SALA DE APELACIONES - Sede Central

EXPEDIENTE	: 01627-2017-31-0801-JR-PE-01
ESPECIALISTA	: LUZ XIOMARA GUTIERREZ FLORES
MINISTERIO PUBLICO	: PRIMERA FISCALIA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CAÑETE, FISCALIA SUPERIOR PENAL DE CAÑETE,
TESTIGO	: ROJAS RAMOS, EMMA CRISTINA VILLARROEL PONCE, KETTY AIDA
IMPUTADO	: FRANCIA RAFFO, JUAN ULISES
DELITO	: ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES (EDAD VÍCTIMA: 10-14 AÑOS).
AGRAVIADO	: MENOR DE INICIALES AFFV, REP FLOR DE MARIA VILLAR ROJAS

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° Diecisiete.-

San Vicente de Cañete, veinticuatro de junio del dos mil diecinueve.-

AUTOS Y VISTOS.-

En audiencia privada, por ante la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, se llevó a cabo la audiencia de apelación de sentencia, respecto al recurso de apelación que interpone el sentenciado Juan Ulises Francia Raffo, contra la sentencia que lo condena a once años de pena privativa de la libertad efectiva, por el delito de Violación de la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, agravado por su vínculo familiar (padre), en agravio de la menor de doce años de edad, cuyos nombres y apellidos se reserva de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 27115. Ponente el señor Juez Superior FRANCISCO ENRIQUE RUIZ COCHACHIN.

Luego del debate y el contradictorio entre los sujetos procesales presentes en la audiencia y sin actuación de medio de prueba alguno, que se realizó el 10 de junio de 2019, su estado es la de resolverse; y,

CONSIDERANDO.-

ANTECEDENTES DEL CASO:

PRIMERO.- El Segundo Despacho de Adecuación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cañete, formula requerimiento de acusación contra el imputado Juan Ulises Francia Raffo, por el delito de violación de la

libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, en agravio de una menor de doce años de edad.

1.1.- De los actuados se tiene que el sentenciado Juan Ulises Francia Raffo, entre 28 de enero y 04 de febrero del 2017, a las 09:00 de la mañana, en el interior de su habitación de su vivienda ubicado en el jirón Alfonso Ugarte # 298 del distrito de Cerro Azul, en circunstancia que su menor hija fue a saludarla éste le pide que se eche a la cama, lo que en efecto hizo la menor y en esa circunstancia es abrazado por su padre el sentenciado y luego le toca su "poto" por debajo de su short que vestía en ese momento; posteriormente, en circunstancia que retornaba a la ciudad de Huánuco desde Lima, en el interior del bus en la ruta, aprovechando que estaba dormida la menor agraviada su padre le habría tocado en reiteradas oportunidades su vagina por debajo de short que vestía. Ya en la ciudad de Huánuco el sentenciado le dijo que no contara nada a su madre -sobre los tocamientos- porque se iría a la cárcel; razón por lo que después de un tiempo recién comunicó lo que le había ocurrido a su abuela materna quien denuncia el hecho.

1.2.- El Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cañete, luego de varias sesiones del juicio oral en la que se actuaron y se debatieron las pruebas de las partes procesales, emite la sentencia que condena a Juan Ulises Francia Raffo, a once años de pena privativa de la libertad efectiva, por el delito de violación de la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, en agravio de una menor de doce años de edad. Contra esta sentencia el condenado interpone recurso de apelación, materia de la presente sentencia de vista.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA:

SEGUNDO.- El Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cañete, emite la Resolución N° Doce, del 11 de enero de 2019, que contiene la sentencia N° 001-2019-2°JPCSC-CSJCÑ, que condena al acusado Juan Ulises Francia Raffo, a once años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de violación de la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, en agravio de una menor de doce años de edad con la agravante del vínculo familiar (padre). En los considerandos 24 al 35 de la sentencia se desarrolla la valoración conjunta de los medios de prueba, concluyendo que se encuentra acreditado la existencia del delito materia de imputación así como la responsabilidad del acusado.

2.1.- En cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva sobre la declaración de la menor agraviada, no se ha acreditado ningún tipo de discusión o animadversión entre la madre y la menor agraviada, la abuela de la agraviada o la propia agraviada con respecto al acusado, no habiéndose sustentado objetivamente que haya existido algún tipo de discusión o situación tirante entre las partes referidas, teniendo que por el contrario se ha dejado establecido que la menor se encontraba emocionada con la idea de conocer a sus abuelos y tíos por

parte de padre quienes viven en el distrito de Cerro Azul Cañete, descartándose con ello que exista odio, resentimiento o sentimientos negativos entre ellos, que motive una falsa denuncia más aún si la perito psicóloga que evaluó a la menor agraviada concluye que existe afectación emocional.

2.2.- Sobre la coherencia de la declaración inculpatoria que está corroborado con una imputación coherente, con el contenido de la entrevista única de la menor agraviada que se refiere a las circunstancias de cómo ocurrieron los hechos, precisando que el primer hecho se produjo el 28 de enero del 2017, pues conforme con los boletos de viaje asignados con los números 277538 y 277539 se acredita que al día siguiente 29 de enero del año 2017, la agraviada y el acusado viajaron a la ciudad de Huánuco desde Lima, teniendo que la menor ha referido haber ingresado al dormitorio de su padre en donde éste le introdujo su mano por debajo del short de la menor tocándole su trasero lo que le hizo sentirse incómoda; el segundo hecho se produjo el 29 de enero de 2017, conforme con los boletos antes referidos cuando a las nueve de la noche tanto el acusado como la menor viajaron de regreso a la ciudad de Huánuco desde la ciudad de Lima, habiendo manifestado en cámara gessel la menor que el acusado le metía la mano por su vagina, lo cual se encuentra sustentado con los aportes brindados por la perito psicóloga .

2.3.- En cuanto a la persistencia en la incriminación se debe tener en cuenta que este tipo de delitos sexuales se caracteriza por su clandestinidad, tenemos que existe sindicación que se encuentra debidamente reforzada con los medios probatorios periféricos, como el resultado de la pericia psicológica a la misma, por tanto este órgano judicial colegiado determina que se encuentra debidamente acreditado la comisión de este ilícito penal por parte del acusado, quien además tenía una posición que le daba particular autoridad sobre la menor (padre) que impulsaba a la misma a depositar su confianza en él.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

TERCERO.- Con el recurso de apelación que interpone el sentenciado Juan Ulises Francia Raffo cuestiona la sentencia con el siguiente fundamento:

3.1.- Infracción del artículo 150° inciso d del Código Procesal Penal, a la observancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución en su vertiente vulneración del derecho a la defensa, en estricto a una defensa eficaz y como consecuencia la vinculación del derecho a la prueba.

3.2.- En la etapa intermedia su abogado particular absuelve la acusación fiscal; en la audiencia cuestionan al abogado defensor afirmando que *"usted no es un abogado de ahora"* toda vez que cuando debía formular observaciones al requerimiento de acusación se refiere a la falta de credibilidad de la declaración de la menor agraviada; asimismo, ofrece como pruebas las fotografías de la menor agraviada que desvirtúan al peritaje psicológico, solicitando un análisis

debido a las pruebas, y conforme al acta de control de acusación su pedido fue declarado improcedente por afectación al principio de congruencia con lo oralizado y lo pedido; así como, se declaró infundado los medios de prueba presentados por el abogado defensor.

3.3.- En cuanto a la etapa del juicio oral transcribe lo que fue el alegato de apertura en que la defensa se refiere a las contradicciones que existen en la declaración de la menor agraviada, en esas circunstancias es cortado por el director de debates, para precisarle que se refiere a su teoría del caso; luego la defensa solicita el reexamen de los medios de pruebas rechazados al amparo del inciso 5 del artículo 139° de la Constitución; solicita que se admita como prueba nueva un peritaje y fotografías del viaje de la menor y los pasajes de retorno a la ciudad de Huánuco. En el debate sobre este pedido se refieren a la defensa ineficaz del abogado del acusado, dicho pedido fue declarado improcedente con dos votos y el voto en discordia del magistrado Ancco, quien cuestiona el ejercicio del abogado que resulta ineficaz para los intereses del acusado, y solicita que no se tenga por instalada el juicio oral a fin que se garantice la defensa del acusado.

3.4.- En la fase del reexamen de las prueba no admitidas en la audiencia de control, el A quo declara improcedente por advertir una defensa ineficaz al no sustentar su pedido conforme a ley, situación que vulneró el derecho a la defensa pues no se permitió la actuación de medidos de prueba ofrecidos durante la etapa intermedia, vulnerándose el derecho al debido proceso.

3.5.- Solicita que se declare nula la sentencia y se disponga un nuevo juicio oral.

EL DERECHO A LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS:

CUARTO.- El derecho a los medios impugnatorios o el derecho al recurso es un derecho implícito al debido proceso que está previsto como un derecho fundamental en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. El derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, que ha sido desarrollado en el ámbito penal en el Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

De otro lado, el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, garantiza la pluralidad de instancias, como el mecanismo para asegurar que la parte agraviada con una resolución judicial, pueda acudir a una instancia superior de la misma materia, para que la resolución judicial que le causa agravio sea revisada con el fin de optimizar las decisiones judiciales y descartar resoluciones arbitrarias e injustas.

No obstante, la Instancia Superior tiene limitaciones para conocer de una resolución judicial, en el trámite de un recurso de apelación como en el presente caso, en tanto sólo está facultado pronunciarse *"dentro de los límites de la*

legis.pe

pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho[1]*.”*; que tiene directa relación con el aforismo *“tantum devolutum quantum apellatum”*.

FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL DE APELACIONES:

QUINTO.- El apelante Juan Ulises Francia Raffo con su recurso de apelación no cuestiona precisamente la sentencia que lo condena a once años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva que el impone el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cañete, por el delito de violación de la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, en agravio de una menor de doce años de edad, sino la vulneración del derecho de defensa y a la prueba, como consecuencia de una defensa ineficaz, desde la audiencia de control de acusación y en la instalación del juicio oral con los alegatos de apertura. Postula la nulidad de la sentencia y solicita un nuevo juicio oral.

5.1.- En primer lugar cuestiona la decisión del Juez de Investigación Preparatoria de Cañete que rechaza los medios de prueba que ofrece su abogado defensor. En efecto en la audiencia de control de acusación cuya copia certificada obra a fojas 02/05 de autos, se debate la admisión de los medios de prueba ofrecidos por la defensa técnica del acusado, que son:

1. Las Resoluciones N° siete, diez y doce, en copia simple, recaídas en el proceso de alimentos seguido contra el acusado por la abuela materna, Emma Cristina Rojas Ramos, en representación de la menor agraviada.
2. Fichas del RENIEC de los hijos de la abuela materna de la menor agraviada.
3. Solicita se curse oficio al INPE de Huánuco para que informe si la madre de la menor agraviada, Flor de María Villar Rojas, estuvo internada.
4. Ficha de movimiento migratorio del acusado.
5. La declaración de la madre, Flor de María Villar Rojas, de la menor agraviada.
6. Fotografías de la menor agraviada del facebook.

El Ministerio Público se opuso que dichos medios de prueba fueran admitidas por impertinentes y subjetivos.

El A quo emite la Resolución N° Nueve, que declara fundada la oposición del Ministerio Público e infundado los medios de prueba ofrecidos por la defensa técnica del acusado. No obstante, el A quo deja a salvo el derecho a las partes procesales a afectos que puedan pedir el reexamen de dichos medios de prueba. La defensa técnica en su oportunidad dice estar conforme con dicha resolución.

El A quo para rechazar las pruebas de la defensa técnica del acusado se limita a reproducir la posición del Ministerio Público, afirmando que las resoluciones

[1] Inciso 1 del artículo 419° del Código Procesal Penal del 2004.

legis.pe

judiciales sobre alimentos son ajenos a los hechos y por lo tanto impertinentes; del mismo modo, se pronuncia con respecto a los demás medios de prueba ofrecidos por la defensa pero, si bien algunas pruebas ofrecidas como las fichas del RENIEC sobre los hijos de la abuela materna, para probar que tienen diferentes padres con el fin de descalificar a la abuela materna, resulte impertinente, los demás medios de prueba como las declaraciones de la madre y abuela de la menor agraviada eran atendibles, así como las resoluciones judiciales sobre los alimentos a favor de la menor agraviada, que si bien son copias simples, son documentos según el artículo 185° del Código Procesal Penal, que debieron ser valoradas en forma conjunta con otros elementos de prueba. La razón que expresa el A quo para desestimar dichas resoluciones judiciales es porque precisamente son copias simple que según el Tribunal Constitución carecen de valor probatorio, sin precisar la sentencia que establece dicha afirmación. En cuanto a la fotografía de la menor agraviada lo presenta para probar que la menor está alegre y que viste un pantalón jeen y no short, en el viaje de retorno a la ciudad de Huánuco.

5.2.- De otro lado, en los alegatos de apertura ya en la audiencia de juicio oral, en la sesión del 20 de noviembre del 2018, el abogado de la defensa técnica al momento de referirse a su "teoría de caso" este se refiere a las contradicciones que habría en la declaración de la menor agraviada, en particular sobre la fecha de los hechos; ese en este momento que los magistrados del Colegiado piden al abogado defensor del acusado que ajuste sus argumentos refiriéndose a su teoría del caso, pero este insiste en cuestionar que sin una motivación adecuada se rechazaron sus medios de prueba en el control de acusación, por lo que pide el reexamen de los medios de pruebas ofrecidas que no fueron admitidas. El Colegiado le pide que precise qué medios de pruebas fueron rechazados, contestando el abogado que son los que está registrado en el acta de audiencia del control de acusación, asimismo, le pide una fundamentación especial para el reexamen lo que no hace el abogado defensor; del mismo modo, el Ministerio Público solicite que se rechace el reexamen. Finalmente el Colegiado por mayoría, mediante la Resolución N° Cinco que obra a fojas 33 de autos, deciden rechazar el reexamen de los medios de prueba que no fueron admitidos, en esta audiencia ya se desliza el hecho que se trataría de una defensa ineficaz por la actuación poco afortunada de la defensa técnica del acusado, pero que, no obstante, el voto en mayoría afirma que el ejercicio del derecho de defensa es responsabilidad de las partes, el acusado es quién elige a su abogado defensor. Contrariamente, el magistrado Anco Gutiérrez en su voto en discordia solicita que se declare por no instalada el juicio oral para que el abogado del acusado se prepara para la siguiente audiencia que debe darse en diez días, o en todo caso el acusado acredite otro abogado o solicite que se le asigne uno de la defensa pública, pues al no garantizarse una defensa adecuada para que defienda los interese del acusado, se podría incurrir en una causal de nulidad por una defensa ineficaz. En esta sesión inicial del juicio oral, la defensa técnica no solo solicitó el reexamen de los medios de pruebas que no fueron admitidas sino también ofreció el dictamen pericial que obra a fojas 28/31 de autos, fotografías de la

menor agraviada del viaje de retorno a la ciudad de Huánuco y los boletos de viaje de retorno a la ciudad de Huánuco del acusado y la agraviada. Sobre este extremo, sólo se refiere al dictamen pericial que ofrece en forma limitada más no sobre los otros medios de prueba nuevos pero no existe un pronunciamiento en la parte resolutiva sobre este extremo del Colegiado ni está recogido en el acta de índice de registro de la audiencia de juicio oral, pero del audio se advierte que dichas pruebas fueron ofrecidas por el abogado defensor del acusado.

5.3.- En la sesión del 28 de noviembre de 2018, el nuevo abogado defensor del acusado, el letrado Freddy Mesías Pachas, de la defensoría pública de Cañete, plantea la nulidad del juicio oral y que este se inicie de nuevo, pues se ha vulnerado el derecho de defensa y a la prueba del acusado a causa de una defensa ineficaz que fue advertido oportunamente y que incluso el voto en discordia del magistrado Anco Gutiérrez lo alude; por su parte el Ministerio Público expresa que sólo debe ampararse en parte la nulidad solicitada solo hasta el reexamen de los medios pruebas no admitidas. El Colegiado con los votos de los magistrados Cuya García y Nolasco Velezmoro, por mayoría emite la Resolución N° Nueve que obra a fojas 57 de autos, que declara improcedente la nulidad formulada por la defensa pública del acusado y, el voto del magistrado Anco Gutiérrez es porque se declare nula el juicio oral y se señale nueva fecha para la audiencia.

5.4.- En la sesión del 18 de diciembre de 2018, el abogado de la defensa necesaria del acusado solicita que el Colegiado de oficio admita la actuación en juicio de los testigos: Flor de María Villar Rojas, Silvana Andrea Francia Raffo, Ingrid Madeleine Francia Raffo y Rosa María Castillo Francia, fotografías y boletos de viaje. El Ministerio Público se opone a lo solicitado por la defensa, manifestando que las declaraciones testimoniales que ofrece no son útiles ni pertinentes, a excepción de los boletos de viaje que no los tuvo el Ministerio Público y que resulta necesarios a fin de establecer la fecha cierta del viaje de retorno de la menor agraviada. El Colegiado emite la Resolución N° Diez, que corre a fojas 75 de autos, que declara fundado en parte el requerimiento de medios de prueba de oficio de la defensa técnica del acusado, sólo en el extremo de los boletos de viaje.

SEXTO.- La oportunidad que tienen las partes para ofrecer los medios de pruebas para su actuación en juicio oral, es con el requerimiento de acusación y al absolver el traslado de requerimiento de acusación del Ministerio Público, según el inciso h) del artículo 349° y el inciso f) del artículo 350° del Código Procesal Penal. Con respecto al ofrecimiento de los medios de prueba que realice la defensa técnica del acusado, la última norma procesal invocada establece que debe adjuntarse *"la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos."*.

6.1.- De otro lado, el artículo 373° del Código Procesal Penal, establece una nueva oportunidad para que las partes ofrezcan sus medios de prueba para su actuación en el debate pero *"Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación."*. Y excepcionalmente, *"las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. […]."*.

6.2.- Las partes al final de la actuación probatoria, excepcionalmente, pueden pedir *"una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. […]."*. Inciso 2 del artículo 385° del Código Procesal Penal.

SETIMO.- El Nuevo Sistema Procesal Penal tiene sus propias reglas de corte garantista, que establece tres etapas del proceso penal claramente definidas el primero la etapa de la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juicio oral. La primera etapa tiene el objeto de reunir los elementos de convicción de cargo y descargo, que le permita al Ministerio Público formular acusación o el archivo de la causa; la segunda etapa es básicamente de control de la acusación y de saneamiento procesal para que la causa ingrese en óptimas condiciones al juicio oral. Asimismo, asegura un adecuado ejercicio del derecho de defensa del acusado, pues la acusación debe fijar los términos de la imputación y la pertinencia de las pruebas que serán objeto del juicio oral.

7.1.- En efecto es en la etapa intermedia que el acusado tendrá el pleno conocimiento del hecho o los hechos que se imputa(n) a titulo de autor o partícipe de un delito o varios delitos, los medios de prueba que existen en su contra y que serán actuados en juicio oral. Con ese conocimiento de los hechos y de los medios de prueba en su contra, la defensa técnica desarrollará sus argumentos de defensa que expondrá en juicio, las mismas que deben de estar aparejadas con los medios de prueba que lo respalden. Pero la estrategia de la defensa implica que la defensa técnica o la defensa necesaria del acusado debe estar debidamente preparada para afrontar con éxito, en primer lugar la audiencia de control de la acusación. Es en esta etapa que se producen graves deficiencias de la defensa que no postula sus medios de prueba en la forma y el modo prescrito por la ley. Pero también es en la audiencia de control de acusación que los jueces no cumplen a cabalidad con proteger y resguardar, el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos al acusado por la Constitución y las leyes.

7.2.- Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos del imputado pero además, en la etapa intermedia, en la audiencia de control de acusación está en la obligación de proteger y resguardar el ejercicio eficaz de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes, en particular para regular

legis.pe

las posibles desigualdades entre el acusador y el acusado, como que en el presente caso el juez de investigación preparatoria al advertir que la defensa técnica del acusado no estaba ejerciendo adecuadamente su función al postular en forma inadecuada sus medios de prueba como las fichas del RENIEC de los hijos de la abuela materna de la menor agraviada y se curse oficio al INPE de Huánuco que serían impertinentes pero, las copias simples de las resoluciones judiciales sobre alimentos seguido contra el acusado a favor de la menor agraviada representada por la abuela materna, el documento del movimiento migratorio del acusado y las fotografías de la menor que corresponderían al viaje de retorno a Huánuco, y las declaraciones testimoniales tanto de la madre y abuela maternal de la menor agraviada resultarían, pertinentes, conducente y útiles, pero no obstante el juez de investigación preparatoria los desecho reproduciendo los mismos argumentos del Ministerio Público, según se advierte el audio.

7.3.- En la etapa de juicio oral, en la sesión del 20 de noviembre del 2018, la actuación deficiente de la defensa técnica del acusado fue más clamorosa, lo que fue advertido por los miembros del Colegiado, no obstante tener pleno conocimiento que a la defensa técnica del acusado se le había rechazado sus medios de prueba, permitieron que la actuación de la defensa técnica del acusado insistiera en un reexamen de los medios de prueba no admitidos sin expresar una especial argumentación a la que se refiere el inciso 2 del artículo 373° del Código Procesal Penal, que dio lugar que se rechazara de plano el reexamen. Pero, además, en esa sesión la defensa técnica del acusado ofreció la pericia psicológica de parte como documento la que obra a fojas 28/31 de autos, insistió en las fotografías de la menor agraviada del viaje de retorno a la ciudad de Huánuco y los boletos de viaje de retorno del acusado y de la menor, sobre lo que el Colegiado no se pronunció. De lo expuesto, que fluye del audio de la sesión del 20 de noviembre del 2018, del juicio oral, era evidente que la defensa técnica no estaba actuado correctamente, por la *"Carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal"* de la defensa técnica del acusado que es una de la forma como se manifiesta una defensa ineficaz a la que alude la defensa necesaria del sentenciado en su recurso de apelación, invocando la sentencia en el Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7.4.- No obstante, el Colegiado en la resolución que emite en mayoría para rechazar *"de plano la admisión de medios de prueba nuevos"* expone como uno de sus argumentos que cada parte es responsable de la defensa que tiene y advierte por única "oportunidad", al acusado que *"deberá cautelar su derecho de defensa"*. Esto es, que para dicho Colegiado que por mayoría decidió continuar con el juicio oral, la defensa ineficaz que evidenciaba el letrado del acusado era de su exclusiva responsabilidad, renunciado a garantizar la igualdad de armas que debe haber entre las partes, máxime si de por medio estaba en juego la libertad personal del acusado; posición de la mayoría que no sintonizó con el voto en discordia de uno de los magistrados que pidió que se suspendiera la audiencia a fin de garantizar una defensa idónea del acusado.

7.5.- Esta situación que pudo corregirse en la sesión del 28 de noviembre del 2018, ante el pedido de nulidad de parte de la defensa necesaria del acusado, quien sustento su pedido en una defensa ineficaz que había tenido el acusado que ahora patrocina, para ello se refirió puntualmente a las normas y sentencias de los Tribunales Internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Casación N° 864-2016-Del Santa, en particular a los fundamentos 5.14 y 5.15. Sin embargo, a pesar que el Ministerio Público estaba de acuerdo que se ampare en parte la nulidad planteada, nuevamente por mayoría el Colegiado rechazó la nulidad, contrariamente al voto que en discordia fue porque se declare nula el juicio oral y se reinicie el mismo. Pero curiosamente, en la audiencia del 18 de diciembre del 2018, ante el pedido de la defensa necesaria del acusado para que se actúe de oficio las declaraciones testimoniales de Flor de María Villar Rojas madre de la menor agraviada, Silvana Andrea Francia Raffo, Ingrid Madeleine Francia Raffo y Rosa María Castillo Francia, estas tres últimas habían declarado en la etapa preparatoria; así como, las fotografías de la menor agraviada del viaje de retorno a la ciudad de Huánuco y las boletas de viaje tanto del acusado como de la menor, sólo se admitió estos últimos pues según el Ministerio Público sí era pertinente pues antes no lo había tenido y era útil para establecer la fecha cierta del viaje de retorno.

OCTAVO.- En el presente caso, por parte del Ministerio Público se ofreció los siguientes medios de prueba: la declaración de Emma Cristina Rojas, abuela materna de la menor agraviada; la evaluación de la psicóloga forense de la menor agraviada; formato de conocimiento de hecho delictivo de parte agraviada que realiza la abuela materna; el video de la entrevista única de la menor agraviada y el acta de entrevista única de la menor agraviada. Las pruebas del acusado según la sentencia sub-materia se refiere a su declaración y los boletos de viaje N° 277538 y N° 277539. No existe examen médico legal de la menor agraviada a pesar que la denuncia de la abuela materna se refiere *"no sé si a mi nieta su padre le ha violado porque no me cuenta más"*, según fluye del formato de conocimiento de hecho delictivo de parte agraviada que se tiene a la vista a fojas 30/31 del cuaderno expediente judicial, tampoco existe el acta de nacimiento o documento idóneo que acredite la edad de la menor agraviada. No existe el protocolo de pericia psicológica del acusado.

NOVENO.- El delito que se le atribuye al sentenciado es de actos contra el pudor en menores, que es uno de los delitos que por lo general se produce en la clandestinidad, en donde los únicos testigos directos son el victimario y la víctima, por lo que es muy importante para establecer la comisión del delito y subsecuentemente la responsabilidad del acusado, la declaración de la testigo-víctima, en este caso la menor agraviada, brindada en cámara gessel que es la entrevista única, para que tenga valor probatorio debe ser evaluada con las reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados -testigos víctimas- que establece el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116. Pero no obstante, la sola declaración no puede ser suficiente para determinar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, sino que dicha declaración debe estar

mínimamente corroborado con otros medios de prueba, en este caso se tiene la declaración de la abuela materna, el protocolo de pericia psicológica, el DVD y el acta de la entrevista única y los boletos de viaje prueban la fecha del viaje de Lima a Huánuco.

9.1.- La sentencia en los considerando del 24 al 35 se refiere a la valoración conjunta de los medios de prueba, juicio de subsunción y declaración de certeza, se refiere a dos hechos: el primero cuando la menor agraviada ingresa al dormitorio y se echa a la cama del sentenciado que le toca el "poto" por debajo de su short y, el segundo durante el viaje de retorno de la menor agraviada desde de Lima a Huánuco, en el interior de bus fue tocada en su vagina cuando dormía. La sentencia se pronuncia porque el primer hecho se produjo el 28 de enero de 2017 y el segundo hecho el 29 de enero de 2017, teniendo en cuenta que los boletos de viaje registran la fecha de 29 de enero de 2017. Lo que no guarda relación con la fecha del primer hecho que según la menor agraviada se produjo entre el 28 de enero al 04 de febrero de 2017, pero la menor agraviada viajó a Lima el 27 de diciembre de 2016 según la abuela materna y llegaron el 28 de diciembre de ese año, lo que coincide con lo que dice el sentenciado.

9.2.- Asimismo, no existe claridad en cuanto al tiempo que estuvo la menor agraviada en Cerro Azul – Cañete, pues según la abuela materna estuvo dos meses; como tampoco existe claridad sobre la fecha que abuela materna toma conocimiento de los hechos de boca de la menor agraviada, pues dice que fue después de tres meses en el mes de mayo, pero en el formato de conocimiento de hecho delictivo de parte agraviada que realiza la abuela, se dice *"el día de ayer 19 de junio de 2017, a las 06:00 de la tarde"* su nieta le contó sobre los hechos y ese documento está fechado el 20 de junio de 2017. De otro lado, el Ministerio Público solicita que al acusado se le imponga once años de pena privativa de libertad pero en el considerando 37 de la sentencia el Colegiado se pronuncia por que se aplique diez años de pena privativa de libertad, no obstante el fallo registra una condena de once años de pena privativa de libertad.

DECIMO.- De todas deficiencias que se advierte de la sentencia sub-materia, la más grave es la ausencia de una defensa idónea que hubiera asegurado el pleno ejercicio del derecho de defensa del condenado. El derecho fundamental a la defensa procesal se encuentra garantizado por el artículo 11° inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14° inciso 3 parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8° inciso 2 parágrafo d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política de 1993. La doctrina constitucional reconoce que los derechos fundamentales tienen una doble perspectiva: como derechos subjetivos de la persona y como garantías del derecho objetivo. Al ser la defensa procesal una garantía, el Estado tiene la exigencia de no sólo reconocerla formalmente, sino además le corresponde procurar que sea real y efectiva en el proceso. La consecuencia de reconocer a la defensa procesal como una garantía es convertirla en una exigencia esencial del

proceso, cuya violación de esta garantía procesal constitucional afecta la validez del proceso penal y subsecuentemente de la sentencia.

10.1.- No basta que la defensa sea necesaria y obligatoria para que la garantía constitucional cumpla su finalidad en el proceso penal; la defensa tiene que ser efectiva con una oposición responsable y diligente en base a un conocimiento técnico jurídico solvente pues, la mera existencia de defensor suele ser insuficiente por si sola para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, que solo brindaría una posibilidad formal de igualdad; el equilibrio de las partes reclama una actividad profesional diligente y eficaz del defensor. Si no hay defensa eficaz se considera un abandono implícito de la defensa que demanda la sustitución de abogado y provoca la nulidad de los actos procesales efectuados sin defensa. En efecto la *"La indefensión no solo se produce cuando se priva a las partes de manera irrazonable o desproporcionada de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se sitúe a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria; sino también cuando el procesado no cuenta con una defensa eficaz, materializada en la falta de un defensor con los conocimientos jurídicos que exige el caso para la etapa respectiva*[2]*."*.

10.2.- En el presente caso, el juez de investigación preparatoria, no tuvo la claridad suficiente para advertir que reproducir literalmente los argumentos del Ministerio Público, para rechazar todos los medios de prueba postulados por la defensa técnica de acusado, vulneraba su deber de garantizar el equilibrio entre las partes procesales pues, era evidente que el acusado pasaría al juicio oral sin pruebas que actuar a su favor, tanto por la falta de una adecuada postulación de las pruebas por la defensa técnica como por la desidia del propio magistrado, que no reparo que algunos medios de prueba como las resoluciones judiciales en copia simple, eran pertinentes y tenían relación con la declaración preliminar del acusado que obra a fojas 40/43 del cuaderno expediente judicial que se tiene a la vista. Posteriormente, en el juicio oral, los magistrados del Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cañete, en forma uniforme advirtieron que la defensa técnica carecía de conocimientos técnico jurídico del nuevo proceso penal, cuyos incidentes y actos procesales se resuelve en audiencia, con la actuación de la defensa técnica y de las partes en base a la oralidad, inmediación y contradicción; no obstante, por mayoría rechazaron los medios de prueba nuevos que había ofrecido y el reexamen de los medios de prueba no admitidos y además rechazaron la nulidad formulado por la defensa necesaria, expresando para ello como uno de sus fundamentos, que el ejercicio del derecho de defensa es responsabilidad de cada una de las partes procesales, es decir, el Colegiado toma distancia cuando debería de garantizar la igual de armas en desmedro del acusado. En efecto *"El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es,*

[2] Casación N° 864-2016-Del Santa. Fj. N° 5.14.

al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión[3]*.”*. Un estado de indefensión surge cuando el A quo que tiene el deber de garantizar los derechos fundamentales del acusado, claudica en su deber de proteger y garantizar que el acusado tenga una defensa eficaz, con el argumento que el acusado es el único responsable de su buena a mala defensa, argumento que no se compatibiliza con la debida motivación al ser aparente, pues dicha justificación no es de recibo para desestimar los medios de prueba mal planteadas por una defensa ineficaz. De modo tal, en el presente caso se han vulnerado el derecho de defensa, a la prueba y a la debida motivación derechos fundamentales que están previsto en los incisos 3 -La observancia del debido proceso (derecho a la prueba)-, 5 -La motivación escrita de las resoluciones judiciales- y 14 -El principio de no ser privado del derecho de defensa- del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, cuya vulneración de conformidad con el inciso d) del artículo 150° del Código Procesal Penal, determina la nulidad absoluta de la sentencia y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154° del mismo cuerpo normativo, debe declararse nula inclusive la audiencia de control de acusación. Por lo expuesto, es del caso declarar fundado el recurso de apelación que interpone el apelante Juan Ulises Francia Raffo, a través de su abogado de la defensa pública.

Por las consideraciones expuestas, al amparo del literal d) del artículo 150°, inciso 1, 404°, 413°, 416° literal a) y 425° del Código Procesal Penal, por **UNANIMIDAD** de sus miembros, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, administrando justicia en nombre del Pueblo;

RESUELVE.-

1. **FUNDADO** el recurso de apelación que interpone el encausado **JUAN ULISES FRANCIA RAFFO**, contra la Resolución N° Doce que contiene la Sentencia N° 001-2019-2°JPCSC-CSJCÑ, del 11 de enero de 2019, emitido por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cañete.
2. **NULA** la Resolución N° Doce que contiene la Sentencia N° 001-2019-2°JPCSC-CSJCÑ, que contiene la sentencia que falla condenando al acusado **JUAN ULISES FRANCIA RAFFO,** en calidad de autor del delito de violación de la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores previsto en el inciso 3 del 176°-A del Código Penal, con la circunstancia agravante del último párrafo de dicho artículo concordante con la parte final -vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima- del artículo 173° del mismo cuerpo normativo, vigente a la fecha de los hechos; en agravio de una menor de doce años de

[3] EXP. N° 1323-2002-HC/TC LIMA. F.J. N° 2.

edad, cuyos nombres y apellidos se reserva de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 27115 y, le impone once años de pena privativa de libertad, con el carácter de efectiva; fija la reparación civil en cuatro mil y 00/100 soles que deberá pagar a la menor agraviada y, con lo demás que contiene.

3. **NULO** todo lo actuado hasta la etapa intermedia retrotrayendo el proceso hasta la audiencia de control de acusación debiendo llevarse a cabo la misma por otro Juzgado de Investigación Preparatoria de Cañete llamado por ley, de acuerdo con los términos expresados en la parte considerativa de la presente sentencia de vista.
4. **DAR** lectura de la presente sentencia de vista, en acto privado, a los sujetos procesales que concurran para su conocimiento y fines de ley.
5. **NOTIFICAR** la presente sentencia de vista a los sujetos procesales que corresponda.
6. **DEVOLVER** los autos y sus acompañados al juzgado penal de origen para los fines de ley.

SS
PAREDES DAVILA
RUIZ COCHACHIN (D.D.)
REATEGUI SANCHEZ

legis.pe