

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2761-2012
CAJAMARCA

Lima, cinco de marzo de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Evert Augusto Quipán Rodríguez contra la sentencia del veinticinco de julio de dos mil doce, obrante a fojas cuatrocientos ochenta y cuatro; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la defensa del encausado Quipán Rodríguez en su recurso formalizado de fojas quinientos veinte y cinco, sostiene que: **i)** No es autor del ilícito, ya que existen dudas sobre la forma y modo en que ocurrió el hecho denunciado, además las contradicciones incurridas por la agraviada, su padre y madre; **ii)** Se ha tenido en cuenta como única prueba de cargo la sindicación de la agraviada, quien brindó declaraciones contradictorias respecto a la fecha, hora y año del evento delictivo; al supuesto embarazo en diciembre de dos mil ocho; y, al lugar donde sucedieron los hechos; **iii)** Se ha desconocido la pericia psicológica efectuada a la agraviada que concluye que es "altamente manipulable por las personas que buscan en ella sacar algún provecho de su persona", situación aprovechada por los familiares de la agraviada para perjudicarle al existir enemistad con ellos, al haber denunciado a la hermana de la agraviada por falsificar su firma por consumos de alimentos no efectuados; y, **iv)** Cuestiona la diligencia de reconocimiento de voz en el juicio oral, dado que se efectuó sin las mínimas garantías, ya que se realizó después de haberse confrontado con la agraviada. **Segundo:** Que, conforme fluye de la acusación fiscal de fojas ciento cuarenta y cuatro, se imputa a Evert Augusto Quipán Rodríguez, haber abusado sexualmente a la menor agraviada de iniciales D.Y.L.R., de quince años de edad, en el mes de diciembre de dos mil ocho, en circunstancias que la víctima se hallaba en el comedor del Proyecto Especial Jequetepeque guión Zaña PEJEZA, amenazándola de muerte en

caso que contara lo sucedido, a consecuencia de ello quedó embarazada. **Tercero.** Que, el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, señala que el derecho a la presunción de inocencia, se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En este sentido, hemos de partir que la declaración de un testigo único, sea la víctima de un delito o de un testigo sin tal condición, puede ser una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho a la presunción de inocencia. Elemento esencial para esa valoración es la compulsión a través del cual el Tribunal Superior forma su convicción, no solo por lo que el agraviado ha manifestado, sino también por su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que trasmite, en definitiva todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar convicción judicial. **Cuarto.** En esta línea argumental, como destaca el Acuerdo Plenario invocado, la declaración de la víctima puede ser admitida como prueba de cargo hábil para enervar el derecho a la presunción de inocencia. Ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada ese derecho fundamental del acusado, en el sentido que se invierta la carga de la prueba. Por ello, el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos de clandestinidad como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, como son la ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio, persistencia en la incriminación y existencia de corroboraciones externas a esa declaración incriminatoria, parámetros mínimos de contraste establecidos como pautas lógicas y criterios orientativos que ayudan a la racionalidad de su valoración, esto es,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

apreciada en conciencia y con racionalidad. **Quinto.** Que, tanto la materialidad del delito como la responsabilidad penal del encausado están debidamente acreditadas con la sindicación persistente de la menor agraviada, quien en su manifestación policial, obrante a fojas seis, refirió que: *"...en el mes de diciembre de dos mil ocho, no recordando la fecha exacta, en momento que se encontraba en el comedor del Proyecto Especial Jequetepeque- Zaña, en donde su hermana Silvia Evelyn León León Revilla, era la oncesionaria del comedor y cuando en horas de la noche se encontraba sola, llegó el encausado en estado de ebriedad y dándole dos cachetadas en el rostro, a tiró hacia el piso del comedor y abusó sexualmente, pese a que gritaba pidiendo auxilio, no fue escuchada por nadie ni por su hermana que se encontraba en su cuarto, permaneciendo por espacio de quince minutos y luego de abusar sexualmente se retiró no sin antes amenazarla si hablaba de lo sucedido iba a matar, motivo por el cual no comunico a nadie."* Esta versión fue ratificada por la menor agraviada en el acta de audiencia de fojas trescientos cincuenta y cinco, donde reitera que fue ultrajada en el comedor, en horas de noche y que el encausado se hallaba mareado, pero no recuerda la fecha ni el año; que la pollada fue en la piscina, pero fue violada en el comedor dentro del campamento, reforzando su primigenia versión en el sentido que primero fue tirada al piso, con una mano le tapaba la boca y con la otra le rompió la falda y despojó de su calzón a la fuerza, que quería golpearlo pero le ganó de fuerza; sin bien dicha versión tiene matices de forma en relación a los hechos pues ante el psicólogo refirió que: *".. estando en suelo me rompió mi falda y mi polo, comenzó a tocarme todo mi cuerpo. Metió su pene a mi vagina y luego me lo hizo por atrás, me dolió y fue cuando sangre por mi vagina..."*, tal como se aprecia del protocolo de pericia psicológica, obrante a fojas trescientos setenta y ocho, ello se debe tomar con las reservas del caso porque se esta ante una menor que padece retardo mental leve, con rasgos dependientes de su personalidad, pero no afecta su memoria, sino el tiempo en que los hechos se realizaron, conforme así se concluye en la pericia psicológica citada, que en el punto cuatro de las conclusiones señala que: *"Debido a su*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

retardo mental leve la examinada tiene rasgos dependientes de su personalidad y esta aún en proceso de maduración debido a su discapacidad. Por ello tiende a ser altamente manipulable por las personas que buscan en ella sacar algún provecho.", extremo de la pericia que el encausado expresa como agravio, argumentando que la víctima fue manipulada por los familiares para perjudicarlo al existir enemistad entre ellos, a razón de haber denunciado a la hermana de la agraviada por falsificar su firma por consumos de alimentos no efectuados, lo cual no resulta creíble porque existe coherencia y firmeza desde que inicialmente la menor agraviada narró los hechos e inclusive en el juicio oral reconoció plenamente la voz del encausado en una práctica de reconocimiento que hizo el Superior Colegiado, lo que nos permite afirmar del tenor de la pericia antes citada, y lo anotado por la referida menor que no se trata de una persona manipulable porque narró la secuencia de hechos que le sucedieron, aportando datos esenciales para afirmar la responsabilidad del encausado, en este sentido el agravio formulado deviene en insostenible; más aún, si en el examen ratificado por el psicólogo Gustavo Eloy Caipo Agüero, se señala que la menor viene sufriendo retardo leve, con un proceso depresivo, y en ocasiones esporádicas revierte en ello lo impactante del ataque sexual que vivió y que en su estado la defensa que podría realizar es más débil que la de un varón, y que si en el relato ha señalado relaciones sexuales contranatura, esto ha sido después de mucho tiempo de ocurrido los hechos, sin embargo en esta clase de personas es como si lo vivieran actualmente, el parámetro del tiempo y espacio se encuentra en duda. el retardo no afecta la memoria, sino el tiempo en que los hechos se realizaron. **Sexto.** Que, además, la condena no se ha basado solo en el dicho de la menor agraviada sino en los siguientes medios probatorios: i) Diligencia de reconocimiento de voz -no cuestionada por la defensa-, efectuada en la sesión de audiencia de fojas trescientos sesenta y dos, donde el Tribunal Superior deja constancia que en dos oportunidades la agraviada reconoció la voz del encausado Quipán Rodríguez; ii)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

Declaración de Julio Silvio León Díaz *-padre de la menor agraviada-*, quien en la sesión de audiencia de fojas trescientos sesenta y cinco, refiere cómo se enteró de los pormenores de la violación y que el encausado concurrió a su domicilio ofreciendo dinero para que abortará la menor agraviada; **iii)** Testimonial de Reynalda Dolores León Díaz, quien en la sesión de audiencia de fojas trescientos ochenta y cuatro, corrobora que estuvo presente cuando el encausado acudió a la casa del padre de la menor agraviada y ofreció dinero para que abortará, a lo cual se opuso por su religión y luego se retiró, en ese sentido, se advierte que la declaración inculpativa de la menor agraviada ostenta aptitud probatoria para enervar la presunción de inocencia del encausado Quipan Rodríguez, pues cumple los presupuestos necesarios como son los de ausencia de incredulidad, verosimilitud del testimonio, persistencia inculpativa y existencia de corroboraciones periféricas a esa declaración inculpativa. **Séptimo.** Que, respecto a lo expresado por la defensa, que la menor incurrió en contradicción al manifestar que fue violada por la vagina y contranatura, cabe anotar que si bien el certificado Médico Legal concluye al examen del himen desfloración antigua, tal situación no invalida la imputación efectuada, puesto que no se aprecia que el ano de la agraviada haya sido examinado; en cuanto a la actuación de la prueba del ADN, resulta inviable dado el tiempo transcurrido; y, en lo referente a la posible suplantación de la orina por parte de doña María León Revilla *-hermana de la agraviada-*, no se condice con la hoja de atención de emergencia fechada el veintiuno de enero de dos mil nueve y el examen practicado a la víctima que es de data veinte de marzo de dos mil nueve, es decir, el examen a la menor se realizó transcurrido dos meses del diagnóstico de la hermana de la agraviada, por ello no resulta lógico que los familiares hayan tenido la muestra ese tiempo para luego presentarla como muestra de orina de la agraviada; además, a fojas quinientos veinte se aprecia que días antes de la denuncia policial, ya el laboratorio del Centro de Salud de Tembladera, con fecha dieciocho de marzo de dos mil nueve, diagnosticó

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

que el examen de pregnosticón realizado a la víctima fue positivo, lo cual concuerda con el examen realizado posteriormente a la víctima, obrante a fojas cuarenta y cuatro, donde se concluye desfloración antigua y gestante adolescente, descartándose con ello una supuesta suplantación de orina.

Octavo. Que, la declaración del encausado Quipán Rodríguez, respecto a que no abusó de la menor agraviada y que la incriminación se basa en una venganza por problemas con los familiares por cobros indebidos de alimentos que no consumió, no está corroborada con elementos sólidos que sean capaces de enervar la declaración incriminatoria de la menor agraviada, muy por el contrario se advierte que ésta tiene como único fin evadir su responsabilidad en el delito imputado; toda vez que en sus declaraciones, tanto en sede policial, judicial y plenario, obrante a fojas ocho, treinta y nueve y doscientos ochenta y nueve, respectivamente, manifestó que estuvo el día de los hechos, hizo un brindis y se retiró temprano, agregando que se percató de la presencia de la menor en el comedor de atención de la concesionaria –ver acta de sesión de audiencia de fojas doscientos noventa-, arribando a la convicción que los medios probatorios incorporados, acreditan de manera fehaciente e indubitable la responsabilidad del encausado Quipán Rodríguez. **Noveno.** Que, cabe precisar que el referido procesado ha sido condenado bajo los parámetros del primer párrafo del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal que regula el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, precisando que la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. **Décimo.** Que, el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, en el fundamento décimo quinto, señala que: "*...No obstante es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal según el caso, o del*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

artículo ciento setenta y uno o ciento setenta y dos del Código Penal según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo ciento setenta y seis ó del ciento setenta y nueve-A del Código Penal...". **Décimo**

Primero. Que, el Tribunal Constitucional mediante el Pleno Jurisdiccional – expediente número ocho guión dos mil doce guión Pl oblicua TC, del doce de diciembre de dos mil doce-, consideró inconstitucional el artículo ciento setenta tres, inciso tres, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, señalando en el fundamento ciento quince, que: "Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad (...): el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, mas no dudoso o presunto, de los menores de edad entre catorce y menos de dieciocho, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorables al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultaran sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite y terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme al artículo ciento setenta del Código Penal u otro tipo que resultara pertinente."

Décimo Segundo. Que, por tanto resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres, del artículo ciento setenta y tres –primer párrafo – del Código Penal, al regulado en el primer párrafo del artículo ciento setenta y dos del referido Código, por celeridad judicial y economía procesal y porque no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

los hechos y las pruebas; además, dicha adecuación se viabiliza en tanto resulta más favorable al reo, pues acarrea una reducción considerable de la pena. **Décimo Tercero.** Que, a tenor de lo anteriormente glosado cabe señalar que la pena impuesta suponía una sanción no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, pero al haberse recalificado la conducta es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente dado que se afecta la libertad sexual y siendo que lo regulado en el primer párrafo de artículo ciento setenta y dos del Código Penal señala un límite que va de veinte a veinticinco años de pena privativa de la libertad, se debe tener en cuenta que la agraviada padece de retardo mental leve, circunstancia aprovechada por el encausado para concretizar el injusto realizado, el mismo que deteriora aún más el estado de salud psicológico de la referida menor; sin embargo, la pena no se circunscribe únicamente a fines de proporcionalidad sino también de racionalidad y humanidad, por lo que se debe tener en cuenta que se trata de un agente primario, casado, técnico en agropecuaria y chofer y además, se debe tener en cuenta las circunstancias genéricas que señalan los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, por consiguiente la pena a imponerse será acorde a los principios de proporcionalidad y racionalidad de la pena. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticinco de julio de dos mil doce, obrante a fojas cuatrocientos ochenta y cuatro, en el extremo que condenó a Evert Augusto Quipan Rodríguez como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales D.Y.L.R., a veinticinco años de pena privativa de libertad; **reformándola: CONDENARON** a Evert Augusto Quipán Rodríguez como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual a personas en incapacidad de resistencia, previsto en el primer párrafo del artículo ciento setenta y dos del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales D.Y.L.R., a diecisiete años de pena privativa de libertad que con descuento de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2761-2012

CAJAMARCA

carcelería que viene sufriendo desde el veinticinco de julio de dos mil doce, vencerá el veinticuatro de julio de dos mil veintinueve; con lo demás que contiene, y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Príncipe Trujillo y Neyra Flores por licencia y goce vacacional de los señores Jueces Supremos Salas Arenas y Barrios Alvarado, respectivamente.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

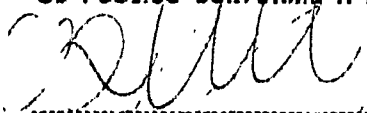
TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO,

NEYRA FLORES

JPP/mr

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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