

SUMILLA: [SUFICIENCIA PROBATORIA] **a)** Las sindicaciones formuladas por las menores agraviadas contienen referencias fácticas suficientes, coherentes y sólidas, superando el test de Verosimilitud Interna; **b)** Existen además corroboraciones periféricas objetivas, cumpliendo con la Verosimilitud Externa; **c)** Los testimonios incriminatorios satisfacen las garantías de certeza previstas en el Acuerdo Plenario número 02 – 2005/CJ – 116, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Lima, ocho de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado JOSÉ LUIS USANDIVARES MENDOZA, contra la sentencia (foja mil cincuenta y siete), del cinco de agosto de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales M.M.C.T.; y, contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, en agravio de la menor de iniciales N.S.U.T., a treinta años de pena privativa de libertad, y fijó por concepto de reparación civil la suma de siete mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de cada una de las menores agraviadas. De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal. Intervino como ponente el señor Juez Supremo **FIGUEROA NAVARRO**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

PRIMERO. Conforme a la acusación fiscal de fojas trescientos cinco, se imputa al procesado JOSÉ LUIS USANDIVARES MENDOZA, haber tenido acceso carnal con la menor de iniciales M.M.C.T., en dos oportunidades, cuando esta tenía seis años, y en otras dos ocasiones, cuando dicha menor tenía diez años de edad. También se le imputa haber intentado tener acceso carnal con la menor de iniciales N.S.U.T., de seis años de edad. En ese sentido, se tiene que en fecha no precisada, cuando la menor agraviada M.M.C.T., contaba con seis años de edad, el encausado José

Luis Usandivares Mendoza, quien era su padrastro, se constituyó en estado de ebriedad en el domicilio que habitaban y luego de invitarle una galleta, la ultrajó sexualmente. Posteriormente, la menor se quedó dormida y cuando despertó se percató que sangraba profundamente por la vagina, hecho del que también se percató el procesado, quien le alcanzó un polo para que se limpie; es así que con el objeto de que no cuente lo sucedido, la amenazó con victimar a su progenitora, ofreciéndole, luego, comprarle su uniforme escolar. No obstante, transcurrido aproximadamente seis meses, el procesado se presentó nuevamente a su vivienda en estado de ebriedad, preguntándole a la agraviada si había contado a su madre lo sucedido y, al recibir una respuesta negativa, la ultrajó sexualmente por segunda vez, provocándole nuevamente sangrado, no contando lo ocurrido por temor a las amenazas y al desconocimiento de lo que era un acto sexual. Del mismo modo, cuando la menor agraviada contaba con diez años de edad, en fecha tampoco precisada, cuando se encontraba realizando sus tareas escolares, el procesado provocó una discusión con relación al padre de la citada menor y cogiéndola de las manos la tiró encima de la cama y la despojó de sus prendas, procediendo a ultrajarla sexualmente, amenazándola con victimar a su madre si contaba lo ocurrido. Ese día, su madre la encontró llorando y, al interrogar a la menor, esta solo le indicó que le habían llamado la atención en el colegio. Transcurrido aproximadamente una semana desde el hecho, la menor de iniciales N.S.U.T., hija del sentenciado y de la madre de la otra menor agraviada, se acostó en la cama de su padre, José Luis Usandivares Mendoza, quien al promediar las once de la noche, llegó en estado de ebriedad, acostándose al lado de su hija, aprovechando la oscuridad y que esta se encontraba profundamente dormida, la despoja de su falda y prendas interiores, consistentes en medias panty y calzón, para de inmediato subirse encima de ella con el objeto de violarla; circunstancias en que la menor, al ser aplastada, se despierta y grita; por lo que su madre prendió la luz, percatándose que el encausado intentaba ultrajar sexualmente a la hija de ambos, hecho que generó que aquella se separe de aquél; sin embargo, pasado un tiempo volvieron a convivir. Por último, en fecha no precisada, el procesado con el objeto de que la menor M.M.C.T., no cuente lo sucedido con su media hermana, la agrede físicamente y la vuelve a violar [por cuarta vez], para posteriormente tenerla bajo

amenaza de muerte. Y cuando la madre de la ofendida en mención se encontraba durmiendo, el sentenciado le frotaba una navaja en el pecho, amenazando con victimarla. Hecho que motivó que la menor agraviada muestre una actitud hostil, al extremo de intentar suicidarse en dos oportunidades, siendo la última vez la ocurrida el doce de noviembre de dos mil cuatro, cuando intentó arrojar al abismo del cerro Pinkulluna, del distrito de Ollantaytambo, provincia de Urubamba, Cusco.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

SEGUNDO. El encausado JOSÉ LUIS USANDIVARES MENDOZA, en su recurso de nulidad de fojas mil ciento cuatro, precisa como agravios los siguientes:

2.1. En la acusación Fiscal no existe imputación temporal, esto es, el Ministerio Público no ha llegado a precisar la fecha y hora en que acontecieron los actos criminosos; tampoco, se precisa las circunstancias ni los lugares donde ocurrieron los hechos, lo que vulnera el principio de imputación necesaria y, con ello, el derecho de defensa, y los principios de legalidad y debido proceso.

2.2. Se ha afectado la presunción de inocencia, por cuanto en el curso del juicio oral no hubo una suficiente actividad probatoria de cargo que destruya dicha garantía constitucional.

2.3. El Colegiado únicamente ha llegado a transcribir literalmente la declaración de los órganos de prueba, lo que no resulta suficiente para determinar si los hechos realmente acontecieron.

2.4. Desde el año mil novecientos noventa y seis, hasta el doce de noviembre de dos mil cuatro [fecha en que se efectuó la denuncia], nunca hubo investigación alguna, menos existió el reconocimiento médico legal; actos que recién se efectuaron cuando la menor de iniciales M.M.C.T., contaba con catorce años de edad, fecha en la que incluso ya tenía enamorado, con quien habría tenido relaciones sexuales.

2.5. Conforme a la médico legista, no resulta creíble la versión de la menor cuando señala que ha sido ultrajada cuatro veces y que en aquellas ocasiones ha sangrado profundamente, pues si una menor de seis años es abusada, el desgarramiento del himen habría sido fatal, produciéndose un desgarramiento completo, el cual inclusive compromete el desgarramiento del ano y no un simple sangrado.

2.6. La menor fue inicialmente evaluada en el Centro de Salud Ollantaytambo, en el que se ha señalado que existe desgarramiento del himen antiguo, así como también se refiere el informe médico emitido por el Director del Hospital Antonio Lorena. Sin embargo, los médicos legistas concluyen que la menor agraviada tiene himen complaciente, por tanto los anteriores informes resultan ser falsos por cuanto nunca hubo desgarramiento del himen.

2.7. La menor de iniciales M.M.C.T., en las diferentes manifestaciones que ha vertido a lo largo del proceso, con absoluta claridad ha mostrado odio irreconciliable contra el recurrente, pues ha indicado que el impugnante siempre la maltrataba y castigaba físicamente, por lo que resulta creíble sostener que esta conducta ha generado un odio hacia el citado recurrente, tanto más si ha llegado a señalar que nunca estuvo de acuerdo con la relación que mantenía el procesado con su madre, quien en juicio señaló que la menor le tenía odio.

2.8. El Colegiado no aplicó adecuadamente los alcances del Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, ello al existir razones de odio de la menor de iniciales M.M.C.T., hacia el recurrente, lo que invalida su sindicación.

2.9. Para establecer la realidad del delito se ha tomado en cuenta reconocimientos médicos practicados extemporáneamente; esto es, luego de muchos años, cuando la menor de iniciales M.M.C.T., contaba con más de catorce años; en tales circunstancias no es atinado sostener que hubo afectación a la esfera psicológica de la menor como consecuencia de la conducta del recurrente.

2.10. Es falso que la menor agraviada de iniciales M.M.C.T. haya pretendido suicidarse, pues su propia madre ha señalado que por esas fechas tenía enamorado con quien habría tenido problemas.

2.11. En lo que concierne a la menor de iniciales N.S.U.T., no existe ninguna evidencia de haberse producido intento de abuso sexual en su contra.

2.12. La denuncia, al igual que en el primer caso, se efectuó luego de muchos años; no habiéndose comprobado la realización del delito imputado por el simple hecho de no existir prueba que así lo determine.

2.13. Se señala que el recurrente habría llegado en estado de ebriedad y se habría echado en su cama donde pernoctaba su menor hija, quien ha referido que su padre se había confundido, por lo que ello ameritaría ausencia de dolo.

2.14. En el juicio oral, la menor de iniciales N.S.U.T., admitió que tiene rencor hacia el recurrente porque tuvo problemas con su señora madre, por lo que su sindicación no resulta creíble.

2.15. Se ha invocado el artículo 45-A del Código Penal, cuando dicha norma se encuentra vigente a partir del diecinueve de agosto de dos mil trece, esto es, con posterioridad a los supuestos hechos.

2.16. Respecto a la pena, no se ha llegado a tener en cuenta los principios de proporcionalidad, humanidad y la condición personal del recurrente.

2.17. La Corte Suprema declaró Nula la sentencia absolutoria y ordenó que se practique nueve diligencias, las que en el juicio oral último no se han llegado a actuar en plenitud; por tanto, no se puede destruir el principio de presunción de inocencia.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

TERCERO. En el caso que nos ocupa, existen dos menores agraviadas del delito de violación sexual, cuyos hechos han sido imputados al recurrente José Luis Usandivares Mendoza, por lo que resulta pertinente que el análisis de lo que es

objeto de impugnación, se realice por separado, a fin de obtener una respuesta razonable.

RESPECTO AL CASO DE LA MENOR DE INICIALES M.M.C.T.

CUARTO. Al respecto, se ha llegado a imputar al recurrente cuatro hechos puntuales sucedidos en los años mil novecientos noventa y seis y el año dos mil. Los dos primeros, sucedieron cuando la menor contaba con tan solo seis años de edad y los dos últimos, ocurrieron cuando esta tenía diez años de edad. Cabe precisar que si bien no se señalan fechas específicas, esto es, meses y días, cuestión que ha sido postulada como agravio por el encausado; sin embargo, esta exigencia en nada vulnera el principio de imputación necesaria como lo sostiene el recurrente. Y es que tratándose del delito de violación sexual, estos no muchas veces no son puestos en conocimiento de las autoridades en su oportunidad, tanto más si en el caso que nos ocupa, la agraviada tenía seis años de edad al momento de sucedido el primer hecho, no resultando exigible en su relato, detalles precisos o fechas exactas. Así, conforme a la acusación fiscal obrante en autos, se aprecia que esta cuenta con elementos mínimos de imputación, como el lugar donde ocurrió el hecho, el estado del imputado y detalles de lo que sucedió antes y después del mismo.

QUINTO. Por otro lado, se ha cuestionado que en el presente caso no hubo una suficiente actividad probatoria de cargo que destruya la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Al respecto, debemos precisar que tratándose de un delito contra la libertad sexual, no puede dejar de ponderarse la dificultad probatoria que existe en la determinación de responsabilidad, por la forma clandestina de su producción. En ese sentido, teniéndose en consideración que la sindicación contra el recurrente recae únicamente en la declaración de la agraviada, ello nos sitúa en lo que en doctrina se denomina "*declaración testifical de víctima*", correspondiendo, en tal virtud, remitirnos a los parámetros establecidos, como precedente vinculante, en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116. **(a)** Ausencia de Incredibilidad Subjetiva –ausencia de odio, resentimiento, enemistad u otras circunstancias entre agraviado e imputado–; **(b)**

Verosimilitud –coherencia y solidez de la declaración y su corroboración periférica–; y **(c)** Persistencia en la incriminación.

SEXTO. Así, respecto al examen de **AUSENCIA DE INCREDIBILIDAD SUBJETIVA**, en el caso que nos ocupa, no se han incorporado evidencias tangibles e inequívocas que permitan establecer que los cargos que le formuló la menor agraviada al recurrente, se encuentren motivados, única y exclusivamente, por el odio o rencor que ésta haya concebido precedentemente al hecho denunciado. Si bien, en este extremo el recurrente señaló que la sindicación de la menor ha sido motivada por el odio que le tenía por haber convivido con su madre; sin embargo, dicha afirmación no tiene asidero, ya que en el presente caso no solo se han recabado datos sobre la existencia de la violación sexual, sino, además, de violencia ejercida por el recurrente contra el grupo familiar.

SÉTIMO. En este contexto, la menor agraviada no ha negado la existencia de odio; sin embargo, este odio, como lo ha explicado, se debe a que el recurrente era una persona violenta no solo con ella, sino con su madre y sus hermanas menores; dato específico que se corrobora con la declaración en el plenario de su madre. Así mismo, a ello se aúna la declaración de la menor agraviada de iniciales N.S.U.T., quien también señaló que el recurrente era una persona violenta. Cabe acotar que el odio provocado por la violencia ejercida, no fue el motivo para que la menor agraviada denuncie los hechos; sino el estado emocional en el que se encontraba por haber sufrido abuso sexual durante su niñez, lo que la llevó, incluso, a intentar suicidarse, conforme se corrobora con la declaración de su ex enamorado José Gabriel Vara Uscamayta, e incluso, con la declaración del recurrente, quien tomó conocimiento de que la menor intentó suicidarse. Para mayor abundamiento, la madre de la citada agraviada y la menor de iniciales N.S.U.T., quien también es agraviada en el presente proceso, precisaron también el intento de suicidio.

OCTAVO. En cuanto al intento de suicidio, se señala como agravio que por esas fechas la menor agraviada tenía enamorado, siendo este el motivo por el cual habría intentado quitarse la vida y no el presunto abuso sexual. Al respecto,

conforme lo ha señalado el propio ex enamorado de la menor (cuando esta tenía 14 años), el intento de suicidio se suscitó por los problemas que tenía dicha menor por motivo de la violación sufrida. Versión que se encuentra corroborado por la mencionada agraviada, quien ha declarado en iguales términos.

NOVENO. En cuanto al examen de **VEROSIMILITUD INTERNA**, subyace una versión de los hechos con referencias fácticas suficientes respecto a las agresiones sexuales sufridas; lo que descarta un relato con datos manifiestamente inverosímiles y contrarios a la lógica. Así, se ha recibido la manifestación preliminar de la agraviada, declaración preventiva y su declaración en el plenario. Si bien estas tienen ciertas diferencias, sin embargo, en lo medular, ha llegado a sindicarlo al encausado como la persona que abusó sexualmente de ella en cuatro oportunidades, dando detalles de lo ocurrido. En cuanto a la primera vez, señala que cuando contaba con seis años, el recurrente llegó ebrio a su casa y luego de invitarle una galleta, procedió a abusar sexualmente de ella, desmayándose y al despertar vio que sangraba de su parte íntima, por lo que el recurrente le alcanzó un polo para que se limpiara. La segunda vez ocurrió seis meses después del primer hecho, en circunstancias que el recurrente nuevamente se apareció ebrio, quien le preguntó si le había contado a su madre lo sucedido, respondiéndole que no, por lo que volvió a violarla, sangrando nuevamente, siendo amenazada si contaba estos hechos. La tercera vez sucedió cuando la menor tenía diez años de edad, en circunstancias que el recurrente ingresó a su vivienda ebrio y la menor se encontraba realizando sus tareas escolares, presentándose una discusión entre ambos con relación al verdadero padre de esta; luego de ello, el encausado la tomó del brazo, la tiró a la cama y abusó sexualmente de ella, amenazándola con matar a su madre y ofreciéndole comprar ropa. La cuarta vez sucedió en el mismo año, luego de que intentara abusar de su hermana menor, en circunstancias que ocurrió una nueva discusión, agrediéndola, para luego ultrajarla.

DÉCIMO. Cabe señalar que una regla básica en la valoración de la prueba personal – testifical, alude a que el paso del tiempo permite la flexibilización de la garantía de **VEROSIMILITUD INTERNA**, admitiendo, en determinados casos, cierto grado

de inexactitud en el recuento progresivo de los hechos [1]. Esta pauta valorativa es de aplicación a la mayoría de los procesos penales por delitos contra la libertad sexual. En ese sentido, cabe su utilización en el caso analizado. En este sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad número 1786-2015/LAMBAYEQUE, de fecha 08 de setiembre de 2016, en un caso similar al que nos ocupa, instituyó los siguientes criterios de apreciación para evidenciar la circunstancia expuesta:

(i) extrema lesividad emocional del ilícito inculcado [violación sexual], lo que, evidentemente, produce dificultad en la percepción exacta de las circunstancias coetáneas al evento. Ello abarca, tanto la precisión de las horas y lugares e incluso de las ocasiones en que se ejecutó el delito sexual. Son consabidas las repercusiones psicológicas en las víctimas de abuso sexual, por ello, un tratamiento adecuado de la prueba testimonial no exige una enunciación fáctica idéntica entre una declaración y otra. Sólo bastará con que las notas esenciales se constaten incólumes en la investigación. Es razonable la posibilidad de que, paulatinamente, se vaya complementando el relato criminal, con la limitación de que los datos especificados no sean abiertamente incompatibles o manifiestamente contradictorios entre sí; (ii) contexto familiar, cuya incidencia se exterioriza, mayoritariamente, en la exculpación del responsable miembro del núcleo familiar, o siendo ajeno al mismo, por influencia directa de algún integrante que pretenda su encubrimiento. En estos casos, la experiencia judicial refleja que con posterioridad a una declaración acusatoria, subyace, o bien una retractación absoluta, o bien la variación de ciertos episodios incluidos en el relato primigenio. La estimación probatoria de una u otra, dependerá, exclusivamente, del nivel de fiabilidad que conserve, enfocado, tanto en la exposición coherente del relato, como de las corroboraciones concretas y específicas; de tal manera que se establezca algún tipo de conexión objetiva entre el acusado y los hechos objeto de imputación. La finalidad de la corroboración es la acreditación del contenido de la sindicación formulada [FJ Sexto].

DECIMOPRIMERO. En lo atinente a la **VEROSIMILITUD EXTERNA**, existen circunstancias corroborativas periféricas, concomitantes y plurales que refuerzan la credibilidad de la sindicación de la menor durante el proceso. Al respecto se tienen en cuenta las siguientes:

[1] Esta regla valorativa está sustentada en el precedente vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 3044 – 2004/LIMA, de fecha 01 de diciembre de 2005, emitido por Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. FJ Quinto.

a) La manifestación preliminar de Matilde Tapia Iturriaga y su declaración en juicio, así como la diligencia de confrontación con el encausado. Dicha testigo ha señalado que se enteró de los hechos sucedidos en contra de su menor hija cuando esta intentó suicidarse; y, al ser citada a la DEMUNA, estuvo presente cuando la agraviada frente a la psicóloga narró los hechos sucedidos en su contra. No obstante, ha corroborado también el carácter violento del recurrente, así como precisó que dejaba sola a la citada agraviada en su casa cuando salía a trabajar. Narró en juicio que sufrió abuso sexual por parte de dicho encausado antes de que se hiciera conviviente de dicha persona. Cabe acotar que en la diligencia de confrontación con el procesado en juicio, ha mantenido su dicho.

b) La manifestación preliminar y declaración en juicio del testigo José Gabriel Vara Uscamayta, ex enamorado de la menor agraviada, quien negó haber tenido relaciones sexuales con la menor; asimismo, señaló que la citada agraviada le comentó que había sido violada por su padrastro (recurrente), precisando, además, que esta quiso suicidarse.

c) El examen psicológico practicado a la menor agraviada, cuya conclusión señala: *"Al momento de la evaluación se evidencia indicadores de afectación emocional compatible a abuso sexual. Requiere apoyo psicoterapéutico individual"*. Examen que fue ratificado en juicio por la Perito Psicóloga Betsabe Manchego Llerena a fojas setecientos cuarenta y cuatro, quien corroboró el grado de afectación sufrida por la menor agraviada.

d) El protocolo de pericia psicológica practicado al encausado, el cual señala en cuanto a su personalidad: *"Durante la entrevista y evaluación se muestra con tendencia a la evasividad, trata de dar una imagen favorable de sí mismo, filtra información de acuerdo a su conveniencia (...)"*; examen que también fue ratificado en juicio.

DÉCIMO SEGUNDO. En este extremo, el recurrente cuestiona el examen médico practicado a la menor en el Centro de Salud Ollantaytambo, el cual prescribe que existe desgarramiento del himen antiguo. Para tal efecto, refiere que hubo una nueva

evaluación a la menor practicado por dos médicos legistas, los que concluyen que la examinada tiene himen complaciente. Por tal motivo, el encausado señala que el examen médico efectuado a la menor agraviada en el citado Centro de Salud resulta ser falso, pues de acuerdo al examen de los médicos legistas nunca hubo desgarró del himen.

DÉCIMO TERCERO. Al respecto, en el caso que nos ocupa se han emitido dos exámenes practicados a la menor. El primero realizado en el Centro de Salud Ollantaytambo por la médico cirujano Nieves Salizar Moquillaza, quien diagnosticó "*Himen con desfloración antigua a horas 6*", tal como se desprende del reconocimiento médico legal obrante a fojas once. No obstante, tres días después se realizó un nuevo examen a la citada menor, pero esta vez en el Instituto de Medicina Legal, efectuado por los médicos legistas Vianney Marienela Cuba Mamani y Leticia Hermoza Ponce, quienes diagnosticaron "*Himen complaciente, no signos contranatura*", tal como se aprecia del certificado médico legal obrante a fojas doce. Ambos exámenes fueron ratificados en juicio. Así mismo, se efectuó un debate pericial, del cual se desprende que tanto la médico cirujano suscribiente del primer examen, como los peritos suscribientes del segundo examen se reafirmaron en sus conclusiones, detallando la manera cómo es que llegaron a dicho resultado. Si bien esta discrepancia generaría duda a favor del reo, sin embargo, ello se disipa al existir elementos periféricos que corroboran los hechos descritos por la menor agraviada, como el examen psicológico que se le practicara obrante a fojas setecientos veintinueve, el cual es contundente al concluir que la menor evidencia: "*Indicadores de afectación emocional compatible a abuso sexual*"; pericia que ha sido ratificada en la sesión de audiencia de juicio oral a fojas setecientos cuarenta y cuatro, por la perito psicóloga Betsabe Manchego Llerena, quien ha explicado cómo llegó a dicha conclusión.

DÉCIMO CUARTO. Respecto a la **PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN**, la sindicación formulada por la menor agraviada, está exenta de ambigüedades y contradicciones, denotando, más bien, ser de carácter concreto, habiendo mantenido incólume la incriminación en contra del procesado durante todas las etapas del proceso [preliminar, instrucción y juicio oral]. En dichas manifestaciones,

ha sindicado coherentemente al recurrente como el autor de los hechos. No obstante, en el examen psicológico que se le practicara, también ha narrado los hechos uniformemente. En consecuencia, se supera la persistencia incriminatoria [2].

DÉCIMO QUINTO. Así, se ha generado un estado de convicción, respecto del testimonio de la menor identificada con las iniciales M.M.C.T.; el mismo que se ha consolidado al haber cumplido con los criterios de verosimilitud [interna y externa], persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva, a que se refiere el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República. A lo que se aúna, que entre la actividad probatoria desplegada, y la naturaleza de las evidencias de cargo actuadas y valoradas, existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de los hechos declarados probados; no existiendo una hipótesis alternativa al curso causal de los acontecimientos, que lleve a una conclusión diferente, por lo que se ha justificado la condena dictada en su contra en este extremo, de conformidad con el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales.

RESPECTO AL CASO DE LA MENOR DE INICIALES N.S.U.T.

DÉCIMO SEXTO. Conforme a la acusación fiscal, se imputa al recurrente el haber intentado abusar de su menor hija de iniciales N.X.U.T., en circunstancias que dicha menor se encontraba en la cama del encausado quien al llegar en estado de ebriedad a su domicilio, se acostó al lado de la agraviada, aprovechando la oscuridad y que esta dormía profundamente, la despojó de su falda y prendas interiores, consistentes en medias panty y calzón, para de inmediato subirse encima de ella con el objeto de violarla; sin embargo, la menor al ser aplastada, se despierta y grita; por lo que su madre prendió la luz, dándose con la sorpresa de que el encausado intentaba ultrajar sexualmente a la hija de ambos; hecho que

[2] En este punto, debe destacarse que el Acuerdo Plenario número 02 – 2005/CJ – 116, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, ha señalado, como criterio de interpretación, que las garantías de certeza en cuanto al examen de certeza de la declaración de un testigo – víctima, no constituyen reglas rígidas de valoración, pudiendo matizarse o adaptarse a cada caso concreto. FJ Décimo Primero.

generó que aquella se separe de aquél; sin embargo, pasado un tiempo volvieron a convivir.

DÉCIMO SÉTIMO. Respecto a estos hechos, la menor agraviada de iniciales N.S.U.T., ha declarado tanto a nivel preliminar, instrucción y de juicio oral, con coherencia, la forma como intentaron abusar de ella, precisando que el día de los hechos, el encausado se acostó a su lado, para luego bajarle su ropa interior y su panty, sintiendo el peso del citado encausado quien estaba sobre ella, lo que motivó que gritara, por lo que su madre intervino golpeando al recurrente en la cara, con un tubo de fierro. Cabe acotar que en la diligencia de confrontación con su agresor, efectuada en el plenario, se mantuvo en su sindicación.

DÉCIMO OCTAVO. La incriminación efectuada por dicha menor, se corrobora con la manifestación de su madre, Matilde Tapia Iturriaga, testigo presencial de los hechos, quien ha señalado que pudo ver cuando su hija, la menor agraviada, estaba en la cama junto al recurrente; y, al destapar la frazada, observó que esta tenía su panty y sus medias de una sola pierna, quien gritaba y estaba llorando, por lo que atinó a golpear con un tubo al encausado, dejándole una cicatriz por dicho motivo. Esta última acción, se corrobora con la fotografía que obra a fojas setecientos nueve, de la cual se puede verificar que efectivamente el citado encausado tiene una cicatriz en el rostro, resultando verosímil la versión de la testigo presencial.

DÉCIMO NOVENO. Además se cuenta con el Protocolo de Pericia Psicológica practicado al encausado, el cual señala en cuanto a su personalidad: *"Durante la entrevista y evaluación se muestra con tendencia a la evasividad, trata de dar una imagen favorable de sí mismo, filtra información de acuerdo a su conveniencia (...)"*; examen que fue ratificado en juicio. En cuanto al examen psicológico practicado a la menor agraviada, si bien en esta no se diagnosticó afectación emocional por el suceso vivido, sin embargo, al ser un delito en grado de tentativa, cabe la posibilidad que tal acción no deje secuelas. Lo que se rescata de tal examen, es el relato consignado en dicho documento, en el cual la menor narra de manera coherente la forma como su padre intentó violarla.

VIGÉSIMO. Cabe precisar también que se ha llegado a constatar que existe persistencia en la incriminación, en la medida que la citada agraviada ha concurrido a todas las etapas del proceso a declarar. En efecto, a fojas trece obra su declaración preliminar. A fojas cincuenta y nueve, obra su declaración referencial; y, a fojas seiscientos ochenta y cinco, obra su declaración en juicio. Todas ellas tienen un común denominador, esto es, sindicación expresa al encausado como el autor de los hechos. Por otro lado, debemos indicar que tales sindicaciones no se han efectuado por algún móvil espurio determinante. Si bien en este extremo el recurrente alega que tal sindicación se ha realizado por motivo de odio; sin embargo, conforme ya lo hemos referido en el análisis de los hechos acontecidos en contra de la menor agraviada de iniciales M.M.C.T., ello ha quedado descartado como motivo para la sindicación de los abusos sexuales sufridos por las agraviadas.

RESPECTO A LA PENA IMPUESTA

VIGESIMOPRIMERO. Conforme a los agravios expuestos por el recurrente respecto a la pena impuesta, este cuestiona la aplicación del artículo 45-A del Código Penal, norma penal que se encuentra vigente con posterioridad a los hechos. Por otro lado, señala además que no se ha llegado a tener en cuenta los principios de proporcionalidad, humanidad y la condición personal del recurrente al momento de fijar la pena.

VIGÉSIMOPRIMERO. Así, en cuanto a la aplicación del artículo 45-A del Código Penal en el caso concreto, se tiene que dicha norma penal entró en vigencia con la Ley 30076, publicada en el diario oficial El Peruano el diecinueve de agosto de dos mil trece, esto es, con posterioridad a los hechos materia de imputación. Si bien no debió de aplicarse dicha norma penal en tanto no se encontraba vigente cuando se cometió el delito; sin embargo, su aplicación no produjo perjuicio al recurrente, ya que se utilizó para sustentar la rebaja de la pena, esto es, en su favor.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Asimismo, como sustento de la reducción de la pena por debajo del mínimo, se aplicó el artículo 21 del Código Penal, ello al considerarse que el encausado se encontraba en estado de ebriedad al momento de sucedido los hechos. Al respecto, solo se ha señalado que existían evidencias, no habiéndose amparado en medio de prueba que determine que efectivamente se encontraba ebrio al momento de ejecutarse la acción criminal, como el examen toxicológico, medio de prueba que determina el grado de alcohol en la sangre, el cual nunca se llegó a realizar por cuanto los hechos fueron puestos en conocimiento años después de perpetrado el delito.

VIGÉSIMO TERCERO. En cuanto a la no aplicación del principio de proporcionalidad, humanidad y la condición personal del recurrente al momento de fijar la pena, debemos indicar que al analizar el *quantum* de la pena sí se tomó en cuenta la condición del encausado, considerándose su escaso nivel cultural, precisándose que solo cursó estudios primarios, además se tomó en cuenta la carencia de antecedentes penales. Respecto a la proporcionalidad de las sanciones y el principio de humanidad, debemos indicar que en el presente caso se ha llegado a acreditar el abuso sexual consumado de la menor de iniciales M.M.C.T., y en grado de tentativa de la menor de iniciales N.S.U.T. Tal acción criminal resulta ser grave, más aun si el encausado tenía la condición de padrastro y padre respectivamente, por lo que la pena impuesta (30 años), resulta, incluso, benigna, dada la gravedad de los hechos acontecidos; sin embargo, el principio de interdicción de la reforma en peor, limita materialmente la posibilidad de modificar la sanción aplicada por el Tribunal de instancia, en tanto, solo interpuso recurso de nulidad el encausado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia (foja mil cincuenta y siete), del cinco de agosto de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que condenó a JOSÉ LUIS USANDIVARES MENDOZA como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la

menor identificada con las iniciales M.M.C.T.; y, contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, en agravio de la menor de iniciales N.S.U.T., a treinta años de pena privativa de la libertad, y fijó por concepto de reparación civil la suma de siete mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de cada una de las menores agraviadas. Con lo demás que contiene, y los devolvieron.-

SS.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

FN/ulc.