



Exp. N° 08439-2013-PHC/TC
CUSCO
CONSTANTINA
PALOMINO REINOSO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre del año 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores Magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Miranda Canales y el voto singular de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña, ambos que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Constantina Palomino Reinoso contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 260, su fecha 14 de octubre del 2013, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de septiembre del 2013, doña Constantina Palomino Reinoso interpone demanda de habeas corpus contra los jueces superiores integrantes de la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, señores Trelles Sulla, Gamarra Flores y Araoz Maceda, y contra los jueces supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Villa Bonilla, a fin de que se declaren nulas la sentencias condenatorias emitidas con fecha 28 de enero del 2011 y 5 de agosto del 2011, emitidas por dichas salas, respectivamente.

Puntualiza la demandante que mediante la primera de las resoluciones citadas fue condenada como autora del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación

sexual de menor de diez años, a treinta años de pena privativa de la libertad. Recurrida ésta, la Sala Suprema demandada declaró no haber nulidad sin otro raciocinio que el utilizado por la instancia inferior. A su entender, con los citados pronunciamientos judiciales se ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, específicamente en su variante de motivación resolutoria, al haberse razonado de manera incoherente ya que, pese haberse otorgado certeza a la totalidad de afirmaciones formuladas por la presunta agraviada, sólo se han tomado en cuenta aquellas que directamente perjudican a la demandante, mas no así aquellas otras que, por el contrario, la favorecen o que vistas en su integridad conducirían a un resultado totalmente distinto a la incriminación de la que ha sido objeto. Afirma que, en tales circunstancias y al haberse procedido de manera totalmente arbitraria, es que solicita la nulidad de los pronunciamientos judiciales cuestionados.

Con fecha 11 de septiembre del 2013, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco declaró liminarmente improcedente la demanda, por considerar que lo que se pretende es un nuevo análisis y valoración de las declaraciones vertidas por las partes, lo que en buena cuenta implica la revaloración de las pruebas producidas. En tales circunstancias, se afirma en la misma resolución, que resulta aplicable el artículo 5, inciso 1), del Código Procesal Constitucional, ya que los hechos cuestionados no se encuentran referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

A su turno, la recurrida, por resolución de fecha 14 de octubre de 2013, confirmó la apelada, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio.

1) Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar la sentencia condenatoria emitida con fecha 28 de enero del 2011 por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, así como su confirmatoria de fecha 5 de agosto del 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por considerar que con los citados pronunciamientos judiciales se vulnera el derecho fundamental al debido proceso; específicamente en su variante de motivación resolutoria.

El derecho de defensa de los emplazados y la posibilidad de un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto.

2) De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal considera pertinente puntualizar las razones por las que, pese a no haberse emplazado a los demandados, opta por emitir un pronunciamiento de fondo sin necesidad de retrotraer el proceso y reconducirlo al momento del emplazamiento con la demanda.

3) En efecto, si bien en el contexto de esta omisión procesal podría asumirse que un pronunciamiento inmediato y sobre el fondo de la materia controvertida, no tomaría en cuenta el derecho de defensa de las autoridades judiciales demandadas y de aquellas personas respecto de las cuales las sentencias cuestionadas pudiesen repercutir sobre sus intereses, tal consideración puede ponderarse de manera distinta frente a la constatación de determinados hechos con los que asumimos la dilucidación del presente caso.

4) Tales hechos son los siguientes: **a)** las autoridades judiciales demandadas si han visto representados sus derechos, pues el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial se apersonó al proceso, tanto en la etapa judicial como en la correspondiente al Tribunal Constitucional, conforme se aprecia de fojas 237 a 238 de los autos y de fojas 10 a 11 del cuadernillo especial, lo que supone que tuvo acceso directo al expediente y al ejercicio irrestricto de todos los atributos procesales que pudiesen haber convenido a los intereses que representa; **b)** Si bien la demanda de habeas corpus pudo haber sido puesta en conocimiento de doña Lourdes Huamán Madera en su condición de representante de la menor de iniciales N.G.H., ello resulta innecesario pues lo que se cuestiona en esencia es la motivación de las resoluciones judiciales que condenaron a la ahora demandante, las que, en todo caso y por sí mismas, expresan en su contenido la posición asumida por dicha parte procesal durante la secuela del proceso penal en donde fueron emitidas, al punto que, incluso, las principales piezas del citado proceso obran en el expediente constitucional, entre las que por cierto figuran las declaraciones de quienes se constituyeron como parte agraviada; y **c)** La demanda interpuesta tampoco pretende la superposición de competencias con la justicia ordinaria, en la lógica de pronunciarse sobre la responsabilidad o no que en términos penales pudiera corresponderle a la demandante de la presente causa, pues simplemente se limita a verificar si la alegada vulneración del derecho a la motivación resolutoria, se ha producido o no, lo que desde todo punto de vista resulta una competencia constitucional y, por tanto, legítimamente reconducible al ámbito del proceso constitucional.

5) A mayor abundamiento, se advierte que en el caso de autos existe necesidad de pronunciamiento inmediato, habida cuenta que la persona que plantea la presente demanda ya se encuentra privada de su libertad, a instancias de resoluciones judiciales cuyo eventual o imputado carácter arbitrario precisamente corresponde a este Tribunal definir, a la luz de las argumentaciones vertidas en la demanda y de lo que aparece objetivamente en el contenido de las mismas. En tales circunstancias, la prolongación en la restricción de un derecho como la libertad individual, implica pues una definición impostergable; máxime en circunstancias en que las resoluciones judiciales que la sustentan son severamente cuestionadas por la favorecida, como se desprende de los argumentos descritos en la demanda.

6) Por consiguiente, asumida una posición como la descrita en un contexto de tutela preferente, estimamos plenamente legítimo pronunciarnos sobre el fondo de la materia controvertida, en aras de determinar si se ha producido o no la vulneración del derecho fundamental alegado por la recurrente.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y sus alcances.

7) Este Tribunal ha dejado establecido, a través de su jurisprudencia (Exp. N° 1480-2006-PA/TC), que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.”

8) En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié en el mismo proceso que “(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo, donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado

conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

9) Por lo mismo y como también ha quedado explicitado en posteriores casos (Exp. N° 0728-2008-PHC/TC), el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

10) Precisamente por ello, se ha señalado desde muy temprano (Exp. N° 3943-2006-PA/TC) que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional, cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin. Es decir, en aquellos casos donde suele

presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez (constitucional) por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que enfatizar en este punto, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

- d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar sin atención las

pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

- f) *Motivaciones cualificadas.*- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

11) En el contexto de las exigencias que involucra el derecho a la debida motivación, cabe entonces preguntarse qué es lo que dicen las resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento y si es cierto o no que afectaron el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado o, lo que es lo mismo, si adolecieron de vicios como los aquí descritos.

Análisis de las resoluciones judiciales cuestionadas.

12) De acuerdo con lo que aparece textualmente en la sentencia condenatoria emitida con fecha 28 de enero del 2011 (fojas 150 a 164 de los autos) por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención:

“La acusada Constantina Palomino Reinoso en su declaración ante la policía... instructiva... así como en el juicio oral, manifiesta que cuando ocurrieron los hechos trabajaba como empleada de hogar en el domicilio del señor Nicomedes Madera Atauchi,... y que el día 27 de Agosto del 2007 cuando estaba en la cocina escucho un grito, y al salir, rápidamente vio a la menor agraviada tirada en el piso llorando, y le dijo que le dolía su potito, y como vio que se orino, le quito su calzoncito viendo que tenía una machita (sic) de sangre que le salía de su vagina, se asusto por lo que le hecho (sic) agua para lavarle y luego limpiarle con su misma ropa interior; de allí la lleva al pasadizo donde había un sofá, encontrando una ropa interior con la cual le ha cambiado, preguntándole a la niña si le dolía su parte interior (vagina) quien manifestó que ya no por lo que empezó a

caminar; pasando unos minutos se durmió en el sofá, retornado a la cocina a realizar sus labores, llegado las 17.30 horas para retirarse de su trabajo, la menor seguía durmiendo, por lo que optó en llevarle a su habitación que se encuentra en el primer piso en sus brazos adormitada, entregándosela a su tía Indira Lovon Madera quien se encontraba con su compañera Luz Yolanda, manifestándole que le estaba trayendo porque se durmió, así como se cayó (sic) saltando de la canasta de ropa y posiblemente se haya golpeado en el banco su parte íntima, retirándose” (2.2.)

Sin embargo la misma resolución judicial opta por considerar que la antes citada versión:

“... no merece crédito pues la menor agraviada, tanto a nivel policial –en presencia del representante del Ministerio Público (sic) - como Judicial, narró de manera coherente y uniforme en lo sustancial, la forma en que la acusada la agredió sexualmente, precisando con palabras propias de su corta edad y con ademanes, que ésta le ha metido la uña a su vagina, que le ha hecho doler fuerte y por eso lloro mucho, luego de lo cual le lavó su parte íntima con agua caliente...” (2.3.)

Similar consideración se utilizará más adelante al agregar que:

“De todas las declaraciones de la menor agraviada se observa que esta en forma persistente y coherente a pesar de su corta edad ha relatado con lenguaje coherente y con señas y ademanes, de manera pormenorizada los hechos en su agravio” (2.10.)

Es pertinente sin embargo, advertir, que en la misma sentencia se hace referencia a un documento especialmente gravitante como el Protocolo de Pericia Psicológica N° 007568-2008-PSC de fecha 28 de agosto del 2008. De acuerdo con el mismo se establece que:

“...en el acápite motivo de evaluación, literal A, relato, la niña refiere ‘la tina cuando yo me senté en una silla alta, me he caído de la silla y pum... me ha aplastado la silla alta, y me ha cargado la Tina y me ha metido la uña a mi vaginita, y luego me ha lavado con agua caliente mi vagina y no me di cuenta y he llorado, me dijo que mi mamá no iba a regresar nunca más, no me dijo nada más y eso paso una vez, la Tina era una persona mala es que yo me caí de la silla alta y luego me duele a una escalera alta al cielo y luego mi mamá me buscó y le conté y mi mamá le ha pegado a la tina con la silla y ella dijo que no me había hecho nada y los policías le han llevado a la tina’, de este relato se desprende

efectivamente que la menor señala que cayó de una silla alta, pero también de que 'Tina' "...es una persona mala y que le ha metido la uña a su vaginita..."
(2.14)

13) Por su parte y conforme se señala en la ejecutoria emitida con fecha 5 de agosto del 2011 (fojas 168 a 174 de los autos) por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se deja claramente establecido:

"Que tanto el delito y la responsabilidad penal de la procesada, se acreditan con la sindicación coherente, uniforme y persistente que le formula la menor agraviada de iniciales A.N.G.H. quien en su referencial policial de fojas cinco – respuestas a la pregunta dos-, y referencial judicial de fojas treinta y seis – respuestas a las preguntas cinco- ambas con presencia del señor Fiscal Provincial y de su señora madre, manifestó que 'Tina', como denominaba a la acusada, era una bruja y que le había tocado su cosita con su mano y con su uña le ha metido a su vagina y le hizo doler fuerte, que le quito su calzón que estaba manchado de sangre" (Fundamento Tercero).

Dilucidación de la controversia desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones.

14) Analizados los extremos considerativos de las resoluciones objeto de cuestionamiento, se puede desprender con meridiana claridad de que para ambas, la versión que sobre los hechos investigados maneja la recurrente resulta desestimable, es decir, "no merece crédito", mientras que la versión que sobre los mismos hechos sustenta la menor agraviada, resulta perfectamente creíble habida cuenta de su carácter "coherente", "uniforme", y "persistente". En otras palabras, mientras la primera versión es objetable y no responde a lo que supuestamente ocurrió, la segunda en cambio, es absolutamente veraz y describe lo que realmente aconteció.

15) Si se acepta como legítimo el discurso argumentativo formulado por las resoluciones judiciales aquí analizadas, ello significaría que la versión de la menor agraviada sería pues y sin duda alguna, cierta en su totalidad o en cada uno de sus extremos, no siendo procedente o bajo ninguna hipótesis, excepción de veracidad alguna, ya que la versión de la demandada se asume como falsa por donde quiera que se le mire.

16) Ocurre sin embargo que de asumirse la premisa aquí descrita como cierta, como por lo demás parecen entenderlo los pronunciamientos objetados, no termina de entenderse como así se desestima la parte de la versión de la recurrente de hábeas corpus en la que literalmente o en sus rasgos esenciales coincide con lo expresado por la menor agraviada.

17) En efecto, la versión de la demandante de habeas corpus tiene dos momentos. Uno primero en el que se afirma que encontró a la menor agraviada lastimada, aparentemente por haberse caído de alguna superficie alta y uno segundo, en el que se alega que procedió a revisarla por haberse orinado, habiéndole quitado efectivamente su prenda interior por encontrarse manchada de sangre. A su turno, la versión de la menor agraviada, también consta de dos momentos, uno primero en el que la pequeña afirma que se cayó de una silla y uno segundo en el que señala que la recurrente la revisó introduciéndole la uña en sus genitales. En otros términos, inicialmente ambas versiones coinciden en lo esencial, en lo que en cambio difieren, es en el desenlace de los hechos, pues lo que para la demandante de habeas corpus acaba en un acto de atención y buena voluntad, para la menor culmina con un comportamiento de agresión sobre su integridad física.

18) El problema con las resoluciones objeto de cuestionamiento es que éstas parten de una premisa que luego, ellas mismas acaban por distorsionar. La citada distorsión consiste en darle veracidad a la totalidad de la versión de la menor agraviada, para posteriormente resaltar como único hecho relevante o posible de haber acontecido, el momento de la agresión. No valorar y por el contrario ignorar, que antes de la supuesta agresión hubo un momento clave que consistió en la caída de la menor al piso, termina siendo gravitante pues podría haber explicado muchas cosas y colocado en escenarios diferentes a la agresión con todas las connotaciones que finalmente se le otorgan. Por ejemplo, hubiera explicado el por qué la recurrente de habeas corpus se vio en la necesidad de examinar a la menor tras su caída al piso; el por qué de los propios gritos de la menor; si la agresión que efectivamente se produjo, fue resultado de un comportamiento doloso o en cambio, de una actitud de impericia por parte de la recurrente al tratar de atender a la menor; etc.

19) Este Colegiado, como parece obvio resaltar, no es instancia penal donde puedan debatirse las circunstancias supuestas o reales en las que se perpetró un delito, pero en cambio si es un órgano en el que a la luz de los derechos constitucionales, se dilucida sobre si éstos fueron o no respetados. Y para este Tribunal queda claro que la motivación utilizada por las resoluciones objeto de cuestionamiento adolece de falta de motivación interna en el razonamiento que es precisamente una de las exigencias que impone el contenido esencial del derecho a la motivación resolutoria. En efecto y como ya se ha resaltado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión, estamos ante un primer supuesto de falta o

ausencia de motivación interna del razonamiento y en el presente caso, es precisamente ello lo que ocurre, cuando tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dice la agraviada, se descarta por completo aquella parte de la versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para incriminar.

20) Las observaciones en torno a defectos como los que aquí se describen, no son por cierto un asunto baladí, pues como enseguida se pasará a examinar, estamos hablando de una motivación en la que pretende sustentarse una condena de suyo gravosa, como la que finalmente se le ha terminado aplicando a la demandante. Para este Tribunal, como para cualquier órgano que administra justicia constitucional, es pues un axioma indiscutible que mientras más restrictiva o severa pueda resultar una medida judicial, tanto más cualificada debe ser la motivación en la que pretenda respaldarse. Lamentablemente, de lo que se observa de ambas resoluciones cuestionadas, la coherencia argumentativa no parece ser el mejor referente, lo que enerva en gran medida la legitimidad del resultado en el que finalmente desembocan.

21) Desde la óptica de este Tribunal, las instancias de la justicia penal, no han reparado pues en su propia incongruencia a pesar de haber sido alertadas por la actual demandante de habeas corpus sobre la existencia de tal vicio. Al no haber subsanado los errores oportunamente denunciados, no cabe la menor duda que han desnaturalizado uno de los componentes esenciales del derecho a la motivación resolutoria. En tales circunstancias y sin perjuicio de que se rescate la plena autonomía de la justicia penal para decidir sobre la responsabilidad o no de la actual recurrente de habeas corpus en relación con los cargos que se le imputan, este Colegiado deberá acoger la pretensión de la demandante respecto a la tutela del derecho constitucional reclamado dentro de los parámetros descritos por la presente sentencia.

El juicio de proporcionalidad como referente de los procesos penales. Su relación con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

22) Aunque se ha dicho una y otra vez que la justicia penal es totalmente autónoma para decidir merituar los hechos constitutivos de una incriminación, en función a los parámetros de la ley penal, decidir la alternativa sancionadora que las leyes penales prevén dentro del elenco medidas punitivas para toda clase de delito, no significa, ni debe entenderse, como una competencia que faculte al juzgador penal a prescindir del respeto por los derechos fundamentales y los principios que le sirven de soporte. Es un hecho que al igual que el juez constitucional, el juez ordinario no sólo se encuentra

obligado a conocer la Constitución, sino a defenderla desde la perspectiva de sus contenidos.

23) Toda potestad punitiva implica, como es obvio suponer, restricciones de derechos en mayor o menor medida. Siendo ello así, es evidente que en cada oportunidad en que la misma es ejercida, existe la posibilidad de una eventual afectación de derechos. En el contexto descrito y si el ejercicio de la citada potestad fuese asumida como un ámbito en el que no cabe ningún tipo de control o fiscalización, habría que asumir que la Constitución y su cuadro de derechos podrían verse virtualmente inutilizados, lo que en rigor no se compadece con el carácter vinculante de la norma constitucional.

24) Este Tribunal entiende que uno de los principios constitucionales que de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penal, es el de proporcionalidad, pues en la medida en que toda alternativa punitiva implica merituación de sanciones a partir de la naturaleza y la magnitud de los bienes jurídicos que fueron infringidos, queda claro que la legitimidad de la decisión emitida por la justicia penal, reposa en un adecuado uso de dicho principio. La prescindencia del mismo, conduce a resultados reprochables no sólo en términos de justicia penal, sino y por sobre todo, de respeto a los propios derechos fundamentales, pues una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada.

25) La mejor manera (aunque por cierto, no la única) de verificar si una pena, como medida restrictiva de derechos, ha sido bien impuesta en términos no de una justicia penal, sino de respeto a los derechos fundamentales, pasa por indagar si las razones utilizadas en la sentencia que establece una condena fueron o no suficientes para sustentarla. Sólo así podrá comprobarse si la magnitud de una pena va de la mano con la naturaleza de los hechos imputados y si por consiguiente, se hizo una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de aplicarse la pena.

Los defectos en la utilización del juicio de proporcionalidad en el presente caso.

26) En el caso que nos ocupa, este Tribunal advierte que de acreditarse que no hubo delito, no le correspondería a la recurrente ningún tipo de condena y ni siquiera sería necesario analizar la controversia planteada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Sin embargo y de presentarse lo contrario, es decir, de acreditarse algún tipo de responsabilidad, conviene indagar si el modelo a utilizarse iría de la mano con la manera como se ha resuelto en el proceso cuestionado.

27) De acuerdo con lo que aparece en los autos puede apreciarse que las resoluciones objeto de cuestionamiento adolecen de defectos en la motivación no por el hecho de que el delito que ha sido investigado no resulte grave en abstracto y de acuerdo a las previsiones de nuestra normativa penal, sino porque con independencia de la incoherencia interna que ya ha sido aquí analizada, no justifican directamente los motivos por los que la recurrente termina siendo sancionada con treinta años de pena privativa de la libertad, pudiendo haberse optado por una medida punitiva distinta, de suyo menos gravosa. Se trataría, en otros términos, de un supuesto de motivación aparente ya que no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión.

28) En realidad y para ser consecuentes con la verdad, la sentencia de fecha 28 de enero del 2011 reivindica, en términos estrictamente formales, el principio de proporcionalidad como una fórmula que le permitiría sustituir la pena prevista para el delito imputado, y que de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 173, inciso 1), del Código Penal, sería de cadena perpetua. Es a la luz de dicho raciocinio, que tras prescindirse de la citada pena se opta más bien por la de treinta años de años de pena privativa de la libertad; habida cuenta de diversos factores vinculados a la condición de la procesada (carencias sociales, medio en el que vive, edad, condición de reo primario, necesidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, etc.).

29) Aunque una primera impresión de la citada sentencia, sería la de haberse meritado el carácter radical de la cadena perpetua y haberse preferido en su lugar una condena menor a la prevista en el Código Penal, examinada con más detenimiento la citada fórmula, resulta bastante opinable, por decir lo menos, que habiéndose hecho uso de una alternativa tan discrecional (que inclusive podría ser debatible desde el punto de vista del principio de legalidad) se haya optado por una pena que si bien resulta relativamente menor, deviene en la práctica y por sus propios efectos, en igual de gravosa por su aflicción radical sobre la libertad individual.

30) Si la idea era aplicar el principio de proporcionalidad a la luz de factores de contexto personal, como los que se exponen en la sentencia, y que en el fondo lo que han buscado es priorizar en la resocialización de la imputada, lo justo o razonable no podía ser sino una pena mucho menos gravosa, bastante distinta de aquella por la que finalmente se ha optado. La proporcionalidad, en otros términos, no podía ser apreciada de manera tan nominal o poco efectiva, como ha sucedido en el caso de autos.

31) Este Tribunal por supuesto, y es oportuno aclararlo, no es sede penal, donde se puedan proporcionar recetas sancionadoras de ningún tipo, pero si es un órgano que debe

enfaticar la necesidad de un adecuado manejo del principio antes señalado. Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de meritar.

32) El uso inadecuado del principio de proporcionalidad en el presente caso es todavía mucho más notorio, si se toman en cuenta los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales aquí cuestionadas y que anteriormente han sido advertidos (Cfr. Fundamentos 14 a 21). En efecto, si éstas adolecen, como en efecto ocurre, de gruesos errores en el raciocinio que utilizan y, lejos de generar certeza, ofrecen dudas acerca de si la recurrente tuvo o no la intención de actuar contra la menor agraviada. La pena aplicable, si de proporcionalidad se trata, estaría bastante lejana de aquella alternativa por la que finalmente se ha optado.

33) Por consiguiente y habiéndose evidenciado que en el presente caso se han vulnerado derechos y principios constitucionales, corresponde declarar la nulidad de las sentencias de fechas 28 de enero del 2011 y 5 de agosto del 2011, así como ordenar una nueva merituación de los hechos investigados con sujeción a los estándares de una debida y sensata motivación. Por otra parte y sólo en el caso de que la responsabilidad penal quede finalmente acreditada, deberá en cualquier caso tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas, con todas las implicancias que el mismo supone.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

- 1º. Declarar **FUNDADA** la demanda de habeas corpus y, en consecuencia, **NULAS** la sentencia penal de fecha 28 de enero del 2011 expedida por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, y la sentencia de fecha 5 de agosto del 2011 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- 2º. **ORDENA** a la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia de Cusco emita una nueva sentencia



conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia constitucional.

Publíquese y Notifíquese

SS

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

SARDON DE TABOADA



Exp. N° 08439-2013-PHC/TC
CUSCO
CONSTANTINA
PALOMINO REINOSO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas, por las razones expresadas por los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa- Saldarí Barrera considero que la demanda debe declararse **INFUNDADA**.

S.



MIRANDA CANALES

Exp. N° 08439-2013-PHC/TC
CUSCO
CONSTANTINA
PALOMINO REINOSO

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Nuestro voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda. De la revisión del caso estimamos que no existe ninguna razón que justifique la anulación de las resoluciones cuestionadas, que imponen 30 años de pena privativa de libertad a la recurrente por el delito de violación sexual de una menor de 3 años. Discrepamos respetuosamente de la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, pues sus razones implican un nivel de valoración probatoria que es propia de la jurisdicción penal y no de la constitucional.

Los argumentos que sustentan nuestra posición son los siguientes:

1. Mediante la demanda de habeas corpus se pretende que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria emitida el 28 de enero de 2011 por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de La Convención, Quillabamba de la Corte Superior del Cusco, así como la confirmatoria suprema, de fecha 05 de agosto de 2011, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que imponen a la recurrente 30 años de pena privativa de libertad como autora del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de 10 años (3 años). La demandante alega que dichas resoluciones afectan su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
2. Teniendo en cuenta que se alega la vulneración del derecho fundamental a la motivación, seguidamente evaluaremos las resoluciones cuestionadas con el fin de verificar si tal derecho ha sido vulnerado en el presente caso.

Análisis sobre la alegada afectación del derecho a la motivación

3. Previamente, resulta importante, examinar brevemente, los argumentos principales de la posición en mayoría del TC, en cuanto a la alegada vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Tales argumentos son los siguientes:

18) El problema con las resoluciones objeto de cuestionamiento es que éstas parten de una premisa que luego, ellas mismas acaban por distorsionar. La citada distorsión consiste en darle veracidad a la totalidad de la versión de la menor agraviada, para

posteriormente resaltar como único hecho relevante o posible de haber acontecido, el momento de la agresión. No valorar y por el contrario ignorar, que antes de la supuesta agresión hubo un momento clave que consistió en la caída de la menor al piso, termina siendo gravitante pues podría haber explicado muchas cosas y colocado en escenarios diferentes a la agresión con todas las connotaciones que finalmente se le otorgan. Por ejemplo, hubiera explicado el porqué la recurrente de habeas corpus se vio en la necesidad de examinar a la menor tras su caída al piso, el porqué de los propios gritos de la menor, si la agresión que efectivamente se produjo, fue resultado de un comportamiento doloso o en cambio, de una actitud de impericia por parte de la recurrente al tratar de atender a la menor, etc.

19) (...) cuando tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dice la agraviada, se descarta por completo aquella parte de la versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de sólo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para incriminar.

4. Al respecto, es más que evidente que tales argumentos (que no se valoró un determinado “momento” de la versión de la acusada, que sólo se otorgó “veracidad” a la versión de la menor agraviada, que se ignoró que existía un “momento clave” consistente en la caída de la menor, que se hubieran podido generar otros escenarios o explicaciones, que se hubieran generado efectos distintos, etc.), emitidos por la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, en cuanto a la valoración de los medios probatorios actuados en el respectivo proceso penal, no corresponde que sean emitidos por la jurisdicción constitucional sino precisamente por la jurisdicción penal.
5. De otro lado, en cuanto al *derecho a la motivación de las resoluciones judiciales*, contenido en el artículo 139° inciso 5) de la Constitución, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional, en los Expedientes N.ºs 03943-2006-PA/TC FJ. 4 y 00728-2008-PHC/TC FJ. 76, entre otros, ha precisado que tal derecho exige a los operadores jurisdiccionales que sus decisiones deban contener un conjunto mínimo de argumentos o razones que las justifiquen, entendiendo como mínimo, a aquellos: *i)* argumentos jurídicos (normas jurídicas o jurisprudencia vinculante, entre otros) que sean suficientes y pertinentes para resolver el caso; *ii)* argumentos fácticos (sobre los hechos “probados”), que sean suficientes y pertinentes para resolver el caso; *iii)* argumentación interna o argumentación lógica (que exista un nexo lógico entre premisas –normativas y fácticas– y conclusión); y *iv)* argumentación externa (que los argumentos que formen parte de la premisa normativa o fáctica sean correctos).

6. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no exige una motivación perfecta, sino una que de modo suficiente exprese las razones jurídicas y fácticas correctas para adoptar una decisión, de modo tal que se despeje cualquier indicio de arbitrariedad judicial. Las razones o argumentos correctos que justifican una decisión judicial son sólo aquellas que provienen del Derecho establecido y no aquellas que se originan en la pura voluntad del juzgador.
7. En el presente caso, la cuestionada resolución de fecha 28 de enero de 2011, obrante a fojas 150 y ss. del cuaderno principal, establece los siguientes fundamentos, entre otros:

SEGUNDO.- De los hechos:

2.3. (...) la menor agraviada, tanto a nivel policial – en presencia del representante del Ministerio Público como Judicial, narró de manera coherente y uniforme en lo sustancial, la forma en que la acusada la agredió sexualmente, precisando con palabras propias de su corta edad y con ademanes, que ésta le ha metido la uña a su vagina, que le ha hecho doler fuerte y por eso lloró mucho, luego de lo cual le lavó su parte íntima con agua caliente (fojas 5 y 36).

2.4. Se advierte del certificado Médico de fecha veintisiete de agosto de dos mil siete, (cuatro horas después de los hechos) emitido por el médico ginecólogo Julio Béjar Cuba, en el que se señala que el día veintisiete de agosto de dos mil siete, a las diecinueve horas con treinta minutos, atendió a la menor agraviada, encontrando sangrado activo, “rojo rutilante” proveniente de introito vaginal por lesión reciente, **no signos de lesión externa**; y que, dado el estado emocional ansioso de la paciente no se hizo un examen exhaustivo, dejó tapón externo en vulva (fojas 15), se advierte así mismo del Informe Médico Legal, emitido por el mismo el médico ginecólogo Julio Béjar Cuba, en fecha treinta y uno de agosto de dos mil siete (fojas 16), en que señala “que habiendo atendido a la menor antes indicada el 27 de agosto de 2007, por cuadro de sangrado vaginal luego de que sufrió tocamientos indebidos, se encontró paciente ansiosa, irritable con resistencia para el examen físico; sin embargo, se pudo apreciar sangrado rojo rutilante activo proveniente de vagina”,

y luego especifica que “... en fecha 31 de agosto de 2007, se practica examen ginecológico bajo anestesia general endovenosa, pudiéndose apreciar laceración reciente en horquilla posterior, mucosa vestibular a horas diez y laceración reciente en borde himeneal a horas diez, lesiones provocadas posiblemente por objeto lacerante por ejemplo una uña. No se encuentran lesiones recientes a nivel externo lo que descartaría contusiones en zona genital”.

2.5. (...) Profesional, que al ratificarse en el contenido de su informe, en acto de juicio oral, leídos el íntegro de los exámenes de fojas dieciséis, diecisiete y quince, y puesta a la vista las tomas fotográficas de fojas ciento noventa y cuatro y ciento noventa y cinco ha afirmado contundentemente que las lesiones descritas se hallaban en la membrana

himeneal consistente en laceraciones y además lesiones tipo laceración en la orquilla posterior; que la herida lacerante era una que comprometía la solución de continuidad de la mucosa y que por ello es que la menor presentó sangrado; asimismo indico que la lesión en referencia se ubicaba en la parte vestibular entre la orquilla y el himen y eso descarta que tales lesiones provengan de una caída, o de una contusión externa ya que en una niña los labios mayores cubren a los menores y cierran toda la apertura vestibular, por lo tanto, las lesiones halladas entre la orquilla posterior y el himen por estar escondidas o cubiertas por los labios mayores no estaban expuestos directamente a lesiones y para que esta se hubiesen producido debía haberse constatado otras lesiones a nivel mínimamente de labios mayores y muslo interno; lo que no se halló, además afirma que este tipo de lesiones, no se producen aun cuando la caída sea a horcajadas por ello descartó que dichas lesiones hayan sido producto de una caída o golpe externo dado que tendría que presentar siempre una lesión en el muslo interno y labio mayor (fojas 17), ratificada en juicio oral en fecha diecinueve de enero de 2011.

2.6. Afirmaciones médicas que concuerdan con el certificado medico legal de fecha veintinueve de agosto de dos mil siete, emitido por el Medico Legista Willy Huacac Abarca, en el que se señalo que la menor agraviada presentaba "... lesiones paragenitales como eritema entre horas cinco a siete, labios menores eritematosos con borde conservado. Himen de forma anular, parcialmente integro". Medico legista que al ratificarse en su examen pericial, en juicio oral de fecha diecinueve de enero del año dos mil once, aclaro que la herida se encontraba en el borde externo del himen de la menor agraviada. y, agregó, que si la lesión hubiera sido causada por un objeto de madera debería presentar equimosis, y no observo huella de conjunción o equimosis en la parte vaginal (fojas 16), y ratificación (...).

2.10. De todas las declaraciones de la menor agraviada se observa que ésta en forma persistente y coherente a pesar de su corta edad ha relatado con lenguaje coherente y con señas y ademanes, de manera pormenorizada los hechos en su agravio (...).

CUARTO.- Del análisis probatorio. De la incriminación:

El Acuerdo Plenario N.º 2-2005(CJ-116 de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco).- Asunto: requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado; en el que se señala que las que se describen en los párrafos 9 y 10 del Acuerdo Plenario, constituyen precedente vinculante. Siendo requisitos a observar en la valoración: Numeral 10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva.- Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

- b) Verosimilitud, que no sólo 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.
- c) Persistencia en la incriminación (...). Todo lo cual debe apreciarse con el rigor correspondiente. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

En el caso de autos ha quedado acreditado que la acusada CONSTANTINA PALOMINO REINOSO ha agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. pues no existían malas relaciones entre la acusada y la madre de la niña, menos aún con la niña, no había odio, resentimiento o enemistad, y las declaraciones de la menor no sólo han sido coherentes y persistentes a pesar de su corta edad, sino que además se encuentran corroboradas objetivamente con los certificados medico legales de fojas 15, 16 y 17, debidamente ratificados y explicados por los profesionales médicos en juicio oral, además de encontrarse corroborados con la declaración testimonial de doña Luz Yolanda Paz Herrera prestada en sede de investigación judicial como en juicio oral (...).

OCTAVO.- Conclusiones:

Expuesto todo lo anterior y considerando que el fin supremo de la crítica judicial es la comprobación de una realidad efectuada, en autos hemos llegado a un grado de certeza satisfactorio que nos permite afirmar que la acusada (...) al haber agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. ha cometido el delito de violación de la libertad en su modalidad de violación de la libertad sexual de menor de diez años, delito tipificado en el artículo 173.1 del Código Penal.

8. Mediante la resolución de fecha 5 de agosto de 2011 (fojas 168 y ss.), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Recurso de Nulidad N.º 1158-2011-CUSCO), declara no haber nulidad en la cuestionada resolución de fecha 28 de enero de 2011, estableciendo similares argumentos a los expuestos en esta última, entre otros.
9. Del análisis de las resoluciones cuestionadas se aprecia, *en primer lugar*, que se ha identificado adecuadamente la premisa normativa del caso, que tratándose de un asunto de naturaleza penal, se encuentra constituida por el artículo 173º del Código Penal “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”.

No se aprecia que los órganos jurisdiccionales emplazados hayan reconocido algún problema de interpretación o relevancia sobre dicha premisa normativa.

Asimismo, se aprecia que como parte de la premisa normativa aplicable al presente caso, la Sala Mixta emplazada ha citado el Acuerdo Plenario N.º 2-2005(CJ-116 de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco), que regula los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado. Tal Acuerdo Plenario será relevante para el respectivo análisis probatorio.

10. En *segundo lugar*, las resoluciones cuestionadas han identificado adecuadamente la premisa fáctica del caso, la misma que se encuentra constituida por los argumentos conforme a los que se considera acreditado que la demandante Constantina Palomino Reinoso ha introducido partes del cuerpo, por vía vaginal, en la menor de de iniciales A.N.G.H. de 3 años de edad.

Dicho material probatorio está conformado, entre otros por aquellos medios probatorios conforme a los que se ha acreditado que: i) no existía odio, resentimiento o enemistad entre la acusada y la madre de la niña, menos aún con la niña; ii) las declaraciones de la niña han sido coherentes y persistentes a pesar de su corta edad; iii) tales declaraciones se encuentran corroboradas objetivamente con los certificados medico legales, ratificados y explicados por los profesionales médicos en juicio oral, y corroborados con la declaración testimonial de doña Luz Yolanda Paz Herrera prestada en sede de investigación judicial como en juicio oral; entre otros. De dichos certificados médicos, resalta aquel mencionado en el fundamento 2.4 de la cuestionada resolución del 28 de enero de 2011, en el que se detalla que con fecha 31 de agosto de 2007 se practicó examen ginecológico, *bajo anestesia general endovenosa*, apreciándose “laceración reciente en horquilla posterior, mucosa vestibular a horas diez y laceración reciente en borde himeneal a horas diez”, “lesiones provocadas posiblemente por objeto lacerante por ejemplo una uña”, y que “no se encuentran lesiones recientes a nivel externo lo que descartaría contusiones en zona genital”.

11. En *tercer y último lugar*, se verifica que la conclusión de las resoluciones judiciales cuestionadas, en el sentido de condenar a la recurrente por el delito de violación sexual de la menor A.N.G.H. de 3 años de edad, es consecuencia de la conexión lógica entre las premisas normativa y fáctica, y dicha conclusión, de modo que se encuentra justificada interna, formal o lógicamente.

Asimismo, se aprecia que los argumentos que forman parte de la premisa normativa o de la premisa fáctica son correctos en la medida que, respecto de la premisa normativa, no se ha cuestionado, por ejemplo, la constitucionalidad del artículo 173º inciso 1) del Código Penal, y que, respecto de la premisa fáctica, se

han identificado argumentos de hecho que de modo mínimo pero suficiente, han otorgado a los magistrados emplazados, tal como ellos mismos manifiestan: “un grado de certeza satisfactorio” que les permite concluir que la acusada ha agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. de 3 años de edad. En tal sentido, las decisiones de los jueces emplazados se encuentran justificadas externamente.

12. Por tanto, estimamos que las resoluciones judiciales cuestionadas de fechas 28 de enero y 5 de agosto de 2011, no han vulnerado el derecho fundamental a la motivación de la demandante.

Examen sobre la proporcionalidad de la sanción contenida en las resoluciones cuestionadas

13. La posición en mayoría del TC, en cuanto a los denominados “defectos en la utilización del juicio de proporcionalidad en el presente caso”, sostiene lo siguiente:

30. Si la idea era aplicar el principio de proporcionalidad a la luz de factores de contexto personal, como los que se exponen en la sentencia, y que en el fondo lo que han buscado es priorizar en la resocialización de la imputada, lo justo o razonable no podía ser sino una pena mucho más gravosa, bastante distinta de aquella por la que finalmente se ha optado. La proporcionalidad, en otros términos, no podía ser apreciada de manera tan nominal o poco efectiva, como ha sucedido en el caso de autos.

31. Este Tribunal por supuesto, y es oportuno aclararlo, no es sede penal, donde se puedan proporcionar recetas sancionadoras de ningún tipo, pero si es órgano que debe enfatizar la necesidad de un adecuado manejo del principio antes señalado. Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de merituar.

32) El uso inadecuado del principio de proporcionalidad en el presente caso es todavía mucho más notorio, si se toman en cuenta los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales aquí cuestionadas y que anteriormente han sido advertidos (Cfr. Fundamentos 14 a 21). En efecto, si estas adolecen, como en efecto ocurre, de gruesos errores en el raciocinio que utilizan y lejos de generar certeza, ofrecen dudas acerca de si la recurrente tuvo o no la intención de actuar contra la menor agraviada, la pena aplicable, si de proporcionalidad se trata, estaría bastante lejana de aquella alternativa por la que finalmente se ha optado.

14. Teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario examinar los fundamentos de la impugnada sentencia de fecha 28 de enero de 2011, respecto de la

proporcionalidad de la pena, con el fin de verificar si los argumentos de la mayoría del TC están suficientemente justificados. Al respecto, dicha sentencia establece lo siguiente:

(...) la pena conminada prevista por la ley para el delito imputado será de cadena perpetua.

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N.º 003-2006-AI/TC, de fecha 09 de agosto del 2006, ha precisado que la pena de cadena perpetua no resulta inconstitucional; sin embargo, no resulta aplicable a la acusada por no ser compatible con los fines de la pena previstos por el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, concordante con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que establece: “la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (...)”, muy a pesar de que conforme se señala en aquella sentencia constitucional tendría derecho a que se revise la pena, aunado al principio de humanización de la pena nos permite establecer criterios que nos acercan a imponer una pena adecuada y no la de cadena perpetua, en aplicación al principio de proporcionalidad contemplado por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

En consecuencia, a la acusada se le debe imponer una pena menos gravosa, a pesar de que ha cometido un delito grave; además, se debe tomar en cuenta sus carencias sociales y su medio social, su edad, su condición de reo primario, a efectos de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, es decir, la pena concreta que debe imponerse a la acusada, debe ser la de treinta años de pena privativa de la libertad, en forma efectiva.

Esta Sala Mixta toma en cuenta lo señalado por el IV Pleno Jurisdiccional Penal del año dos mil, en cuanto considera que “el principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre la gravedad del delito (injusto) y la pena. Este principio complementa el principio de culpabilidad, que en sí mismo no garantiza la necesaria proporción entre delito y pena”

15. De un correcto examen de los fundamentos de dicha sentencia penal, estimamos que la aludida pena aplicada a la recurrente (30 años) es proporcional con la gravedad del delito, si se tiene en consideración: *i)* que el bien jurídico protegido por el artículo 173º inciso 1) del Código Penal es la “indemnidad sexual” de una menor de 3 años de edad (“la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual”, Expediente N.º 00008-2012-PI/TC FJ 36), y que a menor edad se incrementa la pena debido a la gravedad en la afectación de dicho bien jurídico; *ii)* los fines de prevención de la pena, ya sean de prevención general en su versión negativa (desmotivar respecto de actos de

violación de menores de 3 años de edad); de prevención general en su versión positiva (confianza de la población en la justicia penal); de prevención especial (que la autora del delito pueda internalizar el daño ocasionado con su conducta) e incluso que se ha aplicado una pena (30 años), por debajo de la pena establecida en la respectiva ley (cadena perpetua); y *iii*) que las condiciones específicas de la autora del delito (carencias sociales, medio social, edad, condición de reo primario y finalidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad).

16. Asimismo, respetuosamente, discrepamos de los argumentos de la mayoría del TC, en primer término, porque los argumentos de los citados fundamentos 30 y 31, constituyen apreciaciones que corresponden a un juez penal y no a uno constitucional, en la medida que sólo aquel puede determinar cuál debe ser la pena justa o razonable que se debe aplicar en un caso penal. Y, en segundo término, porque los argumentos del fundamento 31 carecen de logicidad, pues, o bien se sostiene que la sentencia estuvo mal motivada y por lo tanto debe anularse, resultando irrelevante un pronunciamiento sobre la pena impuesta, o bien se sostiene que la sentencia estuvo bien motivada, en cuyo caso si resulta relevante un pronunciamiento sobre la pena impuesta, pero lo que no resulta lógico es sostener, tal como se hace en el fundamento 32, que la sentencia estuvo mal motivada y por tanto debía aplicarse una pena “bastante lejana” (sic) de aquella de 30 años. Los años de pena privativa de libertad no se aplican según exista una mejor o peor motivación, sino de forma proporcional con la gravedad del delito.
17. En suma, habiéndose acreditado que no se ha vulnerado el derecho a la motivación de la recurrente, como tampoco el principio de proporcionalidad de la pena, consideramos que debe declararse **INFUNDADA** la demanda de autos.
18. Adicionalmente a lo expuesto, llama la atención el considerable valor probatorio que los magistrados emplazados han otorgado a la declaración de la víctima, en este caso, una niña de tres años. Ello da mérito para efectuar algunas precisiones, desde el punto de vista constitucional, sobre la valoración de la prueba en aquellos casos penales que tengan por víctimas a niños.

Análisis sobre la valoración de la prueba en los casos que la víctima sea un niño

19. La Constitución establece en el artículo 4° que el Estado protege al niño y al adolescente. A partir de dicho enunciado se generan obligaciones positivas, que por ejemplo pueden adquirir dimensiones específicas en los casos de menores de edad que sean víctimas de un delito. En líneas generales, el Estado debe brindar especial

protección al niño y adolescente para evitar su re-victimización en el proceso penal.

20. Uno de los contenidos del artículo en mención es el principio del interés superior del niño, que a su vez se encuentra recogido en la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990.
21. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en función del principio del interés superior del niño, cuando eventualmente ocurre un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último. La justificación para ello radica en el hecho de que se trata de un *principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa*” (Expediente N.º 02079-2009-HC., FJ. 13).
22. El principio del interés superior del niño puede definirse como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y un principio de procedimiento. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que se trata de un *derecho del niño* a “que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses”. Igualmente, será un *criterio interpretativo* que permitirá que en los supuestos en los que una norma admita diversas interpretaciones, el intérprete opte por la que satisfaga de mejor manera el interés superior del niño. Y, en relación con su naturaleza de *norma de procedimiento*, esta característica involucra que en cualquier situación en la que se deba tomar una decisión que eventualmente afecte los derechos del niño, el órgano o persona que aplica el derecho utilice el principio en mención, a fin de que en su decisión valore los aspectos positivos y negativos en la esfera de derechos del niño.^[1]
23. Ahora bien, en relación con el principio de interés superior del niño y su impacto en el ámbito del proceso jurisdiccional, el Tribunal Constitucional (Expedientes N.º 02132-2008-PA, FJ. 8, y N.º 03744-2007-PHC/TC), también ha sostenido que aquel es aplicable en todo proceso en el que se encuentren en juego los derechos del niño, lo cual guarda coherencia con la naturaleza de norma procedimental de este principio. Así, ha establecido que

(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención *especial* y

prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención debe ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

24. De las consideraciones planteadas por el Tribunal Constitucional, se puede concluir que el Estado tiene la obligación de proteger de manera especial al niño, en las distintas etapas del proceso, incluyendo la fase previa al proceso, es decir, la relativa a la denuncia policial. En tanto y en cuanto el niño no es un sujeto en igualdad de condiciones respecto de las otras partes, el Estado debe brindarle una protección reforzada y prioritaria.
25. En todas las etapas del proceso, debe partirse del presupuesto de que el niño, independientemente de su edad, tiene la habilidad para proveer información certera de los sucesos que ha experimentado, así como para ejercer sus derechos en un proceso penal.^[2]
26. Así, en la valoración de la prueba, también debe operar el principio de interés superior del niño que ha sido antes reseñado. La aplicación del interés superior, permitirá que el testimonio del niño tenga un valor probatorio muy relevante en el proceso. Asimismo, cuando el juzgador se encuentre frente a un caso difícil o trágico, el principio de interés superior es el que determinará, en primera instancia, la preferencia por la tutela de los derechos del niño frente a los derechos del procesado.
27. En todo caso, una decisión en la que el principio del interés superior del niño ha sido empleado, debe explicar de manera expresa los criterios que se han utilizado

así como la forma en que se ha ponderado los intereses del niño frente a los derechos de la otra parte. En efecto, de manera conjunta a la valoración de un testimonio emitido por un niño o adolescente, se deben merituar otros medios probatorios que lleven al juez a formarse una opinión razonable sobre los hechos y llegar a una conclusión que se justifique y motive en razón de las convicciones a las que se ha arribado. El solo testimonio, si bien tiene un peso relevante y esencial para la toma de una decisión, debe analizarse en función de otros elementos que forman parte del expediente judicial.

28. En tal sentido, no debe perderse de vista que el interés superior del niño, no determina, *en abstracto* y *a priori* la prevalencia de los derechos de los niños. En todo caso, su priorización se determinará caso por caso.
29. En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencias T-078 de 2010 y T-554/03), ha hecho mención a la valoración de la prueba en los casos en los que el niño es víctima de un delito, en concreto de la violencia sexual. Al respecto, se ha indicado que en el modelo de Estado Constitucional, no es posible acoger la percepción de los niños como sujetos con limitaciones en su desarrollo psicológico y mental como argumento para restar credibilidad a su testimonio. En ese sentido, es necesario que su testimonio sea utilizado como una prueba especialmente relevante, cuando haya un relato objetivo sobre los hechos que constituyen o dan origen a la comisión de un ilícito penal. Así,

cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor.

30. Los efectos de la violencia sexual en la vida de un niño, se visibilizan en el ámbito psicológico, así como en la calidad de vida de la víctima, o afectan pérdidas de productividad en la vida futura del niño, entre otros aspectos. Por esa razón, no se puede partir de la presunción de que se trate de un caso en el que hay igualdad de las partes, pues precisamente la persona que ha cometido el delito ha ejercido

autoridad, persuasión, engaño o violencia para afectar la indemnidad sexual de un niño o adolescente, quien se encuentra en total indefensión frente a su agresor.

31. De ese modo, el propio proceso jurisdiccional debe tener una finalidad tuitiva en relación con el niño o adolescente víctima de un ilícito penal. Por ello, es legítimo que el testimonio de un niño o adolescente tenga un alto grado de relevancia o de valor probatorio, más aún si es la víctima directa de una agresión que ha ocurrido sin que haya lugar a testigos.
32. Asimismo, no debe perderse de vista que en el modelo de Estado Social, los poderes estatales cumplen un rol activo en la garantía de los derechos de las personas; en este modelo de Estado no solo se garantiza la igualdad formal ante la ley, sino también la igualdad material. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N.º 00606-2004-AA/TC, FJ. 11), la igualdad material establece *“una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales.*
33. En ese sentido, con mayor razón es legítimo que el Estado otorgue un rol prevalente a la víctima de agresión sexual, sobre todo, cuando se trata de un sujeto de derecho en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños y adolescentes. No podría decirse lo contrario, pues ello implicaría adherirse al modelo abstencionista propio del modelo de Estado liberal.
34. En relación con el testimonio de los niños como medio de prueba, cuando han sido víctimas de violencia sexual, es necesario que su credibilidad se determine por pautas objetivas, que a modo ilustrativo, podrían ser las siguientes:
 - Conocimiento sexual inapropiado para la edad.
 - Relato espontáneo.
 - Lenguaje propio de los niños y desde el punto de vista infantil.
 - Descripción detallada.
 - Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.
 - Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.
 - Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño favorable con el contenido de la entrevista.
 - Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción).^[3]

35. Como ya se ha mencionado, tales pautas deberán ser tomadas en cuenta según las peculiaridades que se presenten en cada caso concreto, pero en ningún supuesto, en el que los niños se encuentre en calidad de víctimas, los jueces podrán desatender el principio del interés superior del niño, ya sea como un derecho sustantivo, principio interpretativo o principio de procedimiento.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

[1] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf, revisada el 10 de diciembre de 2014.

[2] BERLINERBLAU, Virginia. “Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil”. En: UNICEF y otros. *Acceso a la justicia de niños/niñas víctimas*. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>, revisado el 10 de diciembre de 2014, p. 145.

[3] *Ibidem*, p. 149.