

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Sumilla. La declaración inculpativa de la víctima no cumple con los presupuestos establecidos en el A. P. N.º 2-2005/CJ-116 para ser prueba suficiente de cargo que desvirtúa la presunción de inocencia. En consecuencia, se declara no haber nulidad.

Lima, cuatro de noviembre de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por Rodolfo Socla Alarcón, fiscal adjunto superior de la Fiscalía Superior de San Juan de Lurigancho (foja 669), contra la sentencia del nueve de febrero de dos mil dieciocho (foja 650), emitida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Permanente de San Juan de Lurigancho, de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que absolvió a **Elmer Dávila Romero**, de la imputación fiscal como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral 1, del artículo 173, del Código Penal, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales S. Ch. D.; con lo demás que contiene. Oído el informe oral.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

AGRAVIOS FORMULADOS EN EL RECURSO DE NULIDAD

Primero. El fiscal superior, en su recurso de nulidad (foja 669), solicitó se declare nula la sentencia absolutoria y se realice un nuevo juicio donde se aprecie adecuadamente la declaración inculpativa de la agraviada, la cual cumplió con los requisitos del Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 para ser prueba de cargo suficiente que desvirtuó la presunción de inocencia. Señaló como agravios los siguientes:

1.1. La Sala Penal Superior afectó la debida motivación, pues refirió que la agraviada brindó un relato incriminador, coherente y sólido sin contradicciones, y pese a ello se emitió una sentencia absolutoria. Asimismo, no se atendió a que las peritos psicólogas, al ser interrogadas, dijeron que el relato de la menor había sido coherente y descartaron que haya sido inducida. No valoró las pruebas actuadas a la luz de los acuerdos plenarios números 1-2011/CJ-116 y 4-2015/CJ-116.

1.2. No valoró que la menor, cuando fue víctima de las vejaciones (vía oral y roce de sus partes íntimas), tenía ocho años; y, por tanto, no entendía lo que es un acto sexual, razón por la cual refirió un acto de penetración vaginal, cuando solo se trataba de frotaciones. Sin embargo, ello no desacredita su declaración en el extremo de que el acusado le introducía su miembro viril en la cavidad bucal.

1.3. La misma Sala analizó un caso similar, en el cual una menor agraviada señaló que la habían violentado sexualmente vía vaginal; y, el certificado médico concluyó lo contrario, y pese a ello se emitió sentencia condenatoria.

IMPUTACIÓN FÁCTICA

Segundo. Conforme la acusación fiscal escrita (foja 410), la primera semana del mes de marzo de 2010, a las 6:30 horas, la menor agraviada de iniciales S. Ch. D., estaba en la sala de la vivienda de su abuela materna, Santos María Romero Tapia, ubicada en la avenida Los Postes 368, en la urbanización San Hilario en San Juan de Lurigancho, cuando su tío Elmer Dávila Romero, salía del baño, y le tocó su cuerpo y le hizo tocar su miembro viril.

A inicios del mes de abril, cuando su abuela fue al mercado, el acusado nuevamente la agredió, esta vez le quitó sus prendas e introdujo su miembro viril en la vagina. En otra oportunidad, cuando estaba jugando

sola, el acusado se le acercó, se bajó el pantalón y le introdujo su miembro viril en la boca.

Por lo referido, el fiscal superior consideró la comisión del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso 1, artículo 173, del Código Penal, y solicitó se imponga la pena de cadena perpetua.

FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL SUPERIOR

Tercero. La Sala Penal Superior de San Juan de Lurigancho, de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, emitió sentencia el nueve de febrero de dos mil dieciocho (foja 650), y absolvió a **Elmer Dávila Romero** de la acusación fiscal formulada en su contra.

Se señaló que la declaración de la agraviada, pese a ser coherente y persistente, no es verosímil, pues no cuenta con elementos periféricos que la corroboren. En principio, se contradice con el Certificado Médico Legal N.º 011439-CLS, el cual consigna que la menor no presenta desfloración. Se precisó que si bien en la imputación también se señala que realizó un acto de felación oral, el relato incriminador pierde fuerza incriminatoria. Asimismo, existen diferentes testimoniales que dan cuenta de que la denuncia obedece a ánimos espurios por parte de la madre de la citada menor.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

Cuarto. Para el desarrollo del presente caso es necesario tener en consideración que solo a través de la prueba válidamente actuada el juez puede tomar conocimiento de lo sucedido y generarse convicción sobre la responsabilidad penal del procesado, la que debe ser construida por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano,

conforme con la garantía prevista en el párrafo e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política.

Quinto. Asimismo, es necesario considerar que en esta clase de delitos el legislador intenta proteger el derecho a la libertad sexual, en su ámbito de derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores de edad. El bien jurídico es la intangibilidad sexual o indemnidad sexual, pues el sujeto pasivo no puede determinarse sexualmente porque aún no tienen libertad sexual a consecuencia de su edad; y, por ello, el legislador busca preservar su normal desarrollo sexual, evitando que terceros lo perturben.

Sexto. Debemos ser conscientes que la gran mayoría de estos delitos, se ejecutan en la clandestinidad, por lo cual queda habilitada la declaración de la víctima como prueba fundamental para desvirtuar la presunción de inocencia, pues en muchas ocasiones no se puede disponer de otras pruebas para acreditar la responsabilidad penal del imputado¹.

Sétimo. En ese sentido, para que la declaración del agraviado sea prueba válida de cargo para sustentar la responsabilidad del imputado, y no colisione con la garantía constitucional de presunción de inocencia, se requiere que cumpla con las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, que son: **i)** Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. **ii)** Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo. **iii)** Persistencia en la

¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Gani vs. España, señaló que: "Es conocedor de las dificultades a las que se enfrentan los tribunales internos cuando tratan delitos sexuales, que están normalmente rodeados de secretismo [...]". Por consiguiente, en muchos casos, como este, la única o decisiva prueba para la condena del demandado es la declaración de la víctima. Consideración también citada en el Recurso de Nulidad N.º 2484-2014/Ucayali.

incriminación, esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituye la única prueba enfrentada a la defensa del acusado, que afirma su inocencia.

Octavo. Asimismo, es importante que la valoración de las pruebas en el marco de un delito de violación sexual tenga ciertos parámetros, a efectos de tutelar la integridad física y mental del menor agraviado². En ese sentido, esta Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, estableció que el Estado debe mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. Por ello, se debe evitar la victimización secundaria, que hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe por parte del sistema penal e instituciones de salud, policía, entre otros. Se agrega que, en efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia. Dentro de las pautas para la valoración probatoria de la declaración de la víctima se remitió a los criterios ya previstos en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, respecto a los que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas), poniendo énfasis en los supuestos de retractación.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Noveno. El recurso de nulidad interpuesto por el fiscal superior en lo penal, se centra en cuestionar la valoración realizada por la Sala Superior sobre la declaración inculpativa formulada por la menor agraviada de iniciales S. Ch. D. Por lo que corresponde analizar en concreto, si la declaración inculpativa cumplió con los requisitos señalados en el

² El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 5692/2008-PHC/TC, ha señalado que este tipo de delitos afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinarán sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos.

Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, para ser prueba válida de cargo que desvirtué la presunción de inocencia. Considerando también los lineamientos de los acuerdos plenarios números 1-2011/CJ-116 y 4-2015/CJ-116.

Décimo. En principio, se debe afirmar que el argumento que indicó el recurrente relacionado a una causa similar que fue resuelta por la misma Sala Penal, no es de recibo, ya que cada causa tiene peculiaridades diferentes. Por ello, pese a tratarse de supuestos similares pueden existir circunstancias que definan de manera diferente la decisión de una Sala.

Decimoprimer. Con relación a la declaración de la agraviada, el recurrente cuestionó la valoración del certificado médico legal que concluye que la menor no presenta ruptura del himen, pues considera que también se imputó una felación oral. Al respecto, se apoya en lo referido en el fundamento jurídico N.º 32 del Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, cuyo texto es el siguiente:

Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la praxis a un supuesto determinado de la realidad exige al juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así, la problemática que advierte, respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal, en relación con las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente, oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

Es importante advertir que en la acusación fiscal se imputó al sentenciado absuelto, la comisión del delito de violación sexual en perjuicio de la menor, por vía vaginal y bucal. Asimismo, la menor en su declaración en cámara gessel (foja 11) mencionó textualmente que: “Él se bajó su calzoncillo e introdujo su pene en mi vagina”, incluso refirió que la habían violentado vía anal.

Por tanto, es pertinente y coherente con el citado acuerdo plenario, que la Sala Penal Superior incluya dentro de su valoración al certificado médico, pues se está ante una acusación por vejaciones sexuales vaginales; y atendiendo a la sindicación de la menor que señaló vejaciones bucales, vaginales y anales.

Decimosegundo. Asimismo, se cuestionó que se haya valorado el certificado médico como una prueba que se contrapone con la declaración de la menor, cuando de conformidad con el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CJ-116, la prueba pertinente para corroborar su declaración era la pericia psicológica, la cual señaló que la agraviada concluye en un síndrome depresivo crónico.

Una vez más, se busca rebatir la valoración probatoria que se realiza respecto del certificado médico, agravio que debe ser desestimado por las razones ya citadas.

12.1. Asimismo, es importante advertir que en el citado acuerdo plenario se hace referencia a que en los delitos de violación sexual, especialmente los cometidos contra menores de edad, representan un trabajo arduo a nivel probatorio, pues se debe buscar que las pruebas obtenidas para sostener la responsabilidad penal del imputado sean actuadas y valoradas minuciosamente y siempre respetando las garantías constitucionales. De esa forma, se busca evitar una valoración superficial que deje impune delitos y, además, sostener una responsabilidad penal

vulnerando la presunción de inocencia. En ese sentido, la Corte Suprema también ha brindado criterios de valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, especificando el trato del examen médico legal, la pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio en esta clase de delitos.

12.2. Es importante advertir lo señalado en los fundamentos jurídicos números 16 y 17 del referido acuerdo plenario, respecto a que el sistema de valoración de prueba en nuestra legislación es el de sana crítica. En ese sentido, las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo con este criterio; sin embargo, el juez no puede descalificar el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales. En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando, para ello, las reglas que gobiernan el pensamiento humano, lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

12.3. Por lo señalado, *per se*, el razonamiento emitido por la Sala Superior en torno a la valoración de la pericia psicológica practicada a la menor, no es errónea, pues no desacredita el daño emocional que puede estar sufriendo la menor; sin embargo, no existe certeza que este sea producto de una vejación sexual cometida por el sentenciado. Así, la Sala Penal Superior no contradice las conclusiones allí emitidas, sino que refiere que esta no es prueba suficiente que acredite la declaración inculpativa y, en consecuencia, desvirtúa la presunción de inocencia.

Decimotercero. Por tanto, en el caso concreto, en atención a la acusación formulada y el relato inculpativo brindado por la menor presuntamente agraviada, deviene en sustancial la valoración del examen médico legal. Asimismo, si bien en esta clase de delitos resulta de

suma importancia analizar la declaración de la agraviada con el apoyo de la pericia psicológica; este análisis no se puede dar de manera aislada de los demás medios probatorios, en este caso, del certificado médico legal.

Decimocuarto. En atención a lo señalado, compartimos el criterio de la Sala Penal Superior, en el sentido de que la declaración inculpativa no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia³. Esta pese a no presentar contradicciones internas, es rebatida de manera contundente por el certificado médico legal, el cual concluye que la menor no presenta desfloración himeneal ni daños genitales, lo cual se contrapone con su declaración en la que afirmó haber sido violada sexualmente vía vaginal.

Si bien es cierto, el certificado médico es impertinente para probar una violación sexual vía bucal, lo que también se señala por la menor en este caso, no es posible valorar de manera parcial dicha declaración, extrayendo solo partes inculpativas que por su propia naturaleza solo dependerá de la declaración de la agraviada.

Decimoquinto. Asimismo, es importante advertir lo señalado por la Sala Penal en sus fundamentos jurídicos números 8.13 y 8.14, en cuanto concluye que existirían ánimos espurios por parte de la madre de la agraviada en contra del sentenciado absuelto. Prueba de ello sería la declaración de diversos testigos, incluso hermanos de la agraviada, que dan fe de la enemistad entre su madre y el sentenciado absuelto. Por tanto, no se cumple con los requisitos del Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, para que la declaración de la menor agraviada sea prueba suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia que como derecho

³ la presunción constitucional de inocencia es una garantía procesal, la cual es un "derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías, de las que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad". R. N. N.º 409-2018/Pasco.

fundamental asiste al acusado. Razones por las cuales debe prevalecer y, en consecuencia, confirmarse la sentencia absolutoria.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia la sentencia del nueve de febrero de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Permanente de San Juan de Lurigancho, de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que **absolvió a Elmer Dávila Romero** de la imputación fiscal como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso 1, artículo 173, del Código Penal, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales S. Ch. D.; con lo demás que contiene.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/scd