Sumilla: Condena sustentada en suficiente material probatorio de cargo que enerva el principio a la presunción de inocencia, en aplicación del Acuerdo Plenario uno- dos mil once/CJ-ciento dieciséis de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo la pena impuesta a pesar de ser una de carácter intemporal es legal por cuanto está sujeta a revisión en aplicación del artículo uno del Decreto Legislativo número novecientos veintiuno.

Lima, veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez contra la sentencia condenatoria de fojas trescientos cincuenta, del dos de marzo de dos mil quince.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que el sentenciado Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez, en su recurso formalizado a fojas trescientos setenta y uno, sostiene: **i)** Que la recurrida ha vulnerado de manera flagrante su derecho al debido proceso, pues la investigación a nivel preliminar se ha realizado de manera precaria y deficiente, sin haber acopiado el suficiente material probatorio que lo incrimine. **ii)** No se actuaron medios de prueba de suma trascendencia para el esclarecimiento de los hechos tales como: la declaración referencial a nivel de juicio oral y la ratificación del examen

psicológico practicado a la menor. **iii)** No existe prueba de cargo suficiente para demostrar la tesis acusatoria.

SEGUNDO. El marco de imputación del dictamen fiscal de fojas doscientos treinta y dos, es que los procesados Erick José Sánchez La Rosa Sánchez y Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez hermanos gemelos, habrían abusado sexualmente de la menor de iniciales H.G.A.G., de nueve años de edad, hija de la conviviente de un hermano de los denunciados, hechos que la menor ha referido a su señora madre Judith Esmeralda Gonzales Loli, recién en la fecha veintiuno de mayo de dos mil ocho, por cuanto los denunciados la tenían amenazada para que no hablara nada de lo sucedido entre ellos; que la menor ha indicado que los denunciados son hermanos de su padrastro, habiendo sido víctima de agresión sexual-violación por parte de ellos luego de semana santa -abril de dos mil ocho-, siendo que la primera agresión sexual se la practicó Erick José Sánchez La Rosa Sánchez una tarde en el cuarto de su señora madre aprovechando la ausencia de esta, pretextando que iban a hacer su tarea escolar y cuando la menor trató de traer los cuadernos dicho denunciado le comenzó a tocar su cuerpo, a besarla y no soltarla y le bajó su pantalón y la echó a la cama, sacando su miembro viril se lo introdujo en la vagina (eyaculando), ocurriendo esto en dos oportunidades, haciéndole gritar y doler sus partes íntimas. Con respecto a Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez, le ha practicado el acto sexual hasta en cinco oportunidades, siendo que esto ocurrió también el mes de abril de dos mil ocho, lo hizo en su cuarto cuando la menor agraviada había ido a llamar a Marlon el hijo menor de su agresor, siendo que Edwin José abrió la puerta y cuando sale su hijo, le agarra de la mano a la menor y le tapa la boca haciéndole entrar a su cuarto, manoseándole su cuerpo, la besó y la tiró en la cama, bajándole su pantalón, echándose encima suyo, introdujo su pene en la vagina de la menor, haciéndole doler, eyaculando igualmente,

agregando que no la penetró totalmente, abuso sexual que ocurrió en otras oportunidades.

TERCERO. De acuerdo con el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, esta Suprema Sala debe emitir pronunciamiento respecto a los términos de la impugnación planteada, siendo el referido a la sentencia condenatoria dictada en contra del procesado Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez por delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales A.G.H.G.

CUARTO. Toda sentencia condenatoria debe dictarse como consecuencia de la adquisición por parte del Juzgador de un grado de certeza absoluto, respecto a la responsabilidad penal del encausado o encausados, decisión que debe estar sustentada en suficiente material probatorio de cargo que sea idóneo a efectos de desvirtuar el principio de presunción de inocencia que le asiste a todo ciudadano, en virtud del parágrafo "e", inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado.

QUINTO. Que el delito de violación sexual de menor de edad, se encuentra previsto y sancionado en el primer párrafo, inciso primero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, artículo modificado por el artículo primero de la Ley N° 28704, publicada el cinco de abril de dos mil seis, que prescribe: *" El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua".*

SEXTO. Que, con las siguientes pruebas de cargo se encuentran acreditadas tanto la materialidad del delito así como la responsabilidad del procesado Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez: ***i)*** **la referencial de la**

menor agraviada de iniciales A.G.H.G., obrante a fojas cuatro, quien al declarar a nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público y de su progenitora doña Judith Esmeralda Gonzales Loli, señaló: *"[...] Que las fechas de las agresiones sexuales no las recuerda exactamente pero, fue después de semana santa(abril 2008), la primera agresión sexual la realizó el señor Erick José Sánchez La Rosa Sánchez, en el cuarto de su mamá en horas de la tarde, tres horas con treinta minutos de la tarde, cuando estaba correteando en el patio, luego ingresé al baño, después a la sala, entonces el señor Erick me dice que hagamos la tarea, me metió al cuarto de su mamá, entonces le dije que voy a traer mis cuadernos, él no quiso y me empezó a tocar mi cuerpo, a besar, me bajó el pantalón y me echó a la cama sacó su pene y me puso en mi vagina, intentó penetrarme pero yo no me dejaba porque me dolía, no vi si orinó en mi vagina(eyaculó), posteriormente, se bajó de mi encima y yo me fui, no sin antes decirme que no avise a nadie, señalando que este señor me violó sólo dos veces, en la segunda oportunidad cuya fecha tampoco recuerdo, le solicité me ayude con tarea de matemática y me llevó a su cuarto, en el interior me empezó a besar, y luego me echó a la cama, me bajó el pantalón y se subió en mi encima, como me dolía empecé a gritar y salí corriendo del cuarto, me metí al baño y me revisé mi vagina porque me dolía, esa fue la última vez que me tocó y después nunca más lo hizo"*. Respecto al señor Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez, señala: *"[...] me violó varias veces, cinco aproximadamente, la primera vez lo hizo en su cuarto, no recordando la fecha exacta pero fue después que inició mis clases, en abril de 2008, más o menos en circunstancias que fui a llamar a su hijo Marlon, el señor abría la puerta y salía su hijo y cuando ya nos disponíamos a ir a jugar en un carro que habíamos hecho en el patio(en el árbol de níspero), Marlon estaba dentro del carro "Z", porque así lo llamábamos, es allí cuando el señor Edwin me agarra de mi mano, me tapa la boca y me mete a su cuarto, lugar donde me manoseó todo mi cuerpo y me besó, después me tiró a la cama me*

bajó el pantalón y se echó en mi encima, metió su pene a mi vagina, pero no lo metió todo porque me dolió, pude observar que algo se venía de su pene, un líquido blanco, entonces se levantó rápidamente y aproveché para escaparme e ir al baño a llorar, las otras agresiones sexuales no las recuerdo muy bien, pero él me llevaba a su cuarto y abusaba de mí, pero nunca logró penetrarme en su totalidad[...]". ***ii)*** **el acta de denuncia verbal**, del veintidós de mayo de dos mil ocho, obrante a fojas uno, donde la menor de iniciales A.G.H.G., acompañada de su madre la señora Judith Esmeralda Gonzales Loli, refiere en lo sustancial: *"que el día veintiuno de mayo de dos mil ocho, siendo, aproximadamente, las diez de la noche en circunstancias que veíamos la televisión en mi cuarto, momentos en que pasan como se contagia el SIDA, momentos en que mi menor hija me pregunta ¿ Cómo se trasmite el mal?, entonces yo le contesté, mediante la transmisión sexual y ella me dice, si había la posibilidad de tener el mal, al haber tenido relaciones sexuales con dos hombres, entonces sorprendida le digo a mi hija por qué me preguntaba por ello, entonces mi hija me refiere, que los hermanos de mi padrastro la habían besado y habían tenido relaciones sexuales con mi niña, y me cuenta que uno de ellos llegó borracho(Erick José) y llamó a su cuarto, la empezó a tocar a besar y le bajo el pantalón y la violó sexualmente acto seguido me refiere que salió corriendo no sin antes amenazarla con no avisar a nadie, caso contrario le meterían a la cárcel, seguidamente me cuenta que el segundo agresor (Edwin José) en la fecha que no recuerda, se encontraba en su cuarto y mi menor hija se hallaba jugando con su hijo, entonces aparece la conviviente de Edwin y se lo lleva a su hijo, es así que mi hija se queda jugando con el hijo del hermano de su padrastro Ángel La Rosa Sánchez, posteriormente el menor se va y la deja sola, instante que es aprovechado por el señor Edwin, para proceder a bajarle el pantalón, luego se echa en su encima y la viola sexualmente, contándome que no la amenazó pero sí le dijo que no cuente a nadie de lo sucedido(...).* ***iii)*** **EL Certificado Médico Legal número cero cero uno**

cuatrocientos cincuenta-CLS, de fecha veintitrés de mayo de dos mil ocho- obrante a fojas ocho-, que concluye Desfloración Himeneal Antiguo, No signos de acto contranatura. **iv) El acta de ratificación del certificado médico,** obrante a fojas ciento dos por sus emitentes, en la que manifiestan que se ratifican en el íntegro de su contenido del certificado médico legal practicado a la menor agraviada de iniciales H.G.A.G., reconociendo su firma y post firma las que aparecen al final y que utiliza en todos sus actos públicos y privados. **v) el acta de reconocimiento de Ficha RENIEC,** obrante a fojas veinte, del cual se desprende que la menor agraviada reconoció fehacientemente las fichas de RENIEC correspondientes a los hermanos Erick José Sánchez La Rosa Sánchez y Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez, ya que estos han vivido con ella y han sido los que la ultrajaron sexualmente en diversas ocasiones. **vi) la manifestación de Judith Esmeralda Gonzales Loli, madre de la menor** - obrante a fojas veintidós-, con participación directa de la representante del Ministerio Público, señala que se ratifica en el íntegro de su denuncia, realizada el veintidós de mayo de dos mil ocho, indicando que en circunstancias que miraba las noticias, pasaron un programa de cómo se transmitía las enfermedades sexuales del SIDA, es cuando su menor hija le pregunta si cuando uno tiene relaciones con dos hombres, uno tiene SIDA, contestándole en ese momento que sí, pero eso sucede en las personas adultas que tienen pareja, contestándome en ese momento si yo tengo SIDA, porque comenzó a contarle como la habían besado y violado en varias oportunidades los hermanos Erick y Edwin Sánchez La Rosa Sánchez. **vii) Protocolo de Pericia Psicológica N° 085-2008-IML-PSC,** -obrante en copias certificada a fojas cuarenta y ocho-, donde la menor relata lo que ocurrió: *Y otro día Edwin cuando estaba jugando con su perrito fue a la sala y Edwin salió y se miró en el espejo, jalándola de la mano, ella le dijo que la soltara, le agarró del hombro igual, comenzó a besarla, le dijo que la soltara porque se iba a jugar, se quitó su pantalón y le dijo que también se baje el suyo, le agarró la mano, la echó a la cama y la violó, le dijo que se*

volteara, ella no quiso, la volteó a la fuerza y sintió algo que le dolió, ella se levantó el pantalón y le dijo que no cuente a nadie porque la iban a meter a la cárcel, concluyendo que la menor agraviada presenta reacción ansiosa compatible a estresor de tipo sexual y requiere apoyo psicológico. **viii)** **el acta de nacimiento de la menor agraviada de iniciales H.G.A.G.**,-que obra a fojas ciento trece-, donde se advierte que la menor de edad nació el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y ocho, en consecuencia a la fecha de los hechos, tenía nueve años y once meses de edad.

SÉPTIMO. Que la versión de la agraviada la valoraremos conforme al Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco (Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia), referido a los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado, a efectos que sea merituada como única prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, como son los siguientes: ***i)*** ausencia de incredibilidad subjetiva, esto es que no existan relaciones entre el agraviado y el imputado basadas en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la imparcialidad de la deposición; que, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza; ***ii)*** Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo, que le doten de aptitud probatoria; y, ***iii)*** Persistencia en la incriminación, es decir, que la sindicación sea permanente.

OCTAVO. Que, respecto al punto ***i),*** no se advierte que la imputación encuentre su origen en un ánimo espurio o revanchista, animadversión o resentimiento en contra del procesado por parte de la menor agraviada o la madre de esta; que el procesado ha declarado que se llevaban mal y en continuos pleitos con su hermano, es decir el conviviente de Judith

Esmeralda Gonzáles Loli, pero no ha sido comprobado ni tampoco es motivo suficiente para considerarla como razón para increpar tan grave acusación contra los hermanos del conviviente de su mamá.

NOVENO. Asimismo en cuanto al punto ***ii),*** es coherente, pues aun cuando la defensa observa la declaración preliminar de la agraviada y la versión que presta en el examen psicológico, aduciendo que son contradictorias, no siendo así, puesto que en su declaración referencial ante el Fiscal señala que el procesado Edwin José la violentó sexualmente en cinco oportunidades, relatando la primera vez que sucedió, mientras que en el examen psicológico, no hace la precisión a cuál de todas las ocasiones se refiere, narrando otras circunstancias, pero sí es firme en señalar que dicho procesado la violó sexualmente, por lo que dichas circunstancias se refieren a alguna de las cuatro oportunidades restantes en que fue agredida, puesto que el Acuerdo Plenario uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, en el fundamento vigésimo sexto, prevé que esto puede ocurrir por la afectación psicológica por estos hechos, al evaluarse la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y la capacidad corroborativa de la víctima, que para nuestro caso, es una menor de nueve años de edad. Ahora, respecto a que la pericia psicológica tomada a la menor, no ha sido ratificada por su autor, se debe tener en cuenta que se insistió en la concurrencia del perito en el juicio oral, según los oficios de folios doscientos noventa y cuatro y trescientos dieciocho, que el Acuerdo Plenario número dos – dos mil siete-CI-ciento dieciséis, establece que la ausencia de la diligencia de ratificación no excluye la pericia, cuando se explica por sí misma, como en este caso, en su contenido a folios cuarenta y ocho y que ha sido oralizada en el juicio a propuesta del Fiscal Superior y de la defensa como es de verse del acta de fojas trecientos treinta y trescientos treinta y uno, a fin que esté sujeta a contradicción por lo que cuenta con valor y corrobora la versión de la menor.

DÉCIMO. Referente al punto ***iii),*** obra en autos la declaración referencial de la menor ante el Fiscal, donde precisa la forma y circunstancias de las agresiones sexuales sufridas, siendo acorde su relato a la edad de nueve años que tenía a la fecha de la denuncia, además del reconocimiento de fichas de *RENIEC*, en presencia de su progenitora y el Fiscal, de forma clara y determinante. La defensa cuestiona que en acto oral se prescindió de la concurrencia de la menor, que a la fecha cuenta con diecisiete años de edad, es decir, aún es menor, lo cual no puede ser de recibo, por cuanto la Sala Penal Superior aplicó el fundamento treinta y ocho del Acuerdo Plenario número uno-dos mil once de las Salas Penales de la Corte Suprema, respecto a promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima, evitándose afectar más su indemnidad sexual, por lo que no hay inobservancia al debido proceso.

DÉCIMO PRIMERO. Asimismo, en cuanto a la declaración de la madre de la menor, la testigo Judit Esmeralda Gonzales Loli, a nivel preliminar esta denunció los hechos que en extracto es el fáctico de la acusación, sin embargo en el contradictorio oral, cambia de versión, refiriendo que no sabe por qué su hija señaló a los procesados, porque ellos no son los autores del delito, sino el padre de estos, pero que no lo denunció porque no estaba segura, variación en su testimonio no creíble, por la mayor fuerza acreditativa de su primera versión que fue prestada con la presencia del Fiscal, donde denunció los ofrecimientos que recibió por parte de la madre de los acusados, de casar a la menor cuando sea mayor de edad con el procesado Erick y mantenerla económicamente hasta los dieciocho años; infiriéndose también que su nueva declaración es por el vínculo familiar que tenía con el procesado Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez, al ser hermano del que fuera su conviviente, sindicando en el juicio al padre de los procesados y de su conviviente como autor del delito, quien ya se encuentra fallecido, que le permitiría exculpar al procesado; por lo que se descarta y siendo de aplicación la sentencia

vinculante recaída en el recurso de nulidad número tres mil cuarenta y cuatro-dos mil cuatro del veintinueve de noviembre de dos mil cuatro de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que establece que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción con las garantías legalmente exigibles – situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y en su caso, del abogado defensor-, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral , sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones.

DÉCIMO SEGUNDO. Que, en tal sentido, los agravios expuestos por el recurrente carecen de eficacia, pues en autos existe material probatorio de cargo suficiente que acredita su responsabilidad penal, que desvirtúa el Principio de presunción de inocencia, que le asiste a toda persona sujeta a imputación, en virtud al parágrafo "e", inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO TERCERO. Que en cuanto a la pena impuesta, para la dosificación o para los efectos de imponer una sanción penal, debe tenerse presente que el legislador ha establecido sus clases y su determinación; por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que sea posible individualizarla judicialmente y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable, bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente –conforme al artículo cuarenta y seis del Código Penal–.

DÉCIMO CUARTO. Que el hecho imputado reviste gravedad, debido a que la menor agraviada tenía nueve años de edad, fue violada sexualmente por Edwin Sánchez aprovechando la relación de hermano que tiene con el conviviente de la madre de la menor, por lo que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de la menor, siendo aplicable al presente caso, el inciso uno del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que sanciona al agente con cadena perpetua. No apreciándose ninguna circunstancia atenuante ni beneficio premial que permita una disminución de la pena conminada.

DÉCIMO QUINTO. Conforme lo establece nuestra Constitución Política, en su artículo ciento treinta y nueve numeral veintidós, el principio del régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; siendo así la imposición de cadena perpetua, podría pensarse que resulta inconstitucional, sin embargo para ello se ha previsto mecanismos temporales de excarcelación, estableciéndose la obligación de los jueces de revisar las sentencias que impongan una pena intemporal, -Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente cero-diez-dos mil dos-PI/TC-, por ello se promulgó el Decreto Legislativo número novecientos veintiuno del diecisiete de enero de dos mil tres, que en su artículo uno señala: *la pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido treinta y cinco años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal.*

DÉCIMO SEXTO. Respecto al monto fijado por concepto de reparación civil, en virtud al artículo noventa y tres del Código Penal, que establece que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, al no haber parte civil, la Fiscalía no ha interpuesto recurso de nulidad, por lo que debe mantenerse.

DECISIÓN:

De conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos cincuenta, del dos de marzo de dos mil quince, que condenó a Edwin José Sánchez La Rosa Sánchez, por delito contra la Libertad-violación sexual de menor de edad,- nueve años de edad- en agravio de la menor identificada con las iniciales H.G.A.G., a cadena perpetua y tratamiento terapéutico y fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la mencionada agraviada; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.
VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

NF/epvq

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

01 MAR 2017