

El principio de proporcionalidad limita el "ius puniendi" y evita la imposición de medidas desproporcionadamente grave; por consiguiente, la pena impuesta debe alcanzar una ponderación adecuada para alcanzar el fin preventivo de la penal y lograr la reinserción del penado a la sociedad.

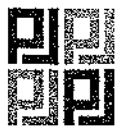
Lima, cuatro de junio de dos mil quince.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Abner Cueva Showing contra la sentencia del veintiocho de mayo de dos mil catorce -fojas quinientos dieciséis-, 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:

I.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD.

Primero: Que, el encausado en su recurso de nulidad -fojas quinientos treinta y dos- alega que: **i)** Se le condenó sin considerar que es imposible que la menor haya sido violada pues ello hubiera generado traumas severos; **ii)** No fue objeto de debate que haya introducido su dedo en el recto de la menor, sino que el debate se centró en que la presunta violación se realizó con la introducción del pene; **iii)** No se consideró que la menor manifestó a su madre que fue un sapito quien le causó una lesión y si es así, como la propia versión, de la menor lo señala, no se le puede atribuir tal hecho; **iv)** Se valoró el reconocimiento médico legal que no fue ratificado, y que no resulta suficiente para ser condenado; **v)** La Sala Superior consideró la segunda versión brindada por la madre de la menor agraviada y no la primigenia en la cual señaló que fue un sapo quien le causó la lesión en su recto, por lo que, existe contradicción; **vi)** El fundamento ocho punto uno de la Sentencia sostiene que por su derecho a mentir prestó distintas declaraciones y debe ser condenado; **vii)** No puede considerarse como prueba de cargo su pericia psicológica pues con ello solo se determina su personalidad y no la responsabilidad en el hecho; **viii)** En la sentencia existe una motivación aparente, al valorar pruebas que no se sometieron a contradictorio, como el reconocimiento médico legal, el



examen de evaluación psicológica y la pericia psicológica, los cuales no explican nada sin sus mentores; ix) No se compulsó adecuadamente las pruebas para acreditar su responsabilidad.

II.- IMPUTACIÓN FISCAL.

Segundo: Que, conforme al dictamen acusatorio, el día dos de setiembre de dos mil doce, en horas de la tarde, el encausado Abner Cueva Showing aprovechando que la madre de la menor agraviada estaba ocupada atendiendo en la parte delantera de su vivienda, donde tiene un negocio, y la menor estaba orinando a unos diez metros del lugar, procedió a tomarla del cuerpo, tapanle la boca y luego introdujo el dedo medio de su mano derecha en la cavidad anal produciendo lesiones a la menor agraviada identificada con iniciales A.R.V.A. descritas en el certificado médico legal que se le practicó.

III.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Tercero: Debe hacerse mención que el recurso de nulidad constituye un recurso ordinario en el modelo procesal vigente por el Código de Procedimientos Penales, por el cual el Tribunal Supremo se debe pronunciar a efectos de determinar si la sentencia recurrida adolece de vicio o error; estando en la facultad de revisar, anular y/o revocar lo decidido por la Sala Superior, teniendo incluso la facultad de examinar nuevamente las cuestiones fácticas y jurídicas. Siendo así, en el caso concreto si bien se advierte que la Sala Superior para los efectos de emitir sentencia, tiene la facultad de realizar un pronunciamiento sobre hechos y derecho; por lo que, estando que en el caso concreto se ha efectuado un análisis que evidencia falta de motivación; empero, considerando que de los medios probatorios acopiados se puede establecer la responsabilidad penal del encausado -conforme se desarrollará a continuación-, razón por la cual resulta innecesario que se declare la nulidad de la sentencia, dado que ello generaría una dilación del proceso en perjuicio de las partes procesales.

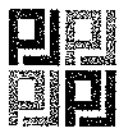
Cuarto: Es evidente que los delitos contra la libertad sexual, en la gran mayoría de casos, se ejecutan en la clandestinidad, por lo cual queda habilitada la



declaración de la víctima para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, pues en muchas ocasiones no se puede disponer de otras pruebas para acreditar la responsabilidad penal de los imputados, por cuya razón para los efectos de considerarla suficiente prueba de cargo debe cumplir con las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, como son: i) *ausencia de incredibilidad subjetiva*, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; ii) *verosimilitud*, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo; iii) *persistencia en la incriminación*, ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad.

III.- MATERIALIDAD DEL DELITO INCRIMINADO.

Quinto: Cabe señalar previamente que la materialidad del ilícito penal quedó acreditada con el Certificado Médico Legal N° 418-DCLS -fojas veinticuatro- que describe en región anal: "(...) *esfínter hipotónico, borramiento y asimetría de pliegues anales entre horas XII y III por tumefacción así como equimosis rojo vinosa ubicado a horas I, de 1,4 cm x 0,1 cm de extremos lineales, que se proyecta desde 05 mm por fuera de línea dentada hasta pliegues anales a horas I, de bordes poco regulares y congestivos, sin sangrado activo, con tumefacción y equimosis perilesional, que abarca piel*", concluyendo que la menor agraviada presenta signos de acto contranatura reciente, el mismo que fue ratificado a nivel de instrucción, conforme se advierte del Acta de ratificación -fojas ciento sesenta y seis- y el protocolo de pericia psicológica N° 000464-2012-PSC -fojas trescientos treinta y ocho- que luego de evaluar a la menor agraviada concluyó que presenta indicadores emocionales asociado con estresor de tipo sexual, requiriendo tratamiento psicológico.

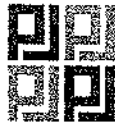


IV.- RESPONSABILIDAD PENAL DEL ENCAUSADO ABNER CUEVA SHOWING.

Sexto: Que, respecto a la responsabilidad penal del encausado Cueva Showing, tenemos como prueba primordial la declaración de la menor agraviada, la misma que ha sido clara en sostener en su referencial brindada a nivel policial con presencia fiscal -fojas diez- que el referido encausado la ultrajó sexualmente cuando orinaba, describiendo la forma y modo en que se perpetró el hecho. Al respecto, se deben resaltar dos circunstancias que son cuestionadas por el encausado: **i)** Que, la Sala Superior lo condenó por haber introducido su pene a la menor agraviada, en mérito a la versión de la misma; advirtiéndose además que la acusación fiscal en su descripción fáctica, señala que el encausado introdujo su dedo en el ano a la menor; y, **ii)** Que la versión de la menor agraviada es contradictoria a la vertida por su madre, quien afirmó que la referida menor le contó que fue un sapo quien le mordió su "potito".

Sétimo: Sobre las circunstancias antes descritas se debe considerar que la menor agraviada en su versión antes señalada ha sido enfática en sostener la forma y modo en que el encausado la ultrajó sexualmente vía anal. En ese sentido, debe precisarse que si bien dicha menor ha sostenido que se trató de la introducción del pene; también lo es que se debe considerar el contexto en que se perpetró el hecho, pues dada su corta edad (cinco años a la fecha de perpetrado el hecho), aun cuando ésta ha evidenciado saber diferenciar los órganos sexuales femeninos y masculinos, conforme a una de las preguntas formuladas en su declaración, es cierto también que la escena en que se perpetró el hecho fue cuando ésta orinaba, e incluso observó al encausado orinando, por lo que justamente al ser vejada por éste, y teniendo conocimiento de lo que es "pene", "vagina" y "ano", tuvo la percepción que lo que introdujo el encausado en su ano fue el pene.

Octavo: Debe tenerse presente, que ello además se encuentra corroborado por la propia versión del encausado, quien aun cuando intenta justificar su accionar, durante el proceso ha afirmado que lo que le introdujo a la menor en el ano fue el dedo; y aquí inician sus contradicciones, pues a nivel policial con presencia fiscal -fojas ocho- dijo textualmente: "Que, no la he violado



sexualmente a dicha menor, pero sí le he introducido el dedo índice derecho a su recto, no entiendo porque la niña dice eso"; y, a otra pregunta responde: "(...) me fui hacia el baño (...) y me percaté que la niña estaba tras mío miccionando dentro del baño de varones, entonces en un momento dado cuando terminé de orinar me fui hacia ella que estaba sentada en el piso y le introduje parte de mi dedo índice derecho en su recto y lo hice solo una vez (...)". Sin embargo, en su declaración instructiva, intentó justificar y minimizar su accionar aduciendo que la menor "se le pegaba", señalando: "(...) al momento que me fui a orinar la menor me siguió al baño y se puso a orinar, yo la había estado botando (...) yo le di una palmada en las nalgas con fuerza y se me fue la mano porque muy fuerte le golpee"; asimismo, otra justificación que resalta en todo momento el encausado es su estado de ebriedad, aduciendo que no se daba cuenta; sin embargo, ello queda desvirtuado al describir los hechos.

Noveno: Es de precisar que en lo concreto del relato, aunque con ciertos matices, coincide con lo vertido por la menor agraviada y el encausado, pues la escena se concretiza en que el encausado fue a miccionar al baño, donde también estuvo la menor agraviada miccionando, circunstancias en la que dicho encausado la ultrajó sexualmente, toda vez que la figura delictiva de la violación sexual no sólo prevé que la conducta desplegada sea la introducción del pene, pues la norma prevé como supuesto "otro análogo", pues lo que se verifica de lo descrito por la menor no reviste propiamente una intención de faltar a la verdad o exagerar el contexto de lo acaecido, máxime si no se logró establecer que ésta o los familiares de la misma tengan un ánimo espurio contra el encausado; por el contrario, coinciden en sostener que lo recibían como miembro más de la familia.

Décimo: Contrario a ello, quien pretende minimizar su conducta es el propio encausado, y por ello aceptó haber introducido el dedo a la menor, para luego decir que lo hizo accidentalmente como consecuencia de una nalgada, lo cual no resulta creíble, menos aún existe justificación alguna para que en su condición de adulto, tenga que dar una nalgada a una niña de cinco años de edad, y que ello genere lesiones a su integridad sexual; con lo que se acredita que la conducta que éste desplegó fue con ánimo doloso, lo cual incluso se determina con las conclusiones del certificado médico legal (descrito en los considerandos precedentes).



Décimo Primero: Ahora bien, respecto a las contradicciones entre lo declarado por la menor agraviada y su madre, se advierte que éstas no son tal; en tanto, la madre de la menor agraviada al momento de brindar sus declaraciones durante el proceso se limitó a reseñar lo que su menor hija le comunicó cuando la observó en su cama llorando, el día del evento delictivo; e incluso ésta tiene una visión de las razones por las que inicialmente la menor para tratar de ocultar lo sucedido le dice que "un sapo le mordió su potito", lo cual ha sido explicado por la propia testigo. En efecto, Karen Juliana Alvitrez Coris, en su manifestación policial -fojas cinco- dijo que al observar a su hija llorando y preguntarle lo que sucedía, ésta le contó que un sapo le había lastimado el recto, historia que no le creyó y al persistir en que cuente la verdad, pues observó sangre en su trusa, la menor manifestó que el encausado le había introducido su pene en el ano. Debe precisarse que dicha declaración primigenia no contó con la presencia del representante del Ministerio Público; sin embargo, la misma guarda similitud con lo vertido en su declaración testimonial -fojas ciento seis- donde nuevamente narró lo descrito por su menor hija, y responde las razones por las que la menor expresó la historia del "sapo", y es que la testigo sostuvo que en una oportunidad cuando estaba con su período menstrual, fue al baño y al sentarse en el inodoro vio un sapo debajo, se asustó, brincó y como la menor estaba cerca del baño y vio la toalla higiénica con un poco de sangre pensó que le había mordido el sapo y que por ello sangraba, es así que la testigo expresa su creencia de que la menor le contó esa historia al inicio para ocultar lo sucedido.

Décimo Segundo: Siendo así, la versión de la menor agraviada en contraste con la versión de su progenitora, no verifican contradicciones, en tanto esta última sólo reseñó la manera en que su menor hija le contó lo sucedido, quien finalmente ante la insistencia de ésta le dijo que fue el encausado quien la ultrajó sexualmente; razón por la cual pese a que la menor agraviada no ha concurrido a ratificar su versión inculpativa contra el encausado, ello es en mérito a que estamos ante una víctima que a la fecha de perpetrado el hecho contaba con cinco años de edad, no resultando conveniente revictimizarla, máxime si se consideran las conclusiones a las que arribó el protocolo de pericia psicológica -fojas trescientos treinta y ocho- que aunque el relato vertido no tenga el carácter propiamente de declaración, se verifica que en la

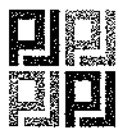


segunda evaluación describe los hechos que coinciden con sus declaración; en consecuencia, en el presente caso se cumple con las garantías de certeza como son verosimilitud y ausencia de incredibilidad subjetiva, establecidos en el Acuerdo Plenario número cero dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, por lo que este Supremo Tribunal considera que se desvirtuó la presunción de inocencia con la cual ingreso al escenario el encausado Cueva Showing.

V.- EN CUANTO A LA CADENA PERPETUA.

Décimo Tercero: Es de señalar que el Capítulo V, Título II, del Código de Ejecución Penal, estableció el procedimiento de revisión de la cadena perpetua, transcurridos treinta y cinco años de privación efectiva de la libertad, quedando claro que ello fue con la finalidad de hacerla compatible con el principio resocializador de la pena, previsto en el artículo ciento treinta y nueve, inciso vigésimo segundo, de la Constitución Política del Estado; así como también, con los principios de dignidad de la persona y de libertad, por ello, la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe la retribución por sí misma, en razón que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal se sitúa en la línea de las teorías preventivas modernas y postula que se tiene que atender a la probable resocialización del penado y su reinserción a la sociedad; por consiguiente, la pena debe reflejar la aplicación del principio de proporcionalidad que prevé el artículo VIII del Título Preliminar del citado texto penal, que es el principal estándar que debe considerar el Juez para determinar una pena concreta.

Décimo cuarto: El principio de proporcionalidad o de exceso es limitador del "ius puniendi" para evitar que las medidas punitivas impuestas sean un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. No basta que la pena sea el resultado de un proceso debido, pues dada su naturaleza innegable de carácter aflictivo debe ser adecuada a los fines preventivos de la pena, por ello se acude al principio de proporcionalidad como vía indispensable para alcanzar una ponderación adecuada. En este



sentido, nuestro ordenamiento jurídico penal para determinar e individualizar la pena exige tener en consideración los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; siendo que en el primero, se prevén las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende, mientras que en el segundo, se contempla los factores de medición o graduación de la pena, a los que se recurre ateniendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad.

Décimo quinto: En el presente caso, el Tribunal de Instancia impuso al encausado Cueva Showing cadena perpetua, pero debe reconocerse el carácter resocializador de la pena, por lo que aun cuando por ley el órgano jurisdiccional está facultado de aplicar en extremo una sanción acorde con la magnitud del evento ocurrido, mas cuando los bienes jurídicos conculcados de las personas afectadas son en primer orden el que más se preserva, como es el bien jurídico la indemnidad sexual, pues el daño ocasionado a menores agravados es irreparable; sin embargo, también se debe considerar que el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. En ese sentido, si bien la pena de cadena perpetua es aquella con la que se sanciona el delito de violación sexual comprendido en el artículo ciento setenta y tres, primer párrafo del Código Penal, supuesto en el cual se subsumió la conducta delictiva; sin embargo, se debe considerar que el Tribunal A quem para los efectos de ponderar la sanción a imponer al encausado Cueva Showing, no tuvo en cuenta sus condiciones personales, su condición de primario y su escaso nivel cultural-económico, ya que si bien concluyó estudios secundarios, se trata de una persona de escasos recursos económicos, motivo por el cual deberá rebajarse prudencialmente la pena impuesta. En lo referente a la reparación civil se encuentra en función de la consecuencia directa y necesaria que el delito generó en la víctima.

Décimo sexto: De otro lado, el voto en mayoría de los integrantes del Tribunal Supremo es porque que la pena sea veinte años de privativa de libertad,



mientras que el voto en minoría es porque se imponga quince años de pena privativa de libertad, es decir, como los miembros de esta Instancia Suprema han disentido respecto a la pena a imponerse, se deberá aplicar la regla que prevé el artículo doscientos ochenta y dos Procedimientos Penales, que señala "(...) Cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continúa la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que votó el miembro del Tribunal en disentimiento, con los que votaron por pena superior o inferior"; por consiguiente, volviéndose a discutir sobre la rebaja prudencial de la pena, se impone diecisiete años de pena privativa de libertad. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticinco de mayo de dos mil catorce -fojas quinientos dieciséis- que condenó a Abner Cueva Showing como autor del delito contra la Libertad Sexual – violación sexual de menor, en agravio de la menor de iniciales N.A.R.V.A.; **HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que le impuso cadena perpetua; y, **REFORMÁNDOLA: IMPUSIERON** diecisiete años de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el tres de setiembre de dos mil doce, vencerá el dos de setiembre de dos mil veintinueve; con lo demás que contiene y los devolvieron.-

S.S

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

PP/rmmv

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

22 OCT 2015