

Lima, veintitrés de octubre de dos mil trece.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Fernando Erick Ferreyra Tipiani y Alcides Manuel García Díaz, y la Parte Civil, contra la sentencia de folios dos mil doscientos treinta y nueve, del quince de setiembre de dos mil doce; y de conformidad con el dictamen en parte del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, vienen los recursos de nulidad:

- a) Del encausado **ALCIDES MANUEL GARCIA DIAZ**, en su recurso formalizado a fojas dos mil trescientos cincuenta y ocho, argumenta que la recurrida contiene errores, no se ajusta a la verdad que los padres del agraviado lo hayan reconocido fotográficamente en acta obrante en autos, se valora la testimonial de los padres del menor sobre presunta violación sexual, pero no sobre chantaje; no se ha valorado las pruebas ofrecidas por su defensa, ni el protocolo de necropsia, tampoco la testimonial de Hugo César Solórzano Mendoza que no certifica violación, ni la testimonial de Lucy Revoredo Loli que descalifica la violación; no se valora que el agraviado ha presentado un escrito en el que señala haber sido vejado en su adolescencia; que además los padres del agraviado no han declarado con la verdad, y que no se ha valorado la pericia practicada por el psicólogo Efraín Prada Asuero, ni de

la psicóloga María Del Carmen Marín, que sostienen personalidad normal del recurrente.

b) Del encausado **FERNANDO ERICK FERREYRA TIPIANI**, en su recurso de fojas dos mil trescientos sesenta y nueve, sostiene que solo obra en autos la sindicación de los padres del menor, no existiendo una valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en autos, como lo señalado por el médico César Hugo Solórzano que en su testimonial afirmó no haber encontrado signos de violación reciente, contradiciendo lo manifestado por los padres del agraviado, no siendo asimismo uniformes las declaraciones de la hermana Lourdes Nohely Ramírez Cabrera; agrega que tampoco se le ha dado validez a lo referido por la psicóloga Lucy Revoredo Loli, quien refirió que el menor contó que su profesor de Matemáticas no le hizo nada porque se escapó, menos se ha comprobado que del correo "Picollo_Cuore@hotmail.com" se habría escrito y enviado las proposiciones obscenas al agraviado, y que el correo "Micky_19_44@hotmail.com" no le pertenece; finalmente, señala que la pericia realizada en autos no prueba que la persona desnuda que aparece en la foto sea el recurrente.

c) De la **PARTE CIVIL**, en su recurso de fojas dos mil trescientos setenta y siete, señala que el monto por concepto de reparación civil no es proporcional a la magnitud y el daño ocasionado, más aún si se trata de la indemnidad sexual de un niño. Asimismo, respecto a la absolución, sostiene que no se ha valorado debidamente las razones lógicas que llevaron al menor a suicidarse, siendo claro del estudio de autos que el móvil fue el chantaje sistemático de una red de personas que

utilizando la tecnología se dedicaban a captar menores con fines delictivos, y que ello se corroboraría con las testimoniales de amigos del menor y que fueron brindadas en autos, quienes afirman que éste ofrecía sus bienes a fin de obtener dinero.

SEGUNDO: Que, según la acusación fiscal de fojas mil doscientos doce, se imputa a los procesados Fernando Erick Ferreyra Tipiani y Alcides Manuel García Díaz ser autores del delito de chantaje y violación sexual de menor de edad, además al primero, por el delito de pornografía infantil -que se desvinculó por el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas-, dado que, entre los años dos mil cuatro y dos mil cinco, cuando el agraviado contaba entre diez y menos de catorce años de edad, ambos encausados, indistintamente tuvieron acceso carnal por vía anal y bucal con el agraviado identificado con las iniciales K.A.R.C., en sus respectivos domicilios, ubicados en Calle Dos de Mayo Número trescientos treinta y tres y Asociación de Vivienda Las Arenas B-cero dos, de la ciudad de Ica, a donde los agentes lo llevaron con engaños, el primero para enseñarle matemáticas y el segundo para mostrarle su biblioteca; posteriormente, ambos haciéndole saber al agraviado que se disponían a publicar o revelar su presunta homosexualidad que lo perjudicaría, trataron de intimidarlo y a comprar su silencio, enviando persistentes imágenes y mensajes pornográficos a su lap top, originando que el menor agraviado en su desesperación, el quince de junio de dos mil nueve al no conseguir dinero optó por suicidarse en su domicilio, quejándose en su escrito de no haber sido "defendido" por su padres. Además, el inculpado Fernando Erick Ferreyra Tipiani exhibió y ofreció al menor a través de la Internet

fotografías obscenas, que se ubicó en los archivos de la lap top del menor, imágenes eliminadas, entre ellas siete imágenes pornográficas, cuatro de un menor de edad y tres del citado procesado.

TERCERO: Que, respecto al delito de violación sexual de menor de edad, la responsabilidad penal de los encausados se encuentra debidamente demostrada con los siguientes indicadores: **a)** con la propia declaración del acusado Fernando Erick Ferreyra Tipiani, quien en su declaración preliminar de fojas veintiocho, aceptó haber conocido al menor por intermedio de su co acusado Alcides Manuel García Díaz conocido como "Jhon", o "Colorado", quien se lo ofreció "como objeto sexual", indicándoles sus rasgos físicos y precisándole que el menor tenía doce años de edad, y que "era pasivo", asimismo, refirió que éste entendía que el menor " estaba apto para mantener relaciones", pero que al tener la misma opción "pasivo", no llegaron a ningún acuerdo –entiéndase que el "acuerdo" a que hace referencia este acusado es el de mantener relaciones sexuales–; agrega, que su co-acusado intercambiaba jóvenes por jóvenes y niños por niñas, de los Colegios de Ica, dentro de ellos el San Vicente, donde enseñaba danzas, por lo que indagando por esos alumnos llegó a conocer al agraviado; **b)** con el protocolo de necropsia de fojas ciento nueve, que consigna: "*ano: infundibuliforme, hipotónico y con borramiento parcial de pliegues anales en horas VIII AXY de II a IV*", y concluye señalando "*signos de actos contra natura antiguo*"; **c)** con la nota dejada por el menor antes de suicidarse a fojas ciento veinte, mediante la cual le dice a su padre "*nunca me defendiste de esos hombres que me hicieron mucho daño...*", y la testimonial de su progenitor Fabián

Fermín Ramírez Pallín de fojas doce, quien señaló que para evitar perjuicio emocional del menor no presentó denuncia cuando aquél le hizo saber de tales vejámenes sexuales, y que conocía el acoso por correo personal, de imágenes y mensajes obscenos de las que era objeto su menor hijo; **d)** con la declaración de la madre del menor Flor Andrea Cabrera Jara, de fojas veinte, continuada a fojas veintitrés y ampliada a fojas veinticinco, manifestó que cuando su hijo de doce años, le contó que por internet Fernando Erick Ferreyra Tipiani, le dijo que era profesor de matemáticas y que fuera a su casa, y que al llegar a su casa le bajó la trusa y le practicó sexo oral, y que éste le dijo que su amigo "Jhon" tenía una biblioteca en la Urbanización Santa María y que una vez lo llevó a ese lugar en una moto roja, le bajó el pantalón, pero no terminó de contarle porque empezó a llorar; **e)** que si bien, el acusado Alcides Manuel García Díaz niega su participación, sin embargo, reconoce haber radicado en el inmueble que el menor indicó a sus padres donde sufrió el vejamen sexual, y acepta haber adquirido una motocicleta lineal que primero era de color celeste y que luego la pintó de color rojo –manifestación realizada a nivel policial y a nivel de juzgado–. Por lo que, siendo ello así, resulta aplicable al caso el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco/CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, cuando estableció las circunstancias que han de valorarse en las declaraciones de coimputados, testigo y agraviado: *"ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, en cuanto a lo último, que debe observarse coherencia y solidez del relato y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia*

de sus afirmaciones en el curso del proceso" ¹; asimismo, resulta pertinente citar la siguiente Ejecutora vinculante²: "(...)el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones – que el Tribunal deba precisar cumplidamente –, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se halla sometido en tal acto o contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad- (...)"; fundamentos que incluso fueron recogidos en el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil once / CJ guión ciento dieciséis; coligiendo de ello, que el Tribunal Superior otorgó mayor credibilidad a declaraciones primigenias por la inmediatez con las que se actuaron, porque contaron con la presencia del representante del Ministerio Público; quedando así desvirtuada la presunción de inocencia que les asistía a los citados acusados, siendo los demás argumentos invocados con la intención de evadir sus responsabilidades en el delito incriminado.

CUARTO: Que, respecto al delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, atribuido al acusado Fernando Erick Ferreyra Tipiani, se tiene los siguientes medios probatorios: **a)** Con la declaración de Martín Sandro Alfaro Grados de fojas setecientos veinticuatro, quien se desempeñaba como técnico en computación y prestó servicios de soporte técnico al padre del menor agraviado, manifestando que al revisar la laptop de su hijo, logró visualizar los archivos y

¹ Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del 30 de setiembre de 2005.

² R.N. N° 3044-2004 Lima. Sala Penal Permanente. *Precedentes Vinculantes en Materia Penal*. Editorial Reforma. Pág. 27.

carpetas eliminadas más o menos en un total de siete mil seiscientos dieciséis archivos contenidos en setenta y siete carpetas, en las que se observaba dos fotografías de un adulto desnudo y que fueron recepcionadas por el menor, así como cinco fotos de un menor de edad; **b)** que parte de dichos archivos obran en fotocopia a fojas ciento sesenta y tres a ciento sesenta y cinco, y de fojas doscientos diecinueve a doscientos veintiuno; **c)** del parte pericial de fojas doscientos setenta y nueve e informe técnico pericial facial forense biometría descriptiva de folios trescientos treinta, concluyen que luego de haberse realizado el estudio descriptivo comparativo de homologación de fotografías impresas con el certificado de RENIEC, que las fotografías incriminadas corresponden a la imagen del encausado en evaluación. Evidenciándose de autos, que la prueba de cargo contra el acusado Ferreyra Tipiani por los hechos incriminados está debidamente probada.

QUINTO: Que en cuanto al delito de Chantaje, imputado a los acusados Ferreyra Tipiani y García Díaz, se advierte que el Colegiado Superior absolvió a los citados, en cuanto a los siguientes medios probatorios: **a)** Diversas fotografías pornográficas encontradas en la lap top del menor agraviado, dentro de las cuales habían dos pertenecientes al acusado Ferreyra Tipiani desnudo; **b)** la testimonial de la progenitora del agraviado, a fojas veintitrés, quien señaló que un mes antes que falleciera su hijo, éste le había enseñado los mensajes amenazadores que le habría enviado el acusado Ferreyra Tipiani, en las que le señalaba que contaría a sus amistades sobre su homosexualidad; **c)** la declaración de Martín Sandro Alfaro Grados, de fojas

setecientos veinticuatro, en la que manifestó haber recuperado conversaciones, en las que se observaba que extorsionaban al menor, asimismo, agregó que en la papelería de reciclaje encontró cinco fotos, entre ellas una foto de un adulto desnudo y un menor manipulando su miembro viril; **d)** la testimonial de Walter Jesús Collado Aróstegui –enamorado de la hermana del menor–, a fojas cuarenta y cinco, quien refirió que el menor le ofreció tres veces en venta sus bienes, y que le llamó más la atención cuando le ofreció su televisor plasma; precisando a nivel de juzgado, a fojas ochocientos setenta y dos, que el menor además le ofreció la venta de los parlantes de su equipo, y que no pudo comprarlos porque no le alcanzaba el dinero, y ante ello el menor había quedado triste; **e)** la declaración a nivel policial de folios quince, y ampliatoria de folios dieciocho, de Fabián Fermín Ramírez Pallín, quien señaló que el menor en una oportunidad le solicitó la suma de veinticinco mil dólares americanos, pero que pensó que era una broma. Pruebas que debieron ser analizadas y valoradas en su conjunto por el Tribunal Superior.

SEXTO: Que, así las cosas, de lo antes expuesto, no hace más que evidenciar que la venida en grado, en cuanto al extremo absolutorio por el delito de chantaje, incurrió en una clara infracción a la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales, lo cual constituye un vicio que acarrea su nulidad en aplicación del inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales; por lo que, en concordancia con el segundo párrafo del artículo trescientos uno del Código en referencia, se deberá llevar a cabo un nuevo juicio oral, debiéndose tomar en cuenta lo señalado en el considerando precedente, así

como, se realicen las diligencias que resulten necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos.

SÉTIMO: Que, finalmente, respecto a la reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal -civil y penal- protege el bien jurídico en su totalidad así como a la víctima, y debe guardar proporción con la consecuencia producida, sin que en la concreción de su monto deba advertirse las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que ésta se orienta a reparar e indemnizar al agraviado por el daño generado por la conducta del responsable; que en ese sentido se advierte que el monto por concepto de reparación civil no ha sido fijado prudencialmente por la Sala Superior Penal y en forma proporcional con la magnitud del daño causado -véase fojas mil doscientos doce-, por lo que es del caso incrementarlo prudencialmente.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: declararon **I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil doscientos treinta y nueve, del quince de setiembre de dos mil doce, en el extremo que **condenó** a Fernando Erick Ferreyra Tipiani y Alcides Manuel García Díaz como autores del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de **violación sexual de menor de edad**; y además al primero de los nombrados por el delito de **Exhibiciones y Publicaciones obscenas**, en agravio del menor identificado con las iniciales K.A.R.C., a veinticinco y veintidós años de pena privativa de la libertad, respectivamente, con lo demás que al respecto contiene. **II. HABER NULIDAD** en la misma

sentencia en el extremo que fijó en cinco mil y cuatro mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar Fernando Erick Ferreyra Tipiani y Alcides Manuel García Díaz respectivamente, a favor de los herederos legales del agraviado; y **reformándola** les impusieron el monto de seis mil nuevos soles por dicho concepto a cada uno de los citados sentenciados, y que deberán abonar a favor de los herederos legales del agraviado.

III. NULA la misma sentencia en el extremo que absolvió a Fernando Erick Ferreyra Tipiani y Alcides Manuel García Díaz, como autores del delito de **Chantaje** en agravio del menor identificado con las iniciales K.A.R.C.; con lo demás que al respecto contiene; en consecuencia: **MANDARON** que otro Colegiado se avoque a la causa, y efectúe el juzgamiento y emita sentencia respecto a este extremo, teniendo en cuenta el quinto y sexto considerando de la presente Ejecutoria; y los devolvieron.-

S.S

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

VS/wcc

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

16 MAY 2014