apelada, la defensa al pedir que se valore conjuntamente la prueba, ha tomado en cuenta solo dos hechos, esto es, la declaración de los efectivos policiales y la declaración del testigo en juicio, pero no ha tomado en cuenta otros actos de investigación que se han realizado. En primer lugar, se refiere al acta de intervención policial, que establece

"personal policial llegó hasta la habitación número 24 del hospedaje, dado que un varón había solicitado auxilio, que llamen a la policía y que por esa razón se comunicaron con la Comisaría de Campodónico, personal policial al mando de un teniente y un sub oficial de tercera, llegaron hasta la habitación y observaron que de una ventana del segundo piso estaban arrojando botellas de cerveza, siendo sindicado por el administrador como la habitación en que se estaría suscitando los hechos, presentes en dicha habitación se pudo constatar botellas de cerveza, manchas de sangre en el piso pero realmente se verificó que fue vino, vidrios rotos, a dos sujetos forcejeando dentro de la habitación, tendida sobre la cama una mujer que se encontraba sin prendas menores, sostén y prenda interior, motivo por el cual se procedió a la intervención de ambos sujetos, uno identificado como Gian Franco Olivera Sosa natural de Jaén y al momento de identificarse al otro sujeto, este presentaba signos visibles de estar en estado de ebriedad y al identificarlo se negó rotundamente, vociferando que era efectivo policial, asimismo se le informó que debería acompañarlos a la comisaría de Campodónico a fin de realizar el control de identidad, negándose nuevamente a cumplir la orden legalmente impartida, procediendo a hacer uso de la fuerza para su detención, encontrándose inmerso en el delito de desobediencia", y se refiere a esto, porque si bien en el juicio el efectivo policial Iván Alberto Córdova Heredia, han indicado que dos personas se encontraban a un metro, pero se complementa que ambas personas estaban forcejeando, no es que estaban con el acta de intervención, no es que estaban paradas mirando a la señorita, es lo mismo y así se debe valorar la declaración del otro efectivo policial, quien también declara que vio a los jóvenes a un metro de distancia de la cama, pero debe valorarse conjuntamente con el acta de intervención policial, que sostiene que los encontraron forcejeando; precisando que el acta de intervención policial está suscrita por el suboficial Abanto Sánchez, por el teniente, por otro efectivo policial, por el testigo Eleazar Antonio Zamora Villanueva y por el sentenciado Víctor Fabián Mejía Pisfil. De otro lado, se ha hecho también mención que, según las máximas de la experiencia, no es posible que la joven haya estado en una posición en la que era imposible que haya podido ser penetrada por el imputado y está en una disyuntiva porque el testigo ha dicho que estaba parado; respecto a ello, ha indicado que estaba parado y la fiscalía ha

sostenido durante toda la investigación preparatoria que estaba semiflexionado, sin embargo, no es incompatible decir que estaba parado o que estaba semiflexionado, porque no hay una posición semiflexionado, estaba parado semiflexionado, no hay incompatibilidad, la defensa no lo ha ingresado por contradicción en el plenario, porque efectivamente semiflexionado es estar parado, por lo tanto, no se advierte ninguna contradicción. Respecto a que si se trata de un hecho de violación o actos contra el pudor, como se verifica en el certificado médico legal, la joven presentaba unas fisuras de 0.2 por 0.3 en el ano con signos de acto contranatura reciente, sumado a la versión del testigo Jean Franco Olivera Sosa, quien ha sido persistente en señalar lo que vio a través de la ventana a donde él subió, observando que el imputado estaba con el órgano sexual expuesto y la joven con la ropa interior en la rodillas y el imputado parado semiflexionado, es la razón por la que se postula que se trata de un hecho de violación sexual. En cuanto al estado de ebriedad, la defensa señala que el sentenciado se habría encontrado en un estado de ebriedad totalmente completo (cuarto grado de alcoholemia) y por lo tanto no puede responder por sus actos; sin embargo, el acta de intervención es muy importante, ya que el imputado sabía perfectamente que no quería vincularse al hecho, no quería ni siquiera que lo detengan, identificándose como efectivo policial, por lo tanto, al identificarse como efectivo policial ya da luces que estaba plenamente consciente de lo que estaba haciendo en ese momento y se rehusó a la intervención, no habiendo estado el acusado en un grado de inconsciencia. De otro lado, no queda claro cuál es la verdadera pretensión de la defensa, al señalar por un lado que no se ha valorado debidamente la prueba, porque la tesis de la defensa en juicio ha sido sostener que el testimonio del joven Gian Franco Olivera Sosa es debido a que estaba celoso debido a su orientación sexual porque quería tener algo con el acusado; sin embargo, no hay ninguna prueba de ello; asimismo, se ha cuestionado que el sentenciado estaba parado, si se trata de un delito de actos contra el pudor o de una violación sexual, y por último, se ha alegado un total estado de ebriedad; entonces cuál es la verdadera posición de la defensa, ni siquiera tienen una verdadera posición para alegarla. Precisa, que la agraviada sí ha estado en total estado de ebriedad, la cual ha mencionado que solo recuerda hasta que tomó el tequila y después no recuerda más; sin embargo, el imputado

sí se acuerda de todo lo que ha pasado en la habitación, pero finalmente no indica en qué momento él perdió la conciencia como se pretende alegar ahora, su declaración es amplia, el justificar el imputado que ingresó al baño a ayudar a su amiga nos lleva a sostener que no tuvo grave alteración de la conciencia, pues los dichos expresan más que el resultado del dosaje etílico, ya que como se sabe el alcohol no afecta igual a todas las personas, en ese sentido, se verifica que el imputado no ha tenido grave alteración de la conciencia, no podría ampararse su alegación de estar en el cuarto nivel de la tabla de alcoholemia. Por esos motivos, solicita se confirme la sentencia impugnada.

Cuarto.- Presunción de inocencia.

Conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal para emitir sentencia condenatoria, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, el máximo intérprete de la Constitución, se ha pronunciado al respecto, precisando “En la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, de fecha 12 de noviembre de 1997, la Corte Interamericana destacó que en el derecho a la presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”¹, asimismo agrega que “para la Corte Interamericana, este derecho también exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena [entiéndase prueba suficiente y pertinente] de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000”², “De la jurisprudencia citada, puede concluirse que el derecho a la presunción de inocencia se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio. Sobre la extensión de este derecho, conviene tener presente que el Tribunal Europeo ha precisado que no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida [en forma definitiva] por un tribunal” (Caso *Lizaso Azconobieta c. España*, sentencia del

¹Fundamento 4.2 de la sentencia 00156-2012 HC.

²Fundamento 4.3 de la sentencia 00156-2012 HC. antes citada.

28 de junio de 2011).”³, más en el caso de los delitos sexuales cuyo autor o autores buscan cometerlo en la clandestinidad y no hay más testigos que la víctima, la Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido el Acuerdo Plenario 2-2005 JC/116 en el cual precisa que la declaración de la víctima puede desvirtuar la presunción de inocencia siempre que concurran los presupuestos que establece dicho Acuerdo como son ausencia de incredibilidad subjetiva, esto es que los cargos imputados no se sustenten en odiosidad u otro sentimiento subalterno, persistencia en la incriminación, así como que existan corroboraciones periféricas.

Quinto.- Facultades de la Sala Superior.

La Sala Superior tiene las facultades previstas en el artículo 409 del Código Procesal Penal, conforme al inciso 1 del artículo citado puede declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante, asimismo en el artículo 425.3.a) otorga esa facultad nulificante, ello porque el recurso es una garantía para que se revisen las resoluciones que se cuestionan y que el superior en grado debe revisar, en consecuencia, corresponde primero analizar si la sentencia impugnada adolece de alguna nulidad absoluta, que en caso de ser superado, se pasará a analizar el fondo de la controversia, caso contrario, emite resolución declarando la nulidad de la misma y disponer que se renueve el acto procesal de juzgamiento.

Sexto.-Nulidades advertidas.

Las nulidades de resoluciones y actos procesales, se rigen por principios, entre ellos, el de taxatividad, trascendencia y convalidación, no todo proceder que pudiera ser irregular, es causal de nulidad, éstas deben estar previstas en la ley conforme a lo dispuesto por el artículo 149 del Código Procesal Penal y si son las nulidades relativas resultan subsanables, sin embargo, es de advertir que sólo las nulidades absolutas pueden incluso ser declaradas de oficio conforme al artículo 150 del acotado cuerpo de leyes, hecho que sucede en el presente caso conforme a continuación se precisa y es una de las pretensiones de la defensa del sentenciado.

6.1 La prueba, es un derecho complejo, no se agota con su ofrecimiento y admisión, sino que debe ser actuada de manera correcta y valorada

³Sentencia 00156-2012 HC fundamento 43.

debidamente, a fin de esclarecer los hechos y emitirse resolución conforme a los actuados y la ley.

6.2 Conforme es de verse de la Casación 482-2016 Cusco "Los delitos contra la libertad sexual requiere que la versión de la víctima sea coherente, precisa, sólida, persistente..., lo básico es la narración de un patrón de agresiones y el modus operandi correspondiente, que no esté motivada por móviles espurios y que esté confirmada por corroboraciones periféricas", el examen que se practica cuando ha llegado a juicio oral, debe ser esclarecedor, en el presente, la agraviada ha referido no recordar los hechos debido a la ingesta de alcohol, por lo que corresponde la adecuada evaluación de los demás medios probatorios actuados en juicio.

6.3 En ésta instancia no se han actuado medios probatorios, por lo que no puede superarse las interrogantes surgidas y que deben explicarlo los órganos de prueba, así es necesario que se esclarezca lo relacionado a la cantidad de alcohol ingerido, pues la agraviada en juicio oral de primera instancia indica refiriéndose al encausado "él a veces se servía poco, pero a mí más me servía".

6.4 La versión del testigo Olivera Sosa de haber visto a la agraviada boca abajo encima del inodoro, "su cuerpo estaba en cuclillas en todo el baño, sus piernas estaban dobladas en el piso, su ropa interior estaba en los pies, el señor estaba con el pantalón y su ropa interior hasta las rodillas y estaban en posición de cuatro, el señor estaba que abusaba de mi amiga", éste extremo de la declaración del testigo debe ser adecuadamente esclarecido a fin de poder determinar si en la posición que dice el testigo se encontraba la agraviada y el procesado, era posible que pudiera imponerle el acto sexual.

6.5 El testigo Olivera Sosa refiere haber ingresado a los servicios higiénicos ingresando por un tragaluz, esto significa que en determinado momento han estado tres personas en el baño, sin que se haya determinado por lo menos un aproximado del área del baño a fin de determinar si es factible que hubieran estado tres personas en su interior, además el esclarecimiento respecto a que según el testigo mencionado, cuando llega el personal policial "encontró al chico que no la quería soltar a mi amiga, entonces ni bien la policía llega lo agarran y el chico se puso a decir que suéltenme, que soy policía".

6.6 El efectivo policial Córdoba Heredia al rendir su declaración señala que "la señorita se encontraba con ropa interior y un top en la parte de arriba, tendida sobre la cama, extremo que corresponde ser esclarecido por cuanto el testigo Olivera Sosa dijo anteriormente que "la policía encontró al chico que no quería soltar a su amiga y ello no lo ha referido el PNP Córdoba Heredia, por el contrario refiere "la señorita se encontraba en la cama y los dos varones de pie a unos metros de la cama, ello con la finalidad de determinar la consistencia del citado testigo Olivera Sosa.

6.7 La versión del testigo PNP Oscco Ayala en el sentido que el encausado ha puesto resistencia a su intervención, debía explicar el perito si en las condiciones de ingesta alcohólicas a que se hace referencia, era factible que pueda poner resistencia.

6.8 La toma de muestra para el dosaje etílico a la persona de Víctor Fabián Mejía Pisfil se produce a las 10.56 horas del día ocho de junio conforme consta de la sentencia apelada, no se ha determinado por el perito cual sería el grado alcohólico al momento de la intervención policial aplicando el método de Widmark, y si en dichas condiciones, es posible que el encausado pueda recordar todo lo que ha sucedido, pues el defensor del sentenciado apelante sostiene que se encontraría en el cuarto nivel del grado alcohólico y de existir discrepancia con el perito de parte, debe entre ambos peritos proceder al esclarecimiento mediante el careo respectivo.

6.9 Por la forma como se han descrito los hechos por parte del testigo Olivera Sosa, no se ha efectuado ningún análisis dirigido a determinar si en efecto estamos frente a un delito de violación en grado de tentativa o en un caso de tocamientos o actos libidinosos sin consentimiento, ya que como ha referido el testigo Zamora Villanueva, refiriéndose a la agraviada estaba de rodillas en el inodoro vomitando y solo tenía puesta en la parte inferior ropa interior, dicha aclaración es necesaria, pues el hecho de haber estado libando licor no puede llevar a la conclusión que la agraviada haya sido despojada de su ropa externa.

Sexto.- Conclusiones.

De lo actuado en juicio oral de primera instancia, se tiene que existe deficiencia en la actuación del material probatorio, la información debe ingresar por los órganos de prueba mediante razonada explicación, y de ser necesario actuar los careos del caso, los peritos, son personas con especialidad que pueden

ilustrar al Órgano Jurisdiccional a tomar una adecuada decisión, por lo que no se supera la concurrencia de causal de nulidad, ante ello corresponde así declarar nula la sentencia y no ingresar a analizar el fondo de la controversia, debiendo remitirse los autos a otro Juzgado Colegiado que renueve el acto procesal de juzgamiento, tome en cuenta lo precisado en la presente resolución y emita nueva sentencia conforme a ley.

III.- Parte resolutive.

Por las consideraciones antes expuestas, con la facultad conferida por los artículos 27.1; 417.1 y 419.1 del Código Procesal Penal, la Segunda Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, administrando justicia a nombre del Pueblo resuelve declarar: **Nula** la sentencia apelada contenida en la resolución número cuatro de fecha treinta y uno de julio del año en curso que condena a Víctor Fabián Mejía Pisfil, como autor del delito Contra la Libertad Sexual en su figura de Violación Sexual de Persona en Incapacidad de Dar su Libre Consentimiento en grado de tentativa en agravio de la persona de iniciales P.V.S., e imponen doce años de pena privativa de libertad, fija en siete mil soles el monto por concepto de reparación civil y tratamiento terapéutico con costas. **Dispusieron** que los actuados se remitan a otro Juzgado Colegiado para que renueve el acto procesal de juzgamiento y oportunamente emita nueva resolución con arreglo a ley. **Dejaron** sin efecto las órdenes de captura que se hubieran dictado al encausado por el presente proceso, cursándose los oficios respectivos.

Señores:

Guillermo Piscoya.

Solano Chambergo (DD).

Quispe Díaz.