



33

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

RECURSO DE NULIDAD N.° 2729-2016/AYACUCHO

PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Violación sexual de menor de edad

Sumilla. La calificación jurídica de la conducta ilícita atribuida al procesado se encuentra prevista en el artículo 173, inciso 1, del Código Penal.

Lima, quince de enero de dos mil dieciocho

VISTO: el Recurso de Nulidad interpuesto por el acusado Pool Jordán Durand Rojas contra la sentencia del ocho de setiembre de dos mil dieciséis que lo condena como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de C. T. N. N., a treinta y cinco años de pena privativa de libertad y como tal le impuso veinte mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada, ordenaron que sea sometido a tratamiento terapéutico previa evaluación médica, durante el tiempo que dure la reclusión.

Intervino como ponente el señor LECAROS CORNEJO.

CONSIDERANDO

Primero. El procesado Pool Jordán Durand Rojas, en la formalización de su recurso de fojas cuatrocientos sesenta y ocho, sostiene que:

- 1.1.** El certificado médico legal N.° 003278-ISX practicado a la menor agraviada C. T. N. N. concluyó: **a)** No presenta signos de desfloración

himeneal. **b)** No presenta signos de coito contranatura. **c)** Presenta signos de lesiones traumáticas recientes en región genital, paragenital y extragenital. **d)** Tocamientos indebidos con lesiones recientes, con tres días de atención facultativa por trece días de incapacidad médico legal; el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 003305-2015-PSC concluyó: problemas emocionales compatibles a posibles tocamientos indebidos. Pruebas periciales que no fueron valoradas, ya que ello demuestra que la menor no fue objeto de acceso carnal vía vaginal, anal o introducción de partes del cuerpo por estas vías, pues el himen se encontraba íntegro, lo que se corroboró con la declaración que brindó el encausado Pool Jordán Durand Rojas a lo largo del proceso, precisando que a nivel policial nunca refirió haber metido su dedo meñique a la vagina de la menor.

1.2. Si bien el certificado médico legal concluyó que la menor presentaba: “cara interna de labios menores eritematosas, con puntos pequeños de laceración en cara interna de labio izquierdo con signos de sangrado”; sin embargo, el tribunal superior no consideró que los labios menores forman parte de la vulva, al ser este un órgano genital externo del aparato reproductor femenino distinto a la vagina, que es un órgano genital interno, lo que se confunde en la sentencia recurrida, cuando se indicó “[...] en el caso de autos conforme al certificado de reconocimiento médico legal existen lesiones a nivel del labio menor en el interior de la vagina [...]”, precisa que los labios menores no se encuentran en la cavidad vaginal sino en la vulva; asimismo, no se ha llegado a precisar cuál fue el agente causante externo que generó estas laceraciones y menos que esta se haya producido por dedo o uña.

1.3. En la sentencia recurrida se indica que el procesado introdujo su dedo meñique de la mano derecha en la vagina de la agraviada causándole lesiones al interior de dicho órgano; sin embargo, se consignó en la

sentencia que la menor depuso que el procesado le introdujo su mano en la vagina.

- 1.4. El certificado médico legal arrojó, entre otros, que la menor presentaba signos de lesiones traumáticas recientes en región genital (labios menores), paragenital (glúteos) y extragenital (cuello, cara, nuca y columna vertebral región dorsal) que corresponden a tocamientos indebidos con lesiones recientes; precisa que la menor no presentó signos de desfloración ni coito contranatura, ilícito que fue reconocido por el procesado pero que no fue tomado en cuenta.
- 1.5. Sostiene que el Colegiado Superior no advirtió deficiencias en torno a la labor criminalística a nivel preliminar, pues no se realizó una inspección en la escena del delito con personal especializado que hubiera permitido ubicar indicios biológicos (sangre) vinculados al delito de violación sexual, no se recabaron las prendas del agraviado ni de la menor, tampoco se realizó el examen biológico en el dedo meñique del procesado.

Segundo. En los hechos materia de acusación, se atribuye al acusado Pool Jordán Durand Rojas, que con fecha seis de mayo de dos mil quince aproximadamente a las catorce horas, abusó sexualmente de la menor de iniciales C. T. N. N. El hecho se suscitó en el domicilio del procesado, ubicado en el pasaje Florida número mil diez, en el barrio Miraflores, en el distrito de San Juan Bautista, departamento de Ayacucho, quien aprovechando la minoría de edad de la agraviada (ocho años), con engaños la hizo ingresar al mencionado domicilio, lugar en el que le introdujo su dedo meñique en la vagina e, incluso, le profirió golpes en el rostro y otras partes del cuerpo, lo cual consta en el certificado médico legal. Después de ultrajarla la amenazó con matar a sus padres si contaba lo sucedido.

Tercero. La calificación jurídica de la conducta ilícita atribuida al procesado Pool Jordán Durand Rojas se encuentra prevista en el primer párrafo, del artículo 173, inciso 1, del Código Penal, el cual señala:

El que tiene acceso carnal vía vaginal 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: Inciso 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.

Cuarto. En los delitos sexuales, en el caso de menores o incapaces, según doctrina mayoritaria, no se protege propiamente la autodeterminación sexual, pues por definición carecen de tal facultad, lo que se vulnera es la indemnidad sexual, en cuya virtud la protección se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad, que en el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual (se trata de preservar, en todo caso, la libertad sexual *in fieri* (en camino de hacerse o haciéndose) o en potencia, de la que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores. Presupone —importa una presunción *iure et de iure* (no admite prueba en contrario)— que esas personas no han alcanzado el grado de madurez suficiente y, por ende, se entiende de lo anterior que carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual. Hörnle nos dice que el desarrollo sexual de los jóvenes tiene que ser protegido contra prematuras y, por lo tanto, potencialmente dañosas influencias de los adultos. En esos delitos es la salvaguarda del bienestar psíquico y los procesos de formalización y socialización de esas personas que presentan una vulnerabilidad especial.

Quinto. El Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116 del seis de diciembre de dos mil once, estableció como doctrina legal en el fundamento treinta lo siguiente:

La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con

la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

Sexto. Así el Acuerdo Plenario N.º 2-2015 ha desarrollado tres garantías de certeza de la declaración de la víctima, para que sea considerada prueba válida, siendo estos:

6.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva. Inexistencia de relaciones entre ambas partes de odio, enemistad, resentimiento y otros que puedan incidir en la parcialidad de la deposición y, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza. Aquí es necesario cuidar muy especialmente la posición de la víctima cuando exista una relación difícil y conflictiva en el seno familiar.

6.2. Verosimilitud. No solo en la coherencia y solidez de la propia declaración —tratándose de menores es importante descartar la tendencia a la fabulación, para lo cual, como se ha expuesto, puede ayudar la pericia psicológica—, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones objetivas de carácter periférico que le doten de aptitud probatoria. Se entienden como tales los reconocimientos médicos, referencias ajenas al testimonio de la víctima, entre otras (STS del 28 de diciembre de 1990). Desde esta perspectiva, las contradicciones en el relato de la víctima, así como su imprecisión, unida a la firma negativa del imputado constituyen, por cierto, una razón valedera para la absolución (Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N.º 1053-2003). Aun cuando, con ciertas reservas, en algunos casos, el Supremo Tribunal ha descartado el juicio positivo de verosimilitud la denuncia tardía de la víctima, hecho que no se condice frente a la gravedad del delito (Ejecutoria Suprema del 2 de junio de 1999, recaída en el R. N. N.º 96-

99/Lima); aunque, claro, la experiencia criminalística enseña que en muchísimos casos, mayormente asociados a violencia familiar, tal situación es bastante común.

6.3. Persistencia en la incriminación. Es un requisito que puede ser relativizado en función a la fundabilidad de una retractación ulterior, a los motivos y razonabilidad que lo sustenten. Las presiones del entorno familiar, más aún en un contexto de violencia doméstica o malos tratos, pueden explicar y justificar apartarse del requisito de persistencia en la incriminación, lo que no quita que el testimonio que se acepta como válido deba ser coherente, sin ambigüedades ni contradicciones internas. Se entiende aquí que sin la falta de persistencia en la incriminación ello obedece a presiones externas; consecuentemente, estas por espurias no deben conseguir su objetivo, lo que en todo caso merece un análisis explicativo esencial (Buegué Lezaún, STS número 24566/92, del 6 de noviembre).

Sétimo. Analizando la primera garantía de certeza sobre la ausencia de incredibilidad subjetiva, se tiene:

7.1. La declaración de la menor N. N. C. T. a fojas catorce, quien sostuvo que al salir de su escuela su profesora la dejó en la posta cerca a la casa de su amiga Valery, luego se fue a tocar la puerta de su casa y nadie le abría, y un señor que vive al frente le tapó la boca y la llevó a su casa. La jaló de las manos para hacerla entrar a su cuarto mientras le gritaba que se saque la ropa. El acusado le quería agarrar todo el cuerpo, pero como no se dejaba le dio una cachetada en la cara, luego le sacó la ropa y le metió el dedo en la vagina. La quiso besar en la boca y le tiró un puñete, luego la metió a la ducha y le dijo que se cambie y se vaya. Refiere que el acusado sacó su pene y quería introducirlo en su vagina haciéndole echar encima de su colchón. Luego de meterle el dedo en la vagina la amenazó con matar a sus padres y a su abuelita.

39

7.2. La manifestación del mismo procesado Pool Jordán Durand Rojas a fojas doce, quien dijo no conocer a la menor, pero que se encuentra arrepentido de lo sucedido. De lo esgrimido se observa que no existía entre ambas partes odio, enemistad, resentimiento que puedan incidir en el testimonio brindado por la menor agraviada.

Octavo. Analizando la segunda garantía de certeza referida a la verosimilitud en las imputaciones, estas se encuentran respaldadas con corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le dotan de aptitud probatoria, ya que se hizo un análisis de manera individual y global de todos los medios probatorios. Se acredita con el documento de identidad de la menor C. T. N. N., obrante a fojas veintinueve, que señala como fecha de nacimiento el veintiséis de junio de dos mil siete, y que a la fecha de los hechos (seis de mayo de dos mil quince) contaba con ocho años. Se corrobora también con el certificado médico legal N.º 003278-ISX de fojas dieciséis que registró: **"Himen: íntegro, cara interna de labios menores eritematosas, con puntos pequeños de laceración en cara interna de labio menor izquierdo con signos de sangrado"**. Concluye: "No presenta signos de desfloración himeneal, no presenta signos de coito contranatura, presenta signos de lesiones traumáticas recientes en región genital, paragenital y extragenital, tocamientos indebidos con lesiones recientes. De igual modo se tiene el protocolo de pericia psicológica de fojas dieciocho, donde en el relato, la menor señala que el acusado le hizo ver su pene y después le metió el dedo en la vagina y concluye que la menor C. T. N. N. presenta problemas emocionales compatibles con posibles tocamientos indebidos. Aunado a ello el recurrente ha aceptado haberla tocado con el dedo meñique de la mano derecha la vagina. Prueba que acredita la materialidad del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad."

Noveno. Respecto a la persistencia en la incriminación, la agraviada C. T. N. N., en su declaración de fojas catorce y en el relato que hizo durante la pericia psicológica fue persistente; lo que acredita aún más la perpetración del delito materia de procesamiento. El Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116 ha desarrollado que a efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales. b) Preservación de la identidad de la víctima. c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Así, la ausencia de la menor C. T. N. N. en las audiencias de juicio oral, en nada afecta el derecho de defensa del sentenciado.

Décimo. Analizadas las pruebas actuadas, se advierte que existen suficientes medios probatorios que acreditan la responsabilidad penal del procesado Pool Jordán Durand Rojas; y que contrario a lo que alega la defensa del acusado en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos sesenta y ocho, sí se han valorado los medios probatorios recabados durante todas las etapas del proceso, existiendo así suficientes fundamentos, argumentos y razonamiento para sostener la condena impuesta. Por lo que, los argumentos expuestos por la defensa del acusado para reconducir los hechos al delito de actos contra el pudor, no son de recibo, puesto que la intención no fue la de realizar tocamientos indebidos sino de abusar sexualmente de la menor, el cual se materializó cuando le introdujo el dedo meñique de la mano derecha a la vagina.

Decimoprimer. Al respecto, el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, en sus fundamentos 6 y 7, sostiene que:

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un juez penal. En doctrina también recibe otras denominaciones como "individualización judicial de la pena" o "dosificación de la pena". [...] El legislador solo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello, se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el

caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII, del Título Preliminar, del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

Decimosegundo. Por su parte, el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, en su fundamento 13, señala:

La determinación judicial de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad. El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena–, corresponde realizar al juez.

Decimotercero. En ese sentido, se advierte que las circunstancias que acompañaron a la comisión del evento criminoso y la conducta del recurrente, han sido valoradas correctamente por el Tribunal Sentenciador para imponer la pena de treinta y cinco años, que su gravedad refleja la magnitud del ilícito atribuido, pues el acusado vulneró la indemnidad sexual de la menor agraviada de iniciales C. T. N. N.; por lo que la pena impuesta se encuentra arreglada a ley; que, por último, la reparación civil fijada es proporcional al daño causado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del ocho de setiembre de dos mil dieciséis que condena a Pool Jordán Durand Rojas como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de C. T. N. N., a treinta y cinco años de pena privativa de libertad, y como tal le impuso veinte mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la

agraviada, ordenaron que sea sometido a tratamiento terapéutico previa evaluación médica, durante el tiempo que dure la reclusión; con lo demás que contiene y los devolvieron.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

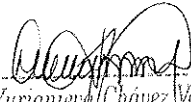
QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

JLLC/isa

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Diny Yuranieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA