

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**UNIVERSIDAD
DE LIMA**

INFORME DE EXPEDIENTE CIVIL

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de

Abogado

Materia : Impugnación de reconocimiento de menor
Expediente : 00584-2012-0-0412-JM-FC-02
Demandante : Ytalo David Verástegui Valenzuela
Demandado : Olga Yanet López Estela

LAURA VICTORIA QUINO PEÑAFIEL

Código de Alumno: 20100888

Lima – Perú

Abril del 2021

Sumilla del Expediente

El Expediente materia de sustentación, discute una impugnación de reconocimiento de menor, a través de la acción judicial de nulidad del acto jurídico de reconocimiento. El accionante alega que su voluntad habría sido presuntamente viciada; y que además, dicho reconocimiento es contrario a normas de orden público que aseguran el interés superior del niño.

ÍNDICE DEL INFORME JURÍDICO

<i>I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE</i>	3
<i>II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE</i>	12
<i>III. MARCO CONCEPTUAL</i>	15
<i>IV. ANÁLISIS DOCTRINARIO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL</i>	17
<i>V. OPINIÓN SOBRE LAS SENTENCIAS</i>	21
<i>VI. OPINIÓN PERSONAL DEL BACHILLER</i>	23
<i>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	28

INFORME DE EXPEDIENTE CIVIL

Dirigido a : Facultad de Derecho
Universidad de Lima

Materia : Impugnación de reconocimiento de menor

Expediente : 00584-2012-0-0412-JM-FC-01

Demandante : Ytalo David Verástegui Valenzuela

Demandado : Olga Yanet López Estela

Informante : **Bachiller Laura Victoria Quino Peñafiel**
Código N° 20100888

Fecha : Abril - 2021

I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1. DEMANDA

Mediante escrito de fecha 06 de junio de 2012, el señor Ytalo David Verástegui Valenzuela interpone Demanda de Nulidad de Acto Jurídico y otros, contra la señora Olga Yanet López Estela, siendo tramitada en vía de Proceso de Conocimiento.

Pretensión Principal

Que, se declare la nulidad del acto jurídico de reconocimiento; por encontrarse viciado el mismo, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor.

Fundamentos de Hecho

- Que, desde el nacimiento del menor, debido a las dudas sobre su paternidad, el demandante solicitó a la demandada la realización de la prueba de ADN; a la cual ésta siempre se negó.

- Que, a finales del año 2011, el demandante visitó un laboratorio para la realización de la prueba de ADN en cuestión; la misma que ha concluido que el accionante no es el padre biológico del menor.
- Que, el accionante formula la demanda a efectos de alcanzar tutela jurisdiccional efectiva; y, que el menor tenga pleno acceso a su derecho a la identidad genética.

Fundamentos de Derecho

- Inc. 1 del Art. 219° del Código Civil.- Falta de manifestación de voluntad, al resultar ésta viciada.
- Inc. 4 del Art. 219° del Código Civil.- Fin ilícito, alegando una intención de aprovecharse económicamente de la pensión de alimentos.
- Inc. 8 del Art. 219° del Código Civil y Art. V del Título Preliminar del Código Civil.- Al atentarse contra el derecho del niño a conocer su identidad.
- Arts. VII y VIII del Título Preliminar del Código Civil.

Principales Medios Probatorios

- El mérito de la prueba de ADN que fue practicada al menor.
- El mérito de la Partida de Nacimiento del menor.
- El mérito de la Ficha RENIEC de la emplazada.
- El mérito del DNI del menor.
- El mérito de las copias del proceso de alimentos y violencia familiar.

2. AUTO CALIFICATORIO DE LA DEMANDA

Mediante Resolución N° 01, de fecha 12 de junio de 2012, el Juzgado Especializado en Familia de Pisco, resuelve **ADMITIR** a trámite la demanda en la vía de Proceso de Conocimiento.

En tal sentido, se confiere un plazo de 30 días a la demandada para que conteste la demanda, bajo apercibimiento de su declaración en rebeldía.

3. DECLARACIÓN DE REBELDÍA

Mediante Resolución N° 05, de fecha 20 de agosto de 2012, el Juzgado Especializado en Familia de Pisco, declara la **REBELDÍA** de la demandada Olga Yanet López Estela; al no haber cumplido con absolver el traslado de la demanda dentro del plazo establecido por ley.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (CURADOR PROCESAL)

En fecha 23 de octubre de 2012, Miguel Grower Vasquez Salas, curador procesal designado para los efectos, contesta la demanda en los siguientes términos:

- Que, a su criterio, el petitorio, fundamentos tácticos, jurídicos y las pruebas presentadas en la demanda, no sustentan la nulidad de acto jurídico; al no haberse demostrado las causales invocadas del artículo 219° del Código Civil.
- Que, referente al fin ilícito invocado como causal de nulidad, en la que se señala que la demandada se aprovecha económicamente con una pensión de alimentos, con las pruebas presentadas no se puede determinar el estado del proceso de alimentos, ya que el demandante solo ha presentado un pedido de desarchivamiento del expediente, sin poder determinar si el accionante estuvo pasando alimentos al menor.
- Que, la "Prueba de Paternidad por ADN" aportada por el demandante, no demuestra que el menor no sea hijo del demandante; ya que al realizarse la prueba se hizo sin control alguno, fue irregular; ya que no estuvo presente la madre. En tal sentido, debe realizarse una nueva prueba con el control respectivo y en la cual estén presentes todas las partes.
- Que, el reconocimiento realizado por el demandante es un acto jurídico unilateral; en tal sentido, lo que pretende con la demanda es la nulidad de acto de reconocimiento del menor, siendo de competencia estricta de los Juzgados Civiles.
- Que, el accionante no ha demostrado que existe un vicio en la creación o la manifestación de su voluntad; ni que el supuesto engaño provocado por la demandada, lo haya inducido a reconocer por error, a un hijo que no era suyo.

5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

Con fecha 29 de enero de 2013, se celebró en la sede del Juzgado, la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.

Conciliación

Acto procesal que no se efectúa dada la naturaleza del proceso.

Fijación de Puntos Controvertidos

Establecer si el acto de reconocimiento del menor Orlando David Verástegui López se ha efectuado con prescindencia de lo establecido en el inciso primero y cuarto del artículo 219° del Código Civil.

Admisión de Medios Probatorios

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el demandante y por el curador procesal.

6. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 13 de mayo de 2013, se llevó a cabo en la sede del Juzgado Especializado en lo Civil de Pisco, la Audiencia de Pruebas; en la misma en la que se procedió a tomar las muestras de ADN del demandante, la demandada y del menor.

7. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – 11.10.2013

Con fecha 11 de octubre de 2013, el Ministerio Público emitió Dictamen Fiscal, recomendando que se declare **FUNDADA** la Demanda; por las consideraciones siguientes:

- Que, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 8° que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas. Asimismo, establece que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.
- Que, por su parte el artículo 6° del Código de Niños y Adolescentes indica que: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el

derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos”.

- Que, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959, estableció en el artículo 2° que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.
- Que, el numeral 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 20 de noviembre de 1989, en su momento dispuso que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.
- Que, el artículo 4° de la Constitución Política de 1993, dispone que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”.
- Que, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como la acción de la sociedad, se considerará el Principio de Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.

- Que, de lo determinado precedentemente se advierte que a través de la prueba científica del ADN actuada en el presente proceso se ha acreditado irrefutablemente que no existe vínculo parental entre el demandante y el menor.
- Que, consecuentemente la demanda de autos debe ser amparada, en atención al Principio del Interés Superior del Niño, así como en resguardo a su derecho a la identidad. Siendo ello así, la primera instancia resolvió declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta.

8. SENTENCIA DE VISTA – 20.12.2013

Con fecha 20 de diciembre de 2013, la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco emite Sentencia de Vista, la misma que **REVOCA** la Sentencia de Primera Instancia y **REFORMÁNDOLA** declara **INFUNDADA** la demanda; por los siguientes fundamentos:

- Que, el artículo 395° del Código Civil no constituye un obstáculo para que el sujeto que efectúa un reconocimiento pretenda conseguir la anulación del mismo, puesto que las causas o circunstancias concurrentes a la formación del acto de reconocimiento y que originan la causa de su anulabilidad escapan del arbitrio del que reconoce.
- Que, existen dos requisitos copulativos para solicitar la anulación del acto de reconocimiento por no existir vínculo consanguíneo: i) Que el sujeto que reconoce demuestre mediante una prueba de ADN que no tiene vínculo consanguíneo con la persona que reconoció como hijo; y, ii) Que el sujeto que reconoce haya efectuado dicho reconocimiento con la creencia de que el reconocido era realmente su hijo.
- Que, si bien la prueba del ADN ha concluido que el demandante no es el padre biológico del menor, debe tenerse en cuenta lo desarrollado precedentemente en el cuarto considerando, ya que este hecho no es suficiente para solicitar la anulación del acto de reconocimiento por no existir vínculo consanguíneo, debiendo además concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, pues la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico.

- Que, el fundamento de la irrevocabilidad del reconocimiento, destaca no sólo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente, más aun teniendo en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños.

9. RECURSO DE CASACIÓN

Mediante escrito de fecha 30 de enero de 2014, el señor Ytalo David Verástegui Valenzuela interpone Recurso de Casación contra la Sentencia de Vista; en los siguientes términos:

- Que, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 386° del Código Procesal Civil, el Recurso de Casación se ampara en la infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada.
- Que, la Sala Superior, al declarar INFUNDADA la demanda se ampara en la disposición contenida en el Art. 395° del Código Procesal Civil; el mismo que según la Sala Superior contiene una prohibición taxativa y terminante, pues constituye una norma de carácter imperativo que no admite pacto en contrario. En tal sentido la Sala Superior, no obstante haberse determinado mediante prueba científica irrefutable, que el menor cuya paternidad se le atribuía, no era hijo suyo, declara INFUNDADA la demanda bajo el argumento de que existen dos elementos copulativos para solicitar la anulación del acto de reconocimiento por no existir vínculo consanguíneo: i) Que el sujeto que reconoce demuestre mediante una prueba de ADN que no tiene vínculo consanguíneo con la persona que reconoció como hijo, y ii) Que el sujeto que reconoce haya efectuado dicho reconocimiento con la creencia de que el reconocido era realmente su hijo. Si faltase uno de estos requisitos no es factible pedir la anulación basado en una prueba de ADN.

10. SENTENCIA DE CASACIÓN – 01.09.2014

Mediante la Casación N° 864-2014-ICA, de fecha 01 de setiembre de 2014, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declara

NULA la Sentencia de Vista, disponiéndose su reenvío a efectos de que se resuelva con arreglo a derecho.

Principales Fundamentos del Voto en Mayoría

- Que, el Recurso de Casación se ha interpuesto por supuesta vulneración al artículo 395° del Código Civil; expresamente se ha indicado que dicho dispositivo no impide que se puedan ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, la nulidad o anulabilidad del reconocimiento de paternidad.
- Que, si bien la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental de la constitución de la relación jurídica paterno-filial; ésta no es el único registro que permite entender ésta.
- Que, el dato biológico otorga una identidad que en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva.
- Que, el fundamento de la irrevocabilidad del reconocimiento, destaca no solo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser vanado caprichosamente, más aun teniendo, en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño; por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños.
- Que, la concepción del derecho a la identidad debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos; debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.
- Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395° del Código Civil, implica concordarla con el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6° del Código de Niños y Adolescentes.
- Que, por consiguiente se advierte que el Ad quem ha infringido el artículo 395° del Código Civil, en el entendido que no efectuó una interpretación sistemática, acarreado ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida. Lo cual

comportaría que la Sala de Casación emita un fallo en sede de instancia, como está previsto en el artículo 396° del Código Procesal Civil; no obstante, es necesario que el Ad quem haga una nueva evaluación de los hechos y pruebas del proceso a la luz de la correcta interpretación antes consignada, siendo por ello justificable el reenvío excepcional.

11. SENTENCIA DE VISTA – 21.01.2015

En fecha 21 de enero de 2015, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Pisco resolvió **DESAPROBAR** la sentencia remitida en consulta por los considerandos siguientes:

- Que, conforme lo ha manifestado la Corte Suprema en la Casación N° 2092-2003-Huaura: "(...) la irrevocabilidad se establece en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia en la cual se encuentra toda persona, y siendo el reconocimiento de la paternidad (o en su caso, de la maternidad) un acto jurídico de declaración unilateral, es susceptible de causales de nulidad y anulabilidad, pues la irrevocabilidad supone la existencia de un acto jurídico válido y con todos los elementos estructurales, en tanto que cuando se aduce su nulidad se alega que el acto carece de aquellos elementos".
- Que, al momento de expedir la sentencia el A quo, si bien realiza un somero resumen de los hechos, más no ha efectuado un análisis sistemático respecto del punto controvertido, ni ha indicado cuales son los fundamentos jurídicos que sustentan la nulidad de la declaración, ni mucho menos ha indicado como es que se ha producido el vicio de nulidad a fin de amparar la pretensión demandada.
- Que, conforme prevé el inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil: "Las resoluciones contienen: (...) 3.- La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. (...) La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula, (...)". En tal sentido,

se ha transgredido el Principio de la Debida Motivación y el Principio de Congruencia Procesal; y por lo tanto la sentencia deviene en nula.

- Que, por las razones expuestas se ordena que el A quo expida nueva resolución con arreglo a ley.

12. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – 15.06.2015

Con fecha 15 de junio de 2015, el Juzgado Especializado en Familia de Pisco, emite Sentencia declarando **INFUNDADA** la demanda en los siguientes términos:

- Que, según la doctrina el reconocimiento es un acto unilateral irrevocable, y quien lo practica es por su propia voluntad, no puede luego por esa propia voluntad dejarlo sin efecto. También señala la doctrina una excepción a esta regla, así el reconocimiento sólo puede ser revocado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera tiene lugar por la aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos, y la segunda sólo se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo.
- Que, según los supuestos hechos relatados en la demanda se observa que no existe conexión lógica con lo que contiene en el petitorio sobre “Nulidad de reconocimiento” conforme al supuesto señalado en el inciso primero del artículo 219° del Código Civil, sobre falta de manifestación de voluntad del actor; toda vez que el acto jurídico de reconocimiento y declaración efectuado por el demandante no adolece de la anormalidad o vicio en la manifestación de la voluntad.

13. RECURSO DE APELACIÓN

Con fecha 08 de julio de 2015, el demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia, solicitando se revoque la misma. El referido recurso, plantea lo siguiente:

- Que, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación N° 864-2014-ICA, declaró fundado el recurso y ordenó que se emita nueva resolución con arreglo a ley.

- Que, en la referida sentencia de casación, la Sala Suprema señala que: *“es necesario que el Ad quem haga una nueva evaluación de los hechos y pruebas del proceso a la luz de la correcta interpretación antes consignada, siendo por ello justificable el reenvío excepcional”*.
- Que, en tal sentido, e invocando el principio de interés superior del niño, en su concepción legal y constitucional, se debe declarar fundada la demanda al haberse acreditado que no es el padre biológico de dicho menor, y disponerse que la madre biológica haga de conocimiento del Juzgado quién es el verdadero padre del menor.

14. SENTENCIA DE VISTA – 16.03.2016

Mediante Resolución N° 34, la Sala Superior Mixta de Pisco emite Sentencia de Vista declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta. Los principales fundamentos fueron:

- Que, el artículo 395° del Código Civil, al regular la prohibición de revocar el reconocimiento efectuado, niega la posibilidad de la ineficacia funcional o extrínseca, pero admitiría la posibilidad de solicitar la nulidad o anulabilidad de un acto jurídico, debido a su ineficacia estructural o intrínseca, que reenvía a circunstancias y causas concurrentes a la formación del acto.
- Que, debemos tener presente que el acto jurídico de reconocimiento de paternidad es un acto unilateral en el que interviene un solo sujeto, debiendo cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 140° del Código Civil para su validez plena.
- Que, si bien es cierto que con dichos exámenes biológicos queda demostrado que el actor no es el padre biológico del menor; también lo es que, corresponde realizar una nueva evaluación de los hechos esgrimidos en la demanda conforme lo delimitó la Corte Suprema en la ejecutoria esgrimida en el presente proceso.
- Que, de los medios probatorios incorporados en autos, se tiene que no se logra acreditar el dolo invocado en la demanda como tampoco se ha probado la mala fe de la demandada, por otro lado, con relación al maltrato y amenazas debe considerarse lo dispuesto por el artículo 216° del Código Civil, respecto a la

calificación de la violencia, pues atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimidación al extremo que obligue al demandante a firmar el reconocimiento del menor, como tampoco se ha demostrado que se haya incurrido en error.

- Que, es probable que haya reconocido al menor antes indicado como producto de su relación extramatrimonial que sostuvo durante varios años con la demandada, lo que habría motivado a que, con plena manifestación de voluntad haya reconocido al menor; razón por la que la causal invocada no se configura en este caso.
- Que, sin perjuicio de lo antes expresado, el supuesto normativo que prescribe que es nulo el acto jurídico cuando éste es contrario a la ley que interesa al orden público; se configura en el presente caso si tomamos en cuenta que el reconocimiento efectuado por el actor atenta contra las normas que interesan al orden público, pues está demostrado en el proceso que éste no es el padre biológico del menor. Por lo que si a pesar de conocido tal hecho relevante, se persiste en la idea de otorgarle validez a dicho acto jurídico; se afectaría indiscutiblemente el derecho constitucional a la identidad del menor.
- Que, asimismo existe el derecho que tiene todo niño a que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, y de no ser el caso, existe un interés superior basado en que éste debe conservar los apellidos con los que se le viene identificando hasta que se establezca su verdadera filiación. Por lo tanto, es pertinente señalar que el menor continuará con los apellidos del actor en virtud a su derecho a la identidad.
- Que, por las consideraciones antes expuestas; corresponde declarar fundada en parte la demanda y consiguientemente, la nulidad del reconocimiento efectuado por el actor; y como efecto de dicha declaratoria, declarar que no es el padre biológico del menor, ordenándose la exclusión de los nombres y apellidos del demandante consignados en la partida del menor.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE

El presente Expediente, permite un análisis de los siguientes problemas jurídicos, los cuales serán materia de desarrollo en la Sección VI.

- Primer Problema Jurídico: Determinar si el demandante ha encausado adecuadamente su acción, en lo que refiere a las invocaciones normativas citadas en la demanda.
- Segundo Problema Jurídico: En el presente Expediente, ¿se ha cautelado el derecho a la verdad biológica?

III. MARCO CONCEPTUAL

El Expediente que da mérito al presente Informe Jurídico permite un abordaje teórico – doctrinario de algunos conceptos esenciales que se han puesto de manifiesto a lo largo de la tramitación del proceso.

- **Derecho de Familia.-** Toda vez que la problemática en torno a la identidad del menor discutida en el presente proceso, corresponde al análisis del derecho de familia; resulta pertinente referir a lo sostenido por el profesor (Varsi Rospigliosi, 2012): *“El derecho de familia es aquella rama del derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas que se encuentran unidas por medio de vínculos sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por Ley”*.
- **Familia.-** (Mallqui Reynoso, 2001, pág. 23) acertadamente propone que la familia: *“Es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio”*.

Por su parte, (Plácido Vilcachagua, 2005, pág. 284) explica a la familia como: *“aquella comunidad iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer de origen matrimonial o extramatrimonial, destinada a la realización de actos humanos de la generación, que está integrada por personas*

que se hallan unidas por un afecto natural, derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco consanguíneo y de afinidad, que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente (...)”.

- **Filiación.-** Sobre la filiación, (Varsi Rospigliosi, 2004, pág. 87) expone que: “(...) *Dentro de todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del latín: filius, hijo). Se entiende ésta como la relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo. Consustancialmente del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad. De ahí han ido surgiendo nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas ambas que son innatas en el hombre (...)*”.
- **Tutela Especializada y Enfoque Multi-Disciplinario.-** El análisis del presente caso, hace evidente lo complejo que resulta para el derecho abordar la problemática asociada al niño y adolescente (en éste caso, la identidad del menor). En tal contexto, resulta muy pertinente y atinado lo planteado por el especialista en materia de familia (Aguilar Llanos, 1996, págs. 433-453): “(...) *Debido a las diversas situaciones en las que se puede encontrar el niño y adolescente; situaciones o circunstancias que le pueden ser adversas para su desarrollo, o peor aún que le conduzcan a entrar en conflicto con las normas de convivencia social; en esa circunstancia, atender el caso de estos infantes requerirá de conocimientos especiales*”.
- **Proceso de Conocimiento.-** En el marco de los procesos de cognición, el proceso de conocimiento corresponde a la vía más amplia y adecuada para discutir controversias más complejas o aquellas que requieran un estadio probatorio más amplio. El procesalista (Hinostroza Minguez, 2010, pág. 15) nos propone que el proceso de conocimiento: “*Se distingue por la amplitud de plazos de las respectivas actuaciones procesales en relación con otros tipos de procesos*”.
- **Recurso de Apelación.-** Conforme expone (Hinostroza Minguez, 2010): “*La apelación es aquel recurso ordinario, vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución judicial (auto o sentencia) que*

adolece de vicio o error, y encaminado a lograr que el órgano superior en grado al que la emitió revise y proceda a anularla o revocarla, total o parcialmente, dictando otra en su lugar u ordenando al Juez A quo que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor”.

- **Recurso de Casación.-** Sobre el Recurso de Casación, la Dra. (Ledesma Narváez, 2008, pág. 217) explica que: *“La casación implica una impugnación limitada, admisible solamente si se denuncian determinados vicios o errores solamente de derecho, que detalla el artículo 386 del CPC, recaídos en las resoluciones que señala el artículo 385 del CPC”.*

En tal contexto, la [Casación N° 3157-2013-Lima] señala: *“Asimismo, la casación constituye un medio impugnatorio extraordinario concedido al justiciable a fin de que pueda solicitar al máximo órgano de justicia el examen de la decisión dictada por los jueces de mérito. Es extraordinario, porque la ley lo admite excepcionalmente”.*

IV. ANÁLISIS DOCTRINARIO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Esta sección del Informe Jurídico permitirá abordar la problemática en torno al derecho a la identidad y su tratamiento jurídico a nivel normativo, doctrinario y jurisprudencial.

Respecto del Derecho a la Identidad

Actualmente, nuestra vigente Constitución Política del año 1993, consagra el derecho a la identidad en el Inc. 1) del Artículo 2°: *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”.*

En el actual Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) del año 2000, el derecho a la identidad está previsto en el Artículo 6°: *“El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado*

preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionado a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. (...)”

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, la cual fue ratificada por el Perú en fecha 03 de agosto de 1990, aborda el derecho a la identidad en el Artículo 8: *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”*.

La doctrina en materia de familia, coincide en el carácter complejo de las controversias en torno a la impugnación del reconocimiento de menores de edad, ya sea que se trate de una invalidez de acto jurídico de reconocimiento o una impugnación de reconocimiento propiamente dicha; pues en ambos tipos de controversia, es el derecho a la identidad del menor lo que se encuentra en debate.

El análisis del presente Expediente me permite coincidir en lo problemático que resulta abordar los procesos judiciales en los que la identidad del menor se encuentra en litigio; más aún en aquellos casos donde a los intérpretes jurídicos nos corresponde la compleja labor de dilucidar qué solución es la que mejor satisface al interés superior del niño. Al respecto, resulta sumamente acertado lo dicho por (Bermúdez Tapia, 2012, pág. 434): *“No siempre el principio de favor filii o favor recognitionis responde al Interés Superior del Niño, porque no siempre la verdad biológica será la más beneficiosa para el menor o responderá mejor a su interés que la verdad sociológica de la que disfruta en ese momento.”*

En ese sentido, como sostiene Bermúdez Tapia, en los procesos judiciales donde se discute el reconocimiento y/o la identidad biológica del menor, no siempre la verdad

biológica será lo más satisfactorio o favorable al mismo. Resulta acertado lo expresado por la Corte Suprema en la [Casación N° 950-2016-Arequipa], la misma que señala: “(...) *respecto al derecho a la identidad del menor, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.*”.

A suerte de conclusión, corresponde coincidir con (Varsi Rospigliosi, 2004, pág. 87) en el sentido que el referido autor indica que la filiación forma parte del derecho a la identidad: “*Consustancialmente del ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad. De ahí han ido surgiendo nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas ambas que son innatas en el hombre (...)*”. Por tanto, toda controversia filiatoria, inexorablemente merecerá un especial y riguroso examen por parte del órgano jurisdiccional; puesto que lo que en el fondo se discutirá involucra un derecho tan fundamental como es el de la identidad.

Relevancia del Pleno Jurisdiccional Civil, Procesal Civil y Familia – Junín 2017

El Pleno Jurisdiccional Civil, Procesal Civil y Familia del distrito judicial de Junín celebrado el 11 de diciembre de 2017, abordó como Tema 3 la siguiente pregunta: “*¿Cuál es la vía para cuestionar el reconocimiento de paternidad legal en los casos en los que se alegue engaño, violencia y/o error; la acción de impugnación de paternidad o la ineficacia de acto jurídico?*”.

El presente Pleno establece con claridad, a través de las intervenciones de sus ponentes, la distinción entre la acción de invalidez y la de impugnación de reconocimiento, ambas dentro de la categoría de acción de desconocimiento, pero con la diferencia sustancial de su objeto de análisis. A pesar de no ser vinculante, tiene un criterio acertado sobre estas categorías jurídicas.

Las posiciones de los ponentes fueron:

Posición 01.- Dr. Ciro Rodríguez Aliaga

Considera que sí se podría conocer dicha pretensión, vía un proceso de ineficacia, nulidad o anulabilidad de acto jurídico, porque el proceso de impugnación está destinado para aquellas personas que no han participado del reconocimiento, con la salvedad que ello no deba ser visto por los jueces civiles sino por los especializados en familia, en las que se deba tener en cuenta temas de identidad estática, identidad afectiva y filiación socio afectiva; y con ello no había problema en que un Juzgado de Familia conozca temas de nulidad e ineficacia de acto jurídico familiar.

Posición 02.- Dra. Percida Lujan Zuasnabar

Considera que independientemente del *nomen juris* que se le ponga al petitorio, si la *causa petendi* de lo que se está pretendiendo es la impugnación, la competencia es del Juzgado de Familia. Pero si vemos que la *causa petendi* solo se constriñe a error, engaño, violencia, es decir, es invalidez del acto jurídico será tramitado en la vía civil.

Conclusión del Pleno Jurisdiccional

La vía idónea para impugnar la filiación generada del acto de reconocimiento llevado con engaño, violencia o error es la acción de invalidez del acto jurídico.

Debemos partir de la premisa que el Pleno Jurisdiccional bajo comentario es relevante, pese a no tener fuerza vinculante, a diferencia de los Plenos Casatorios (Art. 400° del Código Procesal Civil). En efecto, su utilidad radica en su función uniformizadora de criterios jurisprudenciales; debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto por el Art. 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.*”

Considero que la conclusión del Pleno, es acertada en señalar que la vía idónea para impugnar el reconocimiento, cuando se alega engaño, violencia o error; sería la acción de invalidez del acto jurídico.

V. OPINIÓN SOBRE LAS SENTENCIAS

Concluido el análisis de las sentencias emitidas con mérito a la presente acción judicial, corresponde expresar opinión favorable respecto de la Sentencia de Vista del 16.03.2016, la misma que declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta.

Según puede apreciarse en el presente proceso, se han emitido un total de seis (06) sentencias; varias de ellas contradictorias, en el sentido que algunas declararon FUNDADA la pretensión del accionante, mientras que otras declararon INFUNDADA la misma; anecdóticamente en ambos escenarios basándose en el Principio del Interés Superior del Niño.

Coincido con la Sentencia de Vista del 16.03.2016 al señalar que el artículo 395° del Código Civil, al regular la prohibición de revocar el reconocimiento; aún admitiría la posibilidad de solicitar la nulidad o anulabilidad del acto jurídico de reconocimiento, debido a su ineficacia estructural o intrínseca.

Sin embargo, también es cierto que de los medios probatorios obrantes en el presente Expediente, no se logra acreditar el dolo invocado en la demanda y tampoco la mala fe de la demandada. Por otro lado, respecto a la violencia, atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimidación. En tal sentido, debe atenderse a lo dispuesto por el Art. 200° del Código Procesal Civil: *“Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada.”*

En efecto, en el caso materia de análisis el accionante no logró acreditar con medio probatorio alguno la nulidad o anulabilidad del reconocimiento en los términos de lo planteado (dolo e intimidación). En ese orden de ideas, téngase la [Casación N° 346-2000-Lima]: *“La carga de la prueba corresponde a quien alega los hechos que configuran su pretensión, siendo que, en caso de la improbanza, la demanda deberá ser declarada infundada”*.

Sin embargo, si bien la demanda no es amparada bajo esas premisas iniciales; el

Colegiado Superior acoge la invocación al Inc. 8 del artículo 219° del Código Civil el cual además hace referencia al artículo V del Título Preliminar de la misma norma: *“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres”*.

Es así que el órgano jurisdiccional interpreta que: *“el reconocimiento efectuado por el demandante atenta contra las normas que interesan al orden público, pues está demostrado en el proceso que éste no es el padre biológico del menor. Por lo que si a pesar de conocido tal hecho relevante, se persiste en la idea de otorgarle validez a dicho acto jurídico; se afectaría indiscutiblemente el derecho constitucional a la identidad del menor”*. [Subrayado agregado]

En tal sentido, resulta pertinente lo expresado por (Varsi Rospigliosi, 2010, pág. 734), quien opina que con la admisibilidad de las pruebas biológicas (ADN) debe permitirse la negación de reconocimiento por falta de coincidencia biológica (realidad biológica): *“La negación del reconocimiento puede ser solicitada (artículo 399) por el padre o la madre que no interviene en él, por el hijo o sus descendientes si hubiera muerto o por quien tenga legítimo interés (legítimo contradictor). **Esta norma puede determinar una situación injusta, pues solo otorga legitimidad para negar a quien no participa en el reconocimiento. Sin embargo, con la admisibilidad expresa de las pruebas biológicas debiera permitirse la negación por falta de coincidencia biológica**”*. [Énfasis agregado]

Sin embargo, la solución que plantea (Varsi Rospigliosi, 2010, pág. 734) es la de acudir a la acción de anulabilidad del acto jurídico; esto al amparo de lo dispuesto por el artículo 201° del Código Sustantivo: *“El resultado de la bioprueba demostraría el error en que habría incurrido el presunto padre al reconocer como hijo a una criatura que no puede serlo. **En todo caso puede invocarse el artículo 201 del Código que permite la anulación del acto jurídico por error**”*. [Énfasis agregado]

Tal posición es concordante con lo señalado por (Plácido Vilcachagua A. , 2010, pág. 752) quien al comentar el artículo 399° del Código Civil señala la posibilidad de impugnar el reconocimiento a través de la invocación de inexistencia de vínculo biológico: *“El objeto de la prueba es, estrictamente, un hecho negativo: no ser el*

reconociente el padre o la madre del reconocido, o, lo que es lo mismo, la inexistencia del vínculo biológico determinado por la procreación. Obsérvese, por tanto, que esta acción se otorga para todo supuesto que implique la imposibilidad o inexistencia del vínculo filial”. [Énfasis agregado]

Como conclusión, considero que los criterios del interés superior del niño y del derecho constitucional a la identidad, han sido utilizados por la jurisprudencia nacional tanto para amparar así como para rechazar pretensiones como las del presente proceso. Dicha falta de predictibilidad a nivel jurisprudencial debiera dar lugar a un Pleno Casatorio en los términos a los que refiere el artículo 400° del Código Procesal Civil.

VI. OPINIÓN PERSONAL DEL BACHILLER

Este apartado del Informe Jurídico, me permitirá abordar los problemas jurídicos planteados en la Sección II del mismo.

Primer Problema Jurídico

Determinar si el demandante ha encausado adecuadamente su acción, en lo que refiere a las invocaciones normativas citadas en la demanda

El presente análisis parte de la premisa normativa contenida en el Artículo 399° del Código Civil: *“El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”.*

Conforme señala la doctrina consultada con motivo del análisis del Expediente, ésta disposición normativa no impide accionar la declaración de invalidez del reconocimiento. En ese orden de ideas, es pertinente lo señalado por el Dr. (Plácido Vilcachagua A. , 2010, pág. 752) quien señala que el referido Artículo 399° del Código Sustantivo.: *“(…) no impide que pudiera accionar por invalidez del reconocimiento si, por ejemplo, se hizo mediante algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona del reconocido, o compelido por violencia o intimidación, etc.”*

En tal sentido, corresponde dejar establecido que la acción que le correspondía promover al demandante, era una de invalidez del acto jurídico; la cual admite cuestionar el acto jurídico de reconocimiento ya sea por causal de nulidad (Art. 219° del Código Civil) o por causal de anulabilidad (Art. 221° del mismo cuerpo legal).

Dicho esto, corresponde expresar que de los enunciados contenidos en la demanda interpuesta; así como de la invocación normativa: puede concluirse que:

(i) El demandante afirma que fue inducido a error por la demandada respecto de la paternidad del menor; e invoca el inc. 1) del Art. 219° del Código Civil, el cual hace mención a la falta de manifestación de voluntad.

(ii) El demandante alega la pertinencia del Art. del Inc. 4) del Art. 219 del Código Civil, toda vez que refiere que el acto jurídico contendría un fin ilícito al haberlo inducido la demandada con el único fin de obtener una pensión de alimentos.

(iii) El demandante invoca el Inc. 8) del Art. 219° del Código Civil, en cual hace referencia al Art. V. del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo; toda vez que según señala el accionante, el acto jurídico de reconocimiento resultaría contrario al orden público; toda vez que al no ser el padre biológico del menor, se estaría vulnerando el derecho a la identidad del mismo.

Respecto del primer argumento referido por el accionante (i), considero errónea la invocación normativa realizada por el mismo; toda vez que si éste indica que ha sido inducido a error por parte de la demandada; se podría configurar el supuesto al que refiere el Inc. 2) del Art. 221° del Código Civil, lo cual daría mérito a la anulabilidad del acto. Al respecto, resulta nuevamente pertinente lo planteado por (Plácido Vilcachagua, 2010, pág. 752): *“El propio reconociente no puede impugnar el reconocimiento (...) Lo cual no impide que pudiera accionar por invalidez del reconocimiento si, por ejemplo, se hizo mediante algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona del reconocido, o compelido por violencia o intimidación, etc.”* [Énfasis agregado]

Respecto del segundo argumento esgrimido (ii), en lo que refiere al fin ilícito, debe tenerse en cuenta que el demandante afirma que el acto jurídico adolece de fin ilícito;

pues según refiere, la demandada lo habría inducido al mismo con el solo objetivo de obtener una pensión de alimentos. Sobre ello, considero que no debe descuidarse el hecho de que el acto de reconocimiento es un acto jurídico unilateral, el cual además se presume voluntario. En tal sentido, me permito concluir que el demandante no ha aportado medio probatorio alguno que acredite lo afirmado; por lo que deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el Art. 200 del Código Procesal Civil, así como la [Casación N° 346-2000-Lima]: *“La carga de la prueba corresponde a quien alega los hechos que configuran su pretensión, siendo que en caso de la improbanza, la demandada deberá ser declarada infundada”*.

Respecto del tercer fundamento planteado por el demandante (iii), esto es que el reconocimiento resultaría nulo por ser contrario al orden público en los términos de lo dispuesto por el Inc. 8) del Art. 219° del Código Civil, concordante con el Art. V. del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo; considero que dicho planteamiento sí merecía un análisis sistemático de la normativa asociada a la materia. Considero relevante para el caso concreto lo establecido en la [Casación N° 3702-2000-Moquegua]: *“El artículo quinto del título preliminar del Código Civil contiene una causal de nulidad de los actos jurídicos, precisando que éstos serán nulos entre otros supuestos si son contrarios a leyes que interesan al orden público”*.

Ilustrativo para los efectos, lo dicho por (Messineo, 1986, pág. 486) en torno al orden público: *“Podemos hablar de actos contrarios al ‘orden público’ cuando se atenta contra los principios fundamentales y los intereses generales – deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no estén formulados en normas concretas) – sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado (...) y que, por tanto, ellos mismos son imperativos e inderogables”*.

A manera de conclusión, considero que siempre ha de preferirse la búsqueda de la verdad respecto de la identidad biológica del menor; por lo tanto toda interpretación de la normativa vinculada a la materia debe apuntar a ese objetivo último. Como bien señala el maestro (Plácido Vilcachagua Á. , 2015, pág. 7): *“Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño*

(...) Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales (...)”.

Segundo Problema Jurídico

En el presente Expediente, ¿se ha cautelado el derecho a la verdad biológica?

Considero apropiado iniciar esta sección, recogiendo lo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 2273-2005-PHC/TC; sentencia en la cual, el máximo intérprete de la Constitución destaca al derecho a la identidad como un atributo esencial de la persona: “(...) *entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es*”. La sentencia en mención ratifica la relevancia del derecho a la identidad; por ser éste un derecho intrínseco a la persona humana, mereciendo entonces una especial protección por parte de todos los operadores jurídicos.

Asimismo, resulta pertinente lo contenido en la STC N° 4444- 2005 PHC/TC, en el extremo que señala que: “(...) *el derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (...)*”. Conforme se indica en la mencionada Sentencia, el derecho a la identidad comprende el derecho a conocer a sus padres; considero que ésta referencia hace alusión específica a los padres biológicos, pues toda persona merece el conocimiento de la verdad biológica.

Esta situación, contextualizada desde la necesidad de privilegiar el interés superior del niño, nos obliga a hacer un ejercicio de ponderación, puesto que habrán situaciones en las que sí se deberá de privilegiar la verdad biológica; mientras que en otras situaciones lo mejor será mantener el estado de las cosas, a fin de no afectar la identidad del menor y su normal desarrollo. Finalmente debemos comprender que la aplicación del Principio del Interés Superior del niño es dinámica y deberá meritarse en cada caso concreto de modo tal que pueda encontrarse la fórmula más satisfactoria a la plena vigencia del resto de derechos del menor. Coincidimos en lo postulado por (Cillero

Bruñol, 2007, pág. 136) respecto a la forma en la que debe entenderse el interés superior del niño: “(...) *el interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e indica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.*”

La jurisprudencia consultada, a la fecha no es pacífica en torno a fórmulas de ponderación adecuadas en éste tipo de controversias. Es decir, en algunos casos ha privilegiado la subsistencia de una “verdad legal” bajo el fundamento del interés superior del niño; sin embargo, en otras oportunidades se ha puesto en relieve la “verdad biológica”. A manera de ilustración, téngase lo expresado en la [Casación N° 3797-2012-Arequipa] la misma que le da relevancia a la verdad biológica: “*En algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal (...)*”.

Por lo expuesto, considero acertado lo expresado por la Sentencia de Vista del 16.03.2016, pues valora la primacía de la verdad biológica; al señalar que: “*el reconocimiento efectuado por el demandante atenta contra las normas que interesan al orden público, pues está demostrado en el proceso que éste no es el padre biológico del menor. Por lo que si a pesar de conocido tal hecho relevante, se persiste en la idea de otorgarle validez a dicho acto jurídico; se afectaría indiscutiblemente el derecho constitucional a la identidad del menor*”.

Coincidiendo plenamente con (Plácido Vilcachagua A. , 2010, pág. 212) en el sentido que: “*(...) se debe afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño, **dándose preferencia a la realidad biológica independientemente de que la impugnación sea matrimonial o extramatrimonial***”. [Énfasis agregado]

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Llanos, B. (1996). ¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes? *Derecho PUCP N° 50*, 433-453.
- Bermúdez Tapia, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Cillero Bruñol, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño N°9*, 125-142.
- Hinostriza Mínguez, A. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Lima: Juristas Editores.
- Ledesma Narváez, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mallqui Reynoso, M. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina General del Contrato. Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Plácido Vilcachagua, A. (2005). La delimitación jurídica del concepto de familia. *Actualidad Jurídica*, 284.
- Plácido Vilcachagua, A. (2010). En *Código Civil Comentado. Tomo II* (pág. 752). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2010). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. *Iuris Consulto*, 212.
- Plácido Vilcachagua, Á. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). En *Código Civil Comentado. Tomo II* (pág. 734). Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

VIII. RELACIÓN DE ANEXOS

ANEXO 01	:	Demanda
ANEXO 02	:	Contestación de la Demanda
ANEXO 03	:	Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos
ANEXO 04	:	Audiencia de Pruebas
ANEXO 05	:	Sentencia de Primera Instancia, de fecha 11 de octubre de 2013
ANEXO 06	:	Sentencia de Vista, de fecha 20 de diciembre de 2013
ANEXO 07	:	Recurso de Casación
ANEXO 08	:	Sentencia de Casación, de fecha 01 de setiembre de 2014
ANEXO 09	:	Sentencia de Vista, de fecha 21 de enero de 2015
ANEXO 10	:	Sentencia de Primera Instancia, de fecha 15 de junio de 2015
ANEXO 11	:	Recurso de Apelación
ANEXO 12	:	Sentencia de Vista, de fecha 16 de marzo de 2016

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**UNIVERSIDAD
DE LIMA**

INFORME DE EXPEDIENTE PENAL

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de
Abogado

Materia : Violación sexual de menor de edad
N° De Expediente : 00056-2016-1-1509-JR-PE-02
Casación N° 622-2016-Junín
Procesado : Luis Miguel Quiquia Damián
Agraviada : Menor de iniciales F.J.T.O.

LAURA VICTORIA QUINO PEÑAFIEL

Código de Alumno: 20100888

Lima – Perú

Abril del 2021

Sumilla del Expediente:

El Expediente materia de sustentación versa sobre el delito contra la Libertad Sexual en modalidad de violación sexual de menor de edad. Este proceso se tramitó bajo los cauces del Proceso Inmediato debido a que el procesado fue detenido dentro de las 24 horas de cometido el supuesto delito, no obstante, el implicado nunca aceptó su responsabilidad y señaló que las relaciones sexuales habían sido consentidas puesto que creyó que la agraviada tenía mayor edad.

La discusión principal del informe jurídico se centra en saber si la gravedad del delito impide que la tramitación de un proceso se lleve bajo el proceso inmediato puesto que la Corte Suprema al resolver el Recurso de Casación del presente caso señala que se hace necesaria actividad probatoria más amplia y completa la cual solo puede ser llevada a cabo en un proceso común y bajo el amparo del debido proceso, por lo cual revoca las sentencias condenatorias y ordena se realice un nuevo proceso respetando las garantías procesales.

ÍNDICE DEL INFORME JURÍDICO

<i>I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE</i>	3
<i>II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE</i>	14
<i>III. MARCO CONCEPTUAL</i>	15
<i>IV. ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL</i>	19
<i>V. OPINIÓN SOBRE LAS SENTENCIAS</i>	23
<i>VI. OPINIÓN PERSONAL DEL BACHILLER</i>	24
<i>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	31

INFORME DE EXPEDIENTE PENAL

Dirigido a : Facultad de Derecho
Universidad de Lima

Materia : Violación sexual de menor de edad

Expediente : 00056-2016-1-1509-JR-PE-02
Casación N° 622-2016-Junín

Imputado : Luis Miguel Quiquia Damián

Agraviada : Menor de iniciales F. J. T. O.

Informante : **Bachiller Laura Victoria Quino Peñafiel**
Código N° 20100888

Fecha : Abril - 2021

I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1. HECHOS

- 1.1. El día dieciocho de febrero del año 2016, la menor de iniciales F.J.T.O., en adelante **LA AGRAVIADA**, a las 22:00 horas aproximadamente se encontraba en el velorio de su abuela materna, en el local “Dos de Mayo”, ubicado en el Jirón Chanchamayo, en la ciudad de Tarma.
- 1.2. Es así que, de un momento a otro, la agraviada desapareció del lugar, por lo que fue buscada por sus padres por diferentes lugares en toda la ciudad, no logrando encontrarla sino hasta el día siguiente a las 06:30 horas de la mañana aproximadamente, cuando la menor apareció en el local del velatorio. Luego cuando se dirigieron a su domicilio, la menor agraviada les narró lo sucedido.
- 1.3. Siendo que el día jueves dieciocho de febrero a las 22:00 horas aproximadamente, cuando se encontraba por las inmediaciones del Jr. Dos de Mayo y el Pasaje Las Magnolias, el imputado Luis Miguel Quiquia Damián la condujo por la fuerza y

bajo amenazas hasta su habitación ubicada en el Jr. Cecilio Limaymanta s/n, donde abusó sexualmente de ella vía vaginal hasta en tres oportunidades, y luego de permanecer por cerca de ocho horas en la habitación del denunciado logró salir, llegando al lugar donde se estaba realizando el velorio, allí le contó el hecho a su tía Marisol Orihuela, quien a su vez le contó lo sucedido al padre de la menor, por lo que éste con la información brindada por su menor hija, procedió a buscar al imputado en el mismo lugar de los hechos, en donde lo encuentra y posteriormente lo conduce a la Comisaría de la ciudad.

2. AUTO DE CITACIÓN PARA AUDIENCIA DE PROCESO INMEDIATO

- 2.1. Una vez presentada la denuncia el 19 de febrero de 2016 ante la Comisaría de Tarma a las 10.15 por parte del padre de la agraviada, Alfredo Herminio Tazza Torres quien indica a Luis Miguel Quiquia Damián como presunto autor del delito contra la Libertad Sexual – Violación Sexual en agravio de su menor hija de trece años de edad, identificada con las iniciales F.J.T.O. Al ser identificado el presunto autor, antes de transcurridas las 24 horas de suscitado el hecho se procedió a su detención.
- 2.2. Culminada la investigación policial en el plazo de 24 horas que la ley le asiste, se remitieron los actuados al Despacho de la Fiscalía Provincial de Tarma, quien en atención a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1194 decide incoar el proceso inmediato.
- 2.3. De acuerdo a lo solicitado por la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tarma, mediante resolución número uno, de fecha 20 de febrero de 2016, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria – Sede NCPP Tarma dispuso admitir a trámite el requerimiento de Proceso Inmediato y emitió auto de citación a la Audiencia de Incoación de Proceso Inmediato en el proceso seguido contra Luis Miguel Quiquia Damián, por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales F.J.T.O., para el 22 de febrero de 2016 a horas diez de la mañana.

3. AUDIENCIA ÚNICA DE INCOACIÓN DE PROCESO INMEDIATO

- 3.1. Con fecha 22 de febrero de 2016, habiéndose instalado válidamente la audiencia en la que el Representante del Ministerio Público sustentó su requerimiento de Proceso Inmediato, solicitando como medida coercitiva

personal prisión preventiva y escuchadas ambas partes; el Segundo Juzgado mediante resolución número dos, de fecha 22 de febrero de 2016, resolvió aprobar la incoación de Proceso Inmediato, en los seguidos contra Luis Miguel Quiquia Damián, concediendo el plazo de veinticuatro horas al Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tarma, para que formule acusación contra el imputado por el delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 447° del Código Procesal Penal.

3.2. Asimismo, se impuso al imputado la medida coercitiva personal de Prisión Preventiva por el plazo de un mes.

4. REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN

4.1. A fojas 30, la Primera Fiscalía Provincial Penal de Tarma sustenta su acusación contra Luis Miguel Quiquia Damián como autor del presunto delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, al amparo de lo dispuesto en el Art. 349° del Código Procesal Penal, refiere los instrumentos en los que se apoya para acusar como son la valoración de los hechos, la tipificación del hecho incriminado así como los elementos de convicción y solicita se le imponga treinta años de pena privativa de libertad efectiva.

4.2. Con respecto a la Reparación Civil, el Ministerio Público señala que la menor agraviada, en el momento de los hechos contaba con trece años es decir, una edad en la que debe estar ajena a toda influencia externa que afecte la consolidación de su personalidad, sobre todo la intangibilidad ético sexual, sobre la que toda persona debe desarrollar libremente sus propias decisiones; asimismo, se ha causado daño moral en la menor, el cual influirá en su desarrollo personal y social, por lo que estima prudente el pago de Diez Mil Nuevos Soles como reparación civil.

4.3. En cuanto a los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, tenemos los siguientes:

a) Víctima, testigos, peritos

1. Imputado – Luis Miguel Quiquia Damián
2. Testigo – Alfredo Herminio Tazza Torres

3. Testigo – Alicia Uscuchagua de Ávila

4. Perito – Juan Carlos Recuay Villaruel

5. Perito – Liz Magaly Cavero Mancilla

b) Documentales, cuya oralización se efectuará en caso de incomparecencia del órgano de prueba.

1. Declaración de la menor de iniciales F.J.T.O

2. Declaración de Alfredo Herminio Tazza Torres

3. Acta de Entrevista a la testigo Alicia Uscuchagua de Ávila

4. Acta de Recepción de Denuncia Verbal del padre de la menor agraviada, Herminio Tazza Torres

5. Acta de Inspección Técnico Policial

6. Certificado Médico Legal N° 00273-LS

7. Protocolo de Pericia Psicológica N° 000274-2016-PSC

8. Copia de DNI N° 75235641, de la menor agraviada de iniciales F.J.T.O. (13 años)

9. Ficha RENIEC del acusado

10. Formato de toma de muestras para examen toxicológico y dosaje etílico

4.4. Este proceso se caracteriza por su inmediatez, cuando se trata de procesados que hayan incurrido el hecho delictivo en flagrancia, que haya confesado ser el autor del delito el referido imputado y que el fiscal reúna la evidencia necesaria para incoar el proceso inmediato.

5. AUTO DE CITACIÓN A JUICIO INMEDIATO

5.1. Con fecha 23 de febrero de 2016, el Juzgado Penal Colegiado de Tarma, mediante resolución número uno, resolvió citar a Audiencia Única de Juicio Inmediato para el 25 de febrero del 2016 a horas 10:00 de la mañana.

6. AUDIENCIA ÚNICA DE JUICIO INMEDIATO

6.1. El 25 de febrero de 2016, se dio inicio a la Audiencia, encontrándose presentes el Fiscal, el imputado y su defensa, así como el representante de la agraviada.

Instalada la Audiencia se resolvió realizarla en privado, y se procedió a realizar el control de la acusación. La defensa solicitó se precise la aplicación del sistema de tercios para la determinación de la pena. La Fiscalía dio cuenta que el mínimo previsto para la modalidad delictiva materia de acusación es de treinta años y el máximo son treinta y cinco años, y como el imputado carece de antecedentes se ha fijado la pena en el primer tercio y considerando el daño causado a la agraviada en su desarrollo personal, se ha solicitado diez mil soles de reparación civil. En ese extremo, la defensa manifestó no estar de acuerdo con el monto de reparación civil.

- 6.2. Mediante la resolución número tres, de fecha 25 de febrero de 2016, expedida en audiencia se declaró improcedente la observación de la defensa en relación a la reparación civil y se declaró la validez del requerimiento acusatorio. A lo que las partes manifestaron su conformidad.
- 6.3. Acto seguido, se procedió al ofrecimiento de los medios de prueba de ambas partes, y el Juzgado Colegiado resolvió admitir todos los medios de prueba ofrecidos por la Fiscalía, con excepción de la declaración del acusado que corresponde a éste declarar con libertad o guardar silencio así como el registro de comunicaciones de la agraviada sobre su conducta sexual anterior o posterior, teniendo en consideración lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 1-2011, y se admitieron los documentos ofrecidos por la defensa sobre el desempeño académico y los registros fotográficos. Contra la decisión de declarar inadmisibles los registros de llamadas de la menor agraviada y su declaración en el juicio, se interpuso recurso de reposición. El Colegiado admitió el registro de llamadas, pero rechazó una nueva declaración de la agraviada para evitar su revictimización. Luego de impugnado dicho extremo nuevamente por la defensa, se terminó admitiendo la actuación de una nueva declaración.
- 6.4. El Colegiado mediante la resolución número cinco, de fecha 25 de febrero de 2016, expidió el auto de enjuiciamiento y citación a juicio oral para dar inicio a la etapa de juzgamiento propiamente dicha, por lo que la fiscalía y la defensa presentaron sus alegatos de apertura. La fiscalía sustentó la imputación realizada y la defensa sostuvo que su patrocinado mantuvo relaciones sexuales con la menor creyendo que tenía una mayor de edad y que estas relaciones fueron consentidas. El acusado se acogió al silencio. No se ofrecieron nuevas pruebas. En la actuación

de pruebas se presentó el padre de la menor agraviada, también declaró la testigo Alicia Uschagua de Ávila, propietaria del inmueble alquilado al imputado donde se suscitaron los hechos y también brindaron declaración el perito médico legal y la psicóloga que entrevistó a la menor agraviada. No se presentó la menor agraviada y luego se procedió a la actuación de la prueba documental. Finalmente, el acusado se sometió al interrogatorio. Luego, ambas partes formularon sus alegatos de clausura. El acusado en el uso de la palabra sostuvo que creyó que la agraviada tenía mayor de edad.

6.5. Culminada la Audiencia de Juicio Inmediato, el Juzgado Penal Colegiado de Tarma de la Corte de Justicia de Junín dictó la sentencia correspondiente.

7. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

7.1. El Colegiado expidió sentencia y falló: **CONDENANDO** a Luis Miguel Quiquia Damián por el delito de violación sexual de menor de edad, imponiéndole treinta años de pena privativa de libertad y fijó en ocho mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada. Se dispuso que el sentenciado sea sometido a tratamiento terapéutico, condenándolo además al pago de costas.

7.2. Dentro de los fundamentos principales de esta decisión se tiene que la versión de la agraviada reúne las condiciones establecidas en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 para ser considerada como prueba válida de cargo, siendo que su declaración ha sido coherente y corroborada con los exámenes médicos y psicológicos. La declaración de la víctima es apreciada como sólida y contundente, mientras que, considerando que el acusado ha aceptado que mantuvo relaciones sexuales con la menor, sin que se pueda establecer debidamente su creencia de que la agraviada era mayor de edad dentro de una falsa apreciación de la realidad y que fue la menor quien le dijo que tenía 16 años para mantener relaciones sexuales con su consentimiento, sin embargo, esta versión no ha podido ser corroborada con ningún medio probatorio.

8. RECURSO DE APELACIÓN

8.1. Esta decisión fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado en el mismo acto de lectura de sentencia, sostiene al respecto:

- i) Que existen serias contradicciones en la sentencia que emitió su condena, por cuanto la menor agraviada, en su declaración inicial dijo que el procesado la había amenazado con cortarle la cara, versión que fue contradicha por la propia agraviada.
- ii) Otro aspecto importante que se desprende de la declaración de la menor que es inconsistente y fuera de toda lógica se encuentran en las preguntas 11 y 12: donde refiere que el procesado estuvo las 8 horas que se encontró en su habitación sobre ella, refiere que carece de toda lógica.
- iii) Sostiene en el recurso de apelación que cuando se tomó la declaración a la menor en cámara “Gesell” no estuvo presente el abogado defensor del imputado, por cuanto se habría recortado su derecho a la defensa y debió apartarse esa declaración de la valoración probatoria.
- iv) Menciona que el Juzgado Colegiado no ha tenido en cuenta que la declaración del procesado ha sido coherente y consistente en el tiempo.
- v) El procesado advierte que no se ha tomado en cuenta la declaración de la dueña de la casa, donde sostiene que la agraviada subió las escaleras de la habitación del encausado después de él, sin mostrar formas de ejercicio de violencia.
- vi) Que, el médico legista en su dictamen y posterior examen en juicio oral no ha mencionado que haya evidencia de violencia sobre la agraviada para practicar el acto sexual.
- vii) Finalmente sostiene que se ha demostrado el agravio que le causa la sentencia condenatoria a 30 años de prisión privativa de su libertad.
- viii) La Sala Penal de Apelaciones de Tarma verificando el plazo y la forma de presentación del recurso de apelación concedió el referido recurso mediante resolución número nueve, que obra en el expediente a fojas 141, de fecha 10 de marzo del 2016 y dispuso sea elevado al Tribunal Superior.

9. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

- 9.1. La Sala Penal de Apelaciones una vez concluida la audiencia de apelación de sentencia; con fecha 17 de mayo de 2016, emitió la sentencia en la que decide **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena de autoría

del delito de violación de la libertad sexual; sin embargo, **REVOCA** en el extremo de la pena impuesta de 30 años de privación de la libertad efectiva, y reformándola, impusieron 15 años de pena privativa de la libertad y confirmaron en los demás extremos.

9.2. Los fundamentos para la disminución de la pena se encuentran en la consideración de los principios de humanización de la pena, la finalidad resocializadora y concretamente, las condiciones socio-culturales del sentenciado, en relación a que cuenta con secundaria completa, el medio social, además de la carencia de antecedentes penales y que el sentenciado había consumido alcohol, según la versión del propio padre de la agraviada, y que por el tiempo transcurrido hasta que se realizó la prueba toxicológica y de dosaje etílico, era posible que el resultado fuera negativo. Se consideró que por esta última razón existía una eximente incompleta y ante la carencia de antecedentes debe imponerse una pena por debajo del mínimo, que se considera como 20 años.

10. RECURSO DE CASACIÓN

10.1. Con fecha 26 de mayo de 2016, el sentenciado presentó recurso extraordinario de casación, señalando los siguientes argumentos:

- Conforme al inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, con el propósito de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, sobre:
 - a) La exclusión probatoria de declaraciones de la víctima acopiada sin la notificación a la defensa del imputado;
 - b) Sobre la aplicación del error de tipo, a partir de las declaraciones de los testigos actuados en la audiencia de apelaciones; y,
 - c) Sobre el uso de la facultad de la prueba de oficio, para comprobar las declaraciones testimoniales en la audiencia de apelaciones, porque todos los testigos actuados manifestaron que la menor supuesta agraviada aparentaba más de 15 años.
- Que, al dictarse la sentencia de vista, así como de primera instancia por los jueces del colegiado, se incurrió en causal de nulidad, al haber actuado en contra del debido proceso, al haber valorado la declaración de la presunta agraviada, por cuanto para dicha diligencia, la señora fiscal no me ha notificado, como tampoco

ha notificado a mi abogado defensor, ni al defensor público, conforme a la causal establecida en el inciso 1 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

- 10.2. Solicita por tanto se disponga la **ELEVACIÓN** a la Corte Suprema de la República.
- 10.3. En la Corte Suprema, solicita se **DECLARE FUNDADA** la Casación para generar desarrollo jurisprudencial y por la afectación al debido proceso.
- 10.4. Que, actuando como instancia **REFORME** la sentencia de **VISTA DEL 17 DE MAYO DE 2016** (identificada como Resolución N° 14).
- 10.5. Haciendo uso del **PRINCIPIO DE ABSORCIÓN**, también revoque la sentencia de primera instancia del 03 de marzo de 2016 (Resolución N° 08).
- 10.6. En consecuencia, se absuelva de la **ACUSACIÓN FISCAL** al sentenciado, y como consecuencia lógica se disponga su libertad inmediata.
- 10.7. En ese sentido, mediante resolución número quince, de fecha 06 de junio del 2016, la Sala Superior concedió el recurso de Casación interpuesto y dispuso la elevación de los actuados correspondientes a la Sala Suprema en lo Penal.

11. AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

- 11.1. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante auto de calificación de recurso de casación. Ejecutoria Suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete, declaró bien concedido el recurso de casación excepcional vinculado a la causal del numeral uno, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, a efectos de que se establezca doctrina jurisprudencial respecto a si la declaración de la víctima, sin notificación a la defensa del procesado, en un proceso inmediato, afecta o no el debido proceso.

12. SENTENCIA DE CASACIÓN

- 12.1. Con fecha 06 de mayo del 2019, a fojas 229 obra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República donde se han planteado situaciones de fondo, cuestiones procesales y de carácter constitucional, al ofrecer reparos a transgresiones de derechos fundamentales en juicio y afectar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

- 12.2. Indica el fallo Supremo que si bien es cierto el proceso inmediato busca eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin ninguna mengua de su efectividad; y, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales en su desarrollo. Es decir, el proceso adquiere eficacia y se consolida una controversia penal en tiempo breve sobre la base sustancial de "prueba evidente", su aplicación se asienta a partir de ello.
- 12.3. De acuerdo a los incisos 1 y 2 del Art. 446° del Código Procesal Penal, y en base a la referida "simplicidad procesal", los presupuestos del proceso inmediato son: i) evidencia delictiva, y ii) ausencia de complejidad. Respecto del primero, se da cuando se presenta delito flagrante, confesión sincera del imputado y delito evidente. Por otro lado, respecto a la ausencia de complejidad, es el inciso 3 del Art. 342° del Código Procesal Penal, el cual nos da un primer alcance de cuando nos encontramos frente a un proceso complejo, como es el caso en que exista una cantidad significativa de actos de investigación; existan numerosos delitos; cantidad importante de imputados o agraviados; se tengan que realizar pericias que comportan la revisión de nutrida documentación o complicados análisis técnicos; se requieran gestiones de carácter procesal fuera del país; se requieran llevar a cabo diligencias en organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.
- 12.4. Tal como lo señala el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016-CIJ-116, otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal - en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor. Así, a mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato, pues los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa. Así, por ejemplo, existen en el Código Penal, delitos que son sancionados con cadena perpetua (sicariato agravado, secuestro agravado, violación de menor de edad

seguida de muerte o lesión grave, robo con circunstancias especiales agravantes, extorsión agravada), con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio, trata de personas agravada); o, con pena privativa de libertad no menor de quince años (cierto supuesto de tráfico ilícito de drogas con agravantes).

12.5. El inciso 4 del Art. 84° del Código Procesal Penal, prevé como uno de los derechos de los cuales goza el abogado defensor, el participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de Investigación por el imputado que no defienda.

12.6. La Sala Suprema considera que en el presente caso, de autos se advierte que el día diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, a las diez horas con treinta y nueve, se informó de sus derechos al imputado Luis Miguel Quiquia Damián, entre ellos los de contar con un abogado defensor, realizándose las diligencias pertinentes; sin embargo, al brindar su declaración, la menor agraviada de iniciales F. J. T. O, que aparece se llevó a cabo el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, a horas dos y cincuenta y tres de la tarde, solo se advierte la presencia de la representante del Ministerio Público, la abogada de la agraviada y el imputado, sin encontrarse asesorado por un abogado defensor, lo que advierte una vulneración a la garantía del derecho a ser patrocinado por un defensor. La celeridad e impulso del proceso para su conclusión inmediata no amerita que se deba excluir de defensor al procesado, pues hubo tiempo razonable para la debida concurrencia de este, sea particular o público, en tanto garantía de un debido proceso, pues la indefensión afecta derechos fundamentales. De lo dicho, se concluye que se ha privado al imputado Luis Miguel Quiquia Damián el derecho de contar con un abogado defensor en las diligencias iniciales, pese a que desde el momento en que se le puso en conocimiento de los derechos con que contaba y se llevó a cabo la diligencia en mención, transcurrieron cuatro horas aproximadamente, privilegiándose en el proceso la celeridad o la concreción de garantías, lo que no es posible bajo el amparo del debido proceso; por lo que es de rigor hacer palmaria la concreción de ese derecho. Igualmente, dada la naturaleza del hecho incriminado, el proceso debe llevarse a cabo bajo lógicas del proceso común, considerando para la actuación probatoria lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-16, pues en la línea de evitar la revictimización secundaria de una víctima solo es posible una renovada declaración bajo sus parámetros.

12.7. DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA

Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado Luis Miguel Quiquia Damián, contra la sentencia de vista, del diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, que confirmó la sentencia del tres de marzo de dos mil dieciséis, en el extremo que lo condenó por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales F. J. T. O.; y revocó la referida sentencia en el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad; y, reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de efectiva; asimismo, confirmaron en los extremos que fijó por concepto de reparación civil la suma de ocho mil soles, que deberá cancelar el sentenciado a favor de la agraviada, y dispusieron que el imputado sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social, previo examen médico e informe psicológico que deberá practicársele para tal fin. En consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista, del diecisiete de mayo de dos mil dieciséis y la de primera instancia, del tres de marzo de dos mil dieciséis. **ORDENARON**, con reenvío se realice nuevo proceso respetando garantías procesales. **ORDENARON** la inmediata libertad de Luis Miguel Quiquia Damián, siempre y cuando no cuente con mandato de detención emanado de autoridad competente. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE

El presente Expediente, permite un análisis de los siguientes problemas jurídicos, los cuáles serán materia de desarrollo en la Sección VI.

- Primer Problema Jurídico: Determinar si es posible hablar de flagrancia presunta en el delito de violación sexual
- Segundo Problema Jurídico: Determinar si la gravedad del delito impide que la tramitación de un proceso se lleve bajo el proceso inmediato.

III. MARCO CONCEPTUAL

En el caso que nos avoca, es preciso tener en cuenta ciertos conceptos que permitan la comprensión a cabalidad del análisis del expediente, y de lo resuelto en el mismo. En ese sentido, a continuación, se procederá a desarrollar los referidos conceptos:

❖ **El Proceso Inmediato**

La doctrina nacional define al Proceso Inmediato como un proceso especial regulado por el Código Procesal Penal vigente en casi todos los distritos judiciales del país y todavía en proceso de implementación respecto a la capital de nuestro país, específicamente Lima Centro y Lima Sur, donde se concentra el mayor volumen de carga procesal. Sin embargo, conocen dichos distritos judiciales dentro de las especificaciones del Código Procesal Penal de los delitos contra la administración pública, institución de la prisión preventiva, crimen organizado y proceso inmediato. Este proceso especial a pesar de su diseño enfocado a darle celeridad al modelo, aun no es muy utilizado, siendo el preferido por ahora el proceso de Terminación Anticipada en contraposición del proceso común. Es por ello que hemos considerado importante resaltar las bondades del proceso inmediato, que bien utilizado, puede convertirse en una herramienta sumamente útil para erradicar la sobrecarga procesal.

❖ **La Flagrancia**

En general la flagrancia se puede definir como sostiene (Espinoza Bonifaz, 2016, pág. 3):

“(…) el delito flagrante es el delito que se comete actualmente, en este sentido no habría delito que no sea o que al menos no haya sido flagrante, porque todo delito tiene su actualidad; pero la flagrancia no es la actualidad sino la visibilidad del delito”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que la flagrancia debe comprenderse los siguientes requisitos: “a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos,

en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito”¹.

Sobre la flagrancia presunta la Corte Suprema ha señalado lo siguiente: “La **flagrancia delictiva** está regulada en el artículo 259° del Código Procesal Penal, según la Ley número 29596, del veinticinco de agosto de dos mil diez. El inciso cuatro del citado artículo regula la denominada “**flagrancia presunta**”. Según esta norma, existe flagrancia cuando: *“El agente es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”*. Por la naturaleza del acto en cuestión, que importa la privación del derecho fundamental a la libertad personal, es obvio que la indicada disposición debe interpretarse restrictivamente.”².

En la normatividad procesal vigente cuando se trata de un supuesto de flagrancia corresponde que se tramite por la vía del proceso inmediato que es un proceso simplificado, en ese sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: *“Como es obvio por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales- la flagrancia, como institución procesal, tiene por objeto instrumental facilitar la actuación de la autoridad policial o para instituir procedimientos simplificados y céleres-, la interpretación de las normas que lo autorizan, por sus efectos, debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal”*³.

El proceso inmediato se considera un tipo de proceso penal que de acuerdo a (Espinoza Ariza, 2016, pág. 184) se sustenta, en primer lugar, en la noción de “simplificación procesal”, cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia rápida, sin depreciar su efectividad; y, en segundo lugar, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06142-2006, HC/TC, del 14 de marzo del 2007, fundamento jurídico 4.

² Casación N° 692-2016-Lima Norte, expedida el 4 de mayo de 2017, fundamento jurídico 3. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

³ Casación N° 842-2016-Sullana, expedida el 16 de marzo de 2017, fundamento jurídico 3. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

rápida, a partir de la noción de “evidencia delictiva” o “prueba evidente”, lo que conlleva precisamente a la reducción de etapas procesales.

❖ **Derecho de defensa**

El inciso 14 del art. 139° de la Constitución Política ha señalado que una persona no puede ser privada del derecho a la defensa en ningún estado del proceso, lo cual implica que desde el inicio de todo proceso el imputado tiene derecho a ejercer libremente su defensa bajo la dirección de un abogado de su elección o, si no pudiera acceder a uno, por el defensor público que el Estado le proporcione; lo cual tiene relación directa con el principio de contradicción.

Por otro lado, en cuanto al contenido esencial del derecho a la defensa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este derecho es un reflejo intrínseco del derecho al debido proceso, en la medida que este último derecho se ha de entender como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.

El **derecho a la defensa**, entonces, es un componente central del debido proceso que determina y obliga al Estado a que trate al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. En tal sentido, el derecho a la defensa debe ejercerse necesariamente desde que se sindicó (imputa) a una persona como posible responsable (autor) o cooperador (partícipe) de un hecho punible penalmente y sólo culminará cuando finaliza el proceso, incluyendo también la etapa de ejecución de la pena.

❖ **Delito de violación sexual**

Uno de los cambios más significativos que introdujo el Código Penal de 1991, en lo que atañe a bienes jurídicos, ocurrió en materia de delitos sexuales, en los que, apartándose de una tradición de larga data, el legislador peruano abandonó los viejos conceptos de buenas "costumbres" y "honor sexual", que venían siendo objeto de permanente crítica en la dogmática universal por tratarse de denominaciones con un fuerte contenido moral. En su lugar, tituló el Capítulo IX (Título IV, Libro Segundo) como Violación de la Libertad Sexual.

El delito de violación sexual afecta diversos bienes jurídicos, aunque se resalta para su ubicación sistemática la libertad e indemnidad sexual, también afecta la integridad física, psicológica y moral de la víctima, e incluso puede llegar a afectar su vida, cuando se produce como resultado la muerte.

Tratándose de que en el presente caso donde se imputa la violación sexual de una menor de edad de trece años, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, la cual es definida por el Tribunal Constitucional como: “búsqueda de preservación de la sexualidad de los menores cuando no están en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento”⁴. En esa misma línea, (Díez Ripollés, 1999-2000, pág. 14) define este bien jurídico de la siguiente manera: “el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad (...).”

❖ **Error de tipo en el delito de violación sexual**

Desde el punto de vista de la defensa se ha sostenido en este expediente que el imputado desconocía la edad de la víctima, por lo que invoca una causa de atipicidad como el error de tipo. Es importante observar que dentro de la estructura de todo hecho punible, la tipicidad es un elemento fundamental, que (Zaffaroni, 2009, pág. 59) conceptualiza como: “implica la antinormatividad de la conducta: de cada tipo se deduce una norma y la conducta que realiza el tipo viola esta norma”.

El error de tipo alegado por la defensa excluye la tipicidad justamente porque elimina el dolo. De ese modo se ha establecido en la jurisprudencia: “El error de tipo es aquel error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo -la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo-.”⁵

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de diciembre de 2012 en el Exp. N° 0008-2012-PI/TC, fundamento jurídico 35.

⁵ R.N. N° 365-2014-Ucayali, de fecha 12 de diciembre de 2014, fundamento jurídico 4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La exclusión del dolo por la presencia del error de tipo justamente se produce al reconocer como uno de sus elementos estructurales, el aspecto cognitivo. En esa línea (Bramont-Arias, 2006, pág. 24) sostiene:

El error de tipo establecido en el artículo 14° del CP, surge cuando en la comisión del hecho se desconoce un elemento del tipo o respecto a una circunstancia que agrava la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuera vencible; la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. Con el término elementos se alude a los componentes del tipo legal- elementos referentes al autor, la acción, el bien jurídico, la causalidad o la imputación objetiva y los elementos descriptivos y normativos.

IV. ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA MATERIA

4.1. El delito de violación de la libertad sexual y el papel del “consentimiento”

El tema del consentimiento en materia de violación sexual es central, porque si la víctima consintió la relación sexual, evidentemente desaparece el elemento de coacción o de violencia y, por lo tanto, no concurre un elemento esencial del tipo objetivo que determina que sea una conducta penalmente relevante. En el presente caso, desde el nivel preliminar el imputado aceptó haberse encontrado con la agraviada y haber mantenido relaciones sexuales, lo cual quedó acreditado con el reconocimiento médico legal. No se requería en este caso probar la presencia de violencia o amenaza sobre la víctima puesto que de acuerdo al tipo penal previsto en el artículo 173° inciso 2 del Código Penal el consentimiento de la víctima es irrelevante al protegerse la indemnidad sexual, puede configurarse con cualquier medio comisivo y aun cuando hubiera mediado “el consentimiento de la agraviada”.

Justamente sobre la irrelevancia de consentimiento de la agraviada menor de 14 años (Escobar Jiménez, 1999, pág. 1051) sostiene:

El bien jurídico es el núcleo del injusto, por lo que su correcta apreciación redundará en una adecuada valoración de la gravedad del hecho. En los delitos de agresión sexual se protege la libertad o la indemnidad sexual, la primera exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, en los

menores o los privados de razón o de sentido tal condición es inexistente o deficiente.

Error de tipo, tipicidad y elementos objetivos

Ahora bien, para comprender el error de tipo es importante saber qué es la tipicidad y cuáles son sus elementos objetivos. La tipicidad es verificar si una conducta puede subsumirse a un tipo penal, en otras palabras, es adecuar la conducta al supuesto de hecho del tipo, por otro lado, los elementos objetivos son aquellos cuya comprensión no dependerá de una norma, sino que se perciben por los sentidos y se plasman en la realidad, siendo los siguientes:

a) La acción típica: Es la base de la conducta punible, es la concreta conducta activa u omisiva que describe el tipo, por ejemplo, matar en el delito de homicidio.

b) Los sujetos: Puede ser sujeto activo o sujeto pasivo, el sujeto activo es el autor de la conducta típica que describe el tipo, mientras que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico vulnerado por la conducta del sujeto activo.

c) El objeto material: Sobre el que recae la acción típica, por ejemplo, la laptop que fue hurtada, en delitos contra el patrimonio. El objeto material es la laptop y el bien jurídico protegido es el patrimonio.

d) Circunstancias: Lugar, tiempo y modo de ejecución.

Siendo así y, en palabras de la Corte Suprema, la Corte Suprema ha establecido: “**no basta con las declaraciones** del procesado y de la agraviada –que refiera haber dicho una edad distinta y superior a la que tenía al momento de los hechos –; sino que, requiere de corroboración adicional. A lo dicho, el juez deberá examinar la configuración del **error de tipo (vencible o invencible)**, en contraste con: **i)** Las máximas de la experiencia y el rol social del imputado; **ii)** Las circunstancias de hecho; **iii)** El certificado médico legal que concluya la edad aproximada; y **iv)** La capacidad intelectual, discernimiento y percepción del imputado.”⁶

4.2. El Proceso Inmediato

El proceso inmediato se encuentra regulado en los numerales 446°, 447° y 448° del Código Procesal Penal del 2004, sin embargo, su origen procedimental lo

⁶ R.N. N° 145-2019-Lima, del 20 de enero de 2020. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

encontramos en el Código Italiano de 1988, que regula el *giudizio direttissimo* (para detenciones en flagrancia, confesión del imputado del hecho delictivo) y el *giudizio immediato* (obtención de prueba evidente y suficiente de atribución), institutos traídos al Perú y correlacionables con la acusación directa y proceso inmediato. Dicho mecanismo de simplificación fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1194, publicado el 30 de agosto del 2015, en donde se añade los supuestos de omisión de asistencia familiar, y conducción en estado de ebriedad o drogadicción. Anota (Hurtado Huaila & Reyna Alfaro, 2015, pág. 13), que el proceso inmediato es un proceso especial distinto al proceso común. Se trata de un proceso que tiene por finalidad la simplificación y celeridad de las etapas del proceso común, y está previsto para aquellos casos en los que no se requiere de mayor investigación para que el fiscal logre su convicción respecto a un caso concreto y formule acusación. Para (Sánchez Velarde, 2009, pág. 364), el proceso inmediato es un procedimiento especial que atiende al criterio de simplificación procesal, pues busca abreviar al máximo el proceso penal. La finalidad de este proceso especial es evitar que la etapa de la investigación preparatoria sea una etapa ritualista e innecesaria, dándole la oportunidad al representante del Ministerio Público de formular directamente la acusación y que esta sea aceptada sin la necesidad de realizar la audiencia preliminar de la etapa intermedia. Por su parte, (Benavente Chorres, 2011, pág. 24), entiende que el proceso inmediato es un tipo de proceso especial, al darse una situación extraordinaria que conlleva la abreviación del proceso penal: no se desarrollan las fases de investigación preparatoria -al menos no completamente- e intermedia. En suma, consideramos que se trata de una de las formas procedimentales en que se suprimen las etapas de investigación preparatoria e intermedia; sin embargo, serán de aplicación las reglas del proceso común a aquellas situaciones no contempladas. Su incoación debe descansar en la evidencia de los elementos de convicción respecto a la comisión del hecho punible y la intervención del imputado.

En cuanto a su naturaleza jurídica, tenemos que su esencia o característica principal, está basada en la inmediatez, la celeridad, la economía y el ahorro de recursos como el tiempo y otros aspectos necesarios. En ese sentido, el proceso inmediato tiene como finalidad esencial dar pronta solución a los conflictos de relevancia penal, en los casos en que no es necesaria una prolongada y compleja investigación (Reategui

Sánchez, 2016, pág. 55), a lo que agrega (Oré Guardia, 2016, pág. 10) que el proceso inmediato halla su fundamento jurídico en el principio de economía procesal, según el cual la respuesta penal debe realizarse con ahorro de esfuerzo, dinero y tiempo. Ello permite, pues, brindar una respuesta oportuna a la víctima, de un lado, y resolver la situación jurídica del imputado dentro de un plazo razonable.

4.3. Respecto al ejercicio del derecho de defensa

El derecho de defensa consiste en la obligación de ser oído, asistido por un abogado de la elección del acusado o demandado, o en su defecto a contar con uno de oficio. Este derecho comprende la oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos o intereses, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte, salvo que se trate de una incomparecencia voluntaria, expresa o tácita, o por una negligencia que es imputable a la parte. La intervención del abogado no constituye una simple formalidad. Su ausencia en juicio implica una infracción grave que conlleva a la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia (Mesia Ramirez, 2004, pág. 105).

El derecho de defensa implica a su vez varios derechos, tales como: que el acusado cuente con un abogado defensor, que este pueda comunicarse libremente con su defendido sin interferencia ni censura y en forma confidencial (pudiendo ser vigilado visualmente por un funcionario que no escuchará la conversación), que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y medios necesarios para preparar la defensa, que cuente con un intérprete o traductor si el inculcado no conoce el idioma del Tribunal, entre otros. Un ejemplo de violación de este derecho fue visto por la Corte Interamericana en el caso Suarez Rosero (Novak & Namihás, 2004, págs. 246-247).

El derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así (Bernalés Ballesteros, 1997, pág. 656).

V. OPINIÓN SOBRE SENTENCIAS

En este expediente se tiene dos sentencias que se pronuncian en el sentido de la condena del imputado por el delito de violación sexual de menor de trece años de edad. La sentencia de primera instancia gira su fundamentación en la versión de la agraviada y toma en consideración el Acuerdo Plenario 2-2005-CIJ/116, que considera la validez de la declaración única de la víctima para condenar a partir de la evaluación de criterios de naturaleza objetiva (verosimilitud, persistencia en la incriminación y corroboraciones indiciarias) y subjetiva (falta de razones que justifiquen la incredulidad subjetiva). Asimismo, el error en la edad de la víctima que alegó la defensa fue considerado como un argumento que no tiene un respaldo objetivo, puesto que, de los medios de prueba actuados, no se establecen razones que pudieran sostener el error como por ejemplo características físicas, datos, comportamiento de la agraviada, entre otros.

En relación a la sentencia de segunda instancia, la Sala se pronunció por cada uno de los agravios planteados por el impugnante y establece que está debidamente probada la existencia del delito y la responsabilidad; y sobre la argumentación en relación al error del tipo alegado por la defensa, observa que existen apreciaciones subjetivas en relación a la edad de la víctima.

Sin embargo, en esta sentencia se observa que se impone una pena por debajo del mínimo legal alegando la presencia de una circunstancia de atenuación prevista en el artículo 21° del Código Penal en relación al consumo de alcohol, y se sostiene en base a que el padre de la agraviada indica que el imputado tenía aliento alcohólico, a pesar de que dicha situación no fue acreditada objetivamente con alguna prueba científica como un dosaje etílico que arrojará un resultado positivo.

La sentencia casatoria no se pronunció por el fondo de la controversia, sino que consideró la afectación del debido proceso al haberse seguido esta causa por la vía del proceso inmediato y el recorte que se dio al derecho de defensa al no haber contado el imputado con la asistencia de un abogado en los actos iniciales de investigación, lo que definitivamente lo colocó en un estado de indefensión y ello finalmente dio lugar a que quedaran sin efecto las sentencias impugnadas y se ordenara realizar un nuevo proceso respetando las garantías procesales.

Es por esta razón que me encuentro **A FAVOR** de la decisión de la Corte Suprema, la cual ordenó se lleve a cabo nuevo enjuiciamiento, refiriendo que en esta clase de eventos, no se debe recurrir al proceso inmediato sino al proceso común donde en una estación probatoria se dilucide con mejor criterio y se obtengan los elementos necesarios que contribuyan al esclarecimiento de los hechos. En consecuencia, rescato dos eventos criticados, la proscripción a la arbitrariedad en cuanto al derecho de defensa conculcado y la inclinación para llevar el proceso inmediato solo para casos que no tengan un espacio de probanza mayor que el necesario y elemental, mientras que el proceso común debe ser aquel lugar donde se estime con mayor amplitud y criterio el proceso en sí, en atención a las garantías que obran en la Constitución Política del Estado y las normas conexas.

VI. OPINIÓN PERSONAL DEL BACHILLER

Este apartado del Informe Jurídico, me permitirá abordar los problemas jurídicos planteados en la Sección II del mismo.

Primer Problema Jurídico

Determinar si es posible hablar de flagrancia presunta en el delito de violación sexual

Presupuestos legales del Proceso Inmediato

El artículo 446° del NCPP establece los supuestos en que el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato como:

- a) flagrancia delictiva,
- b) confesión o
- c) delito evidente.

Este dispositivo legal exceptúa los casos en los que, por su complejidad, sean necesarios ulteriores actos de investigación.

Mediante el **Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2016/CIJ-116** se fijó los estándares materiales para la incoación del proceso inmediato los cuales deben concurrir copulativamente: i. Evidencia delictiva o prueba evidente (flagrancia delictiva, confesión y delito evidente). ii. Ausencia de complejidad o simplicidad

investigativa; y, además, deberá tenerse en consideración si se está frente la imputación de un delito especialmente grave.

En el presente caso, importa definir los presupuestos materiales de: i) flagrancia delictiva y el de ii) imputación de un delito especialmente grave.

A. La Flagrancia

¿Estamos ante un supuesto de flagrancia?

Nuestra norma procesal regula tres supuestos de flagrancia:

“La flagrancia en sentido estricto se da en aquellos casos en los que la autoridad policial encuentra al investigado con el objeto, instrumento, o en el proceso de realización del hecho punible, es decir, cometiendo el delito o cuando acaba de consumarlo e, incluso, cuando es sorprendido inmediatamente después de la comisión del hecho con efectos (v. gr. las cosas sustraídas, las huellas, vestigios y todo otro medio de confirmación de las consecuencias de la ejecución del delito) o con instrumentos del delito (cualquier utensilio que fue empleado o que sirva para la ejecución del delito). Dicho de otro modo, la flagrancia se refiere a encontrar al imputado realizando actos de ejecución propios del delito, o inmediatamente después de consumarlo.

La cuasiflagrancia: se trata de una situación táctica en donde el investigado ha dejado la escena del delito, pero ha sido identificado ya sea por la víctima, por tercera persona o a través de algún medio audiovisual u otro análogo que permita reconocerlo plenamente en su individualidad y diferenciarlo de otras personas. En todos los casos se trata de supuestos que se presentan en momentos posteriores a la comisión del delito (dentro de las 24 horas), pero respecto de los cuales ha transcurrido un breve plazo desde que se ha realizado el hecho punible.

La presunción de flagrancia: está referida al individuo que no ha sido sorprendido ejecutando o consumando el hecho delictivo y tampoco ha sido identificado luego de cometer el hecho punible, sino más bien que se le ha encontrado con objetos que hacen presumir la comisión de un delito. Esta presunción hace referencia a la existencia de indicios de participación criminal, toda vez que parte de identificar la existencia de datos que hacen factible inferir

que el justiciable tiene alguna relación con un hecho delictivo que se está investigando.”⁷

De esta definición inicial (doctrinal), ha tenido una precisión para su aplicación a nivel del desarrollo jurisprudencial. Para ello, partiremos cronológicamente con el Acuerdo Plenario 2-2016 (*Proceso Inmediato Reformado*), seguido por la Casación N° 553-2018 Lambayeque donde la Corte Suprema establece los requisitos para saber si nos encontramos ante un supuesto de flagrancia (las notas características de la institución):

*“(…) existirá flagrancia siempre que se cumplan dos notas sustantivas y dos notas adjetivas. En el primer caso, se requiere (i) **inmediatez temporal** – la acción delictiva se está desarrollando o acaba de desarrollarse en el momento de su percepción o intervención– e (ii) **inmediatez corporal** – el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa intervención en el mismo–. En el segundo caso, se necesita de (iii) **percepción directa** y efectiva del hecho por el efectivo policial – visto directamente o percibido de otro modo por material fotográfico o fílmico, y de (iv) **necesidad urgente de la intervención policial** (Sentencia del Tribunal Supremo Español 472/1997, de catorce de abril).”⁸ (El resaltado es mío)*

Así como el reconocimiento de tres tipos de flagrancia las que se expone a continuación:

*“(…)1. **Flagrancia estricta**: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. **Cuasi flagrancia**: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. 3. **Flagrancia presunta**: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de “intervenir”– en el hecho delictivo.”⁹*

De esta última clasificación que antecede, en una reciente Ejecutoria Suprema se precisó lo siguiente¹⁰:

“(…)

⁷ Protocolo de Actuación Interinstitucional para la aplicación del Decreto Legislativo N° 1298 (D.S. N° 009-2017-JUS).

⁸ Casación N° 553-2018-Lambayeque, FJ.7. En ese mismo sentido, el Acuerdo Plenario 2-2016. FJ. 8.

⁹ Acuerdo Plenario 2-2016. FJ. 8.

¹⁰ Casación N° 1596-2017-San Martín, Considerando 26.

26.1. *Flagrancia estricta.* Esta clase de flagrancia guarda correspondencia con el supuesto previsto en el numeral uno, del artículo doscientos cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal. En atención a la definición indicada *ut supra*, ocurre cuando el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo, es decir, al realizar los elementos de la estructura del tipo penal. En el *iter criminis* se ubica hasta el momento de la consumación del ilícito penal. La percepción sensorial de la víctima o del testigo presencial es concomitante al hecho criminal.

Entonces, habrá flagrancia estricta hasta la consumación del hecho, siempre y cuando el sujeto agente no haya logrado huir y haya sido detenido.

26.2. *Cuasi flagrancia.* Este tipo de flagrancia guarda correspondencia con lo previsto en el numeral dos de la citada disposición procesal. Se presenta si el individuo es descubierto cuando ha acabado de cometer el hecho punible y es detenido. Extensivamente, de acuerdo con cada caso en concreto, también se presenta en el supuesto previsto en el numeral tres, cuando es visto durante o inmediatamente después de ejecutarlo y logra huir del lugar del evento delictivo; sin embargo, sin solución de continuidad (sin interrupción) es perseguido y detenido dentro de las veinticuatro horas.

Un sector de la doctrina especializada considera que el supuesto previsto en el numeral tres, del artículo doscientos cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal constituye una extensión de la cuasiflagrancia. Este Tribunal Supremo comparte dicha posición, no obstante, tal como ya se sustentó, su existencia debe determinarse de acuerdo con las circunstancias particulares que se presenten en un determinado conflicto jurídico penal. En efecto, cuando exista sindicación por parte del agraviado o de otra persona que haya presenciado el hecho, o la identificación del sujeto agente para el registro de su imagen captado por medio audiovisual, dispositivos u otros equipos, pero haya existido una persecución continua —así no sea personal pero sí por medios tecnológicos— es evidente que el numeral tres constituirá cuasiflagrancia.

26.3. *Flagrancia presunta o ficta.* Según el caso en concreto, se adecúa en los numerales tres y cuatro del mismo precepto procesal *in examine*. Subyace si el sujeto no fue encontrado en ejecución del hecho delictivo ni cuando acababa de

consumarlo, pero es visto huyendo del lugar de los hechos sin ser perseguido (numeral tres) o no es visto fugándose (numeral cuatro). Sin embargo, en ambos casos es intervenido dentro de las veinticuatro horas con evidencia o datos reveladores que permiten inferir que ha cometido. Esta evidencia puede consistir tanto en prueba personal (declaración de la víctima o de un testigo presencial) o prueba instrumental (medios, objetos, etc.), siempre y cuando permitan individualizar al sujeto agente, sin mayor investigación posible. (...)”.

En el presente caso, pareciera que estamos ante un caso de *flagrancia presunta*; pero, existe pronunciamiento de la Corte Suprema donde se indica que **NO** existe *flagrancia presunta* en un delito de violación sexual; primero, por la naturaleza del delito (*delito flagrante es opuesto al delito clandestino*) porque se requerirá un riguroso análisis de la versión de la víctima y de una alta actividad probatoria por lo que correspondería el proceso común; salvo que, se cuente con vestigios materiales y fluidos corporales examinados pericialmente¹¹.

Posición contraria es la del voto discordante de la Jueza Suprema Aquize Díaz en la Casación N° 1596-2017-San Martín, donde se desprende de su voto que no interesa la naturaleza del delito de violación sexual sino aplica lo descrito en el numeral 3, del artículo 259° (*flagrancia presunta*).

Una de las razones explícitas de improcedencia de este proceso inmediato este dado por la complejidad del caso, pero además en el Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2016/CIJ-116 se reconoce como una limitación que el delito sea especialmente grave, lo que guarda directa relación con la gravedad de la pena, considerándose aquellos que tendrían una respuesta punitiva severa en la medida que compromete bienes fundamentales como la libertad de tránsito, siendo un criterio, el que pueda imponerse una pena privativa de libertad efectiva, esto es, cuando la pena pueda ser superior de cuatro años, así como que existen otros criterios para determinar la gravedad, con la competencia de Juzgados Penales Colegiados, que el Código Procesal Penal del 2004 establece corresponde a los delitos cuyo extremo mínimo de la pena supere los seis años de privación de la libertad. En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema: “el hecho punible se encuentra revestido de especial gravedad y, consecuentemente, el desvalor se refleja en un quantum punitivo significativamente elevado. Para la exclusión

¹¹ Casación N° 842-2016-Sullana. Considerando Cuarto y Quinto.

del proceso inmediato en tales supuestos, dicho factor (drasticidad punitiva) es una condición necesaria, aunque no suficiente¹²”.

En ese sentido, el que pueda llevarse un proceso inmediato pone en consideración cómo incidiría en el ejercicio del derecho de defensa, al tomar en cuenta si se contaría con el plazo razonable para la preparación de los medios procesales idóneos para contrarrestar la tesis fiscal. Este es uno de los puntos que genera mayor reflexión en la doctrina sobre los procesos rápidos. La afectación estaría más encaminada a afectar la dimensión formal o técnica del derecho de defensa, especialmente en relación a su eficacia.

Segundo Problema Jurídico

Determinar si la gravedad del delito impide que la tramitación de un proceso se lleve bajo el proceso inmediato

Cabe mencionar que de las resoluciones revisadas sobre la posición de la Corte Suprema con respecto a la posibilidad de aplicar el proceso inmediato a delitos especialmente graves la respuesta es positiva.



La mejor descripción de ello, es lo mencionado en la Casación N° 441-2017-Ica – cuya lógica es repetida en las demás Ejecutorias planteadas en la línea de tiempo presentada – que indica lo siguiente:

“(…) no se prohíbe o excluye toda aplicación del proceso inmediato reformado a casos en los cuales el hecho punible se encuentra revestido de especial gravedad y, consecuentemente, el desvalor se refleja en un quantum punitivo significativamente elevado. Para la exclusión del proceso inmediato en tales supuestos, dicho factor (drasticidad punitiva) es una condición necesaria, aunque no suficiente. Se debe verificar también que el caso concreto, dada su singular comisión, exija un determinado esclarecimiento acentuado, para lo cual resulta importante la actuación del defensor técnico, pues a este corresponde, en primer orden, justificar la impertinencia y el riesgo pernicioso

¹² Casación N° 441-2017-Ica, del 24 de mayo de 2018, fundamento 3.2.

de aplicar el proceso inmediato al caso que defiende. Asimismo, en tales casos ha de evaluarse con singular exhaustividad la evidencia delictiva. Superado dicho examen, si se cae en cuenta de que el esclarecimiento adicional requerido es mínimo es de optar por el proceso inmediato. (...)”

Por lo tanto, considero que siempre que sea necesaria una mínima actividad probatoria, se podrá aplicar el proceso inmediato en casos de delitos especialmente graves. En esa línea por ejemplo se encuentra la Casación N° 1130-2017-San Martín que estableció:

“En este caso, nos encontramos ante un delito especialmente grave, sancionado con la pena más grave del sistema penal, esto es la cadena perpetua. Sin embargo, no es suficiente la cuantía de la pena para determinar la no incoación del proceso inmediato (...)”. (Fundamento jurídico séptimo)

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116
- Benavente Chorres, H. (2011). La acusación directa y el proceso inmediato en el Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24.
- Bernales Ballesteros, E. (1997). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad. ICS.
- Bramont-Arias, L. M. (2006). El error de tipo y la excepción de naturaleza de acción. *Aportes al Derecho Peruano desde la perspectiva constitucional - Academia de la Magistratura*, 24.
- Díez Ripollés, J. L. (1999-2000). El objeto de protección en el nuevo Derecho Penal sexual. *Anuario de Derecho Penal*.
- Escobar Jiménez, R. (1999). *Delitos contra la libertad sexual*. Granada: Editorial Comares.
- Espinoza Ariza, J. (2016). La flagrancia y el proceso inmediato. *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 184.
- Espinoza Bonifaz, A. (2016). *Análisis de la eficacia de la Ley del Proceso Inmediato por delitos flagrantes*. Lima: Centros de Estudios en Criminología - USMP.
- Hurtado Huaila, A. C., & Reyna Alfaro, L. M. (2015). El proceso inmediato: Valoraciones político criminales e implicancias forenses del D. Leg. N° 1194. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 13.
- Mesia Ramirez, C. (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Novak, F., & Namihás, S. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para Magistrados y Auxiliares de Justicia*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Oré Guardia, A. (2016). *El Nuevo Proceso Penal Inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reategui Sánchez, J. (2016). *El proceso inmediato en el Código Procesal Penal del 2004 a través de la reforma del D. Leg. 1194. En obra colectiva: El proceso penal inmediato en casos de flagrancia delictiva*. Lima: Ediciones Legales.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

VIII. RELACIÓN DE ANEXOS

- ANEXO 01 : Auto de Citación para Audiencia de proceso inmediato
- ANEXO 02 : Índice de registro de audiencia única de incoación de proceso inmediato
- ANEXO 03 : Requerimiento de acusación
- ANEXO 04 : Auto de citación a juicio inmediato
- ANEXO 05 : Índice de registro de audiencia única de juicio inmediato
- ANEXO 06 : Sentencia de Primera Instancia, de fecha 03 de marzo de 2016
- ANEXO 07 : Recurso de Apelación y Concesorio
- ANEXO 08 : Ofrecimiento de medios probatorios
- ANEXO 09 : Admisión de medios probatorios y citación para audiencia de apelación
- ANEXO 10 : Acta de registro de apelación de sentencia
- ANEXO 11 : Sentencia de Vista, de fecha 17 de mayo de 2016
- ANEXO 12 : Recurso de Casación y Concesorio
- ANEXO 13 : Sentencia de Casación, de fecha 06 de mayo de 2019