

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. Nº1411-2012**

**JUNIN**

**-1-**

Lima, seis de agosto de dos mil doce.-

**VISTOS;** interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado José Tello Moscoso contra la sentencia de fojas doscientos treinta, del veintiséis de enero de dos mil doce; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el encausado JOSE TELLO MOSCOSO en su recurso formalizado de fojas doscientos cincuenta y cinco alega que no se valoró debidamente las pruebas como: a) el certificado médico legal que concluyó ausencia de capacidad eréctil (disfunción sexual), con lo cual se pone en evidencia que sólo frotó su miembro viril en el ano de la agraviada identificada con las iniciales P.Z.B.S. y por tanto debió ser condenado por el delito de actos contra el pudor, b) que por la minoría de edad de la citada agraviada no se pudo haber producido la introducción del pene del citado encausado en la cavidad anal de la víctima, c) que Mary Yoly Zegarra Barzola, madre de la víctima refirió que ésta también había sido violada por otros sujetos como "el de la moto azul" y d) que la agraviada en los protocolos de pericia psicológica incurrió en contradicciones e hizo referencia de hechos no manifestados en su declaración preliminar. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas ciento sesenta y uno, se incrimina al acusado José Tello Moscoso, haber abusado sexualmente de la menor agraviada identificada con las iniciales P.Z.B.S., el diecisiete de setiembre de dos mil diez, aproximadamente a las dieciocho horas, en circunstancias que la menor acudió al establecimiento comercial de venta de DVDs, CDs y gas, de propiedad del citado acusado, ubicado en la calle Julián Ñaupari s/n del Distrito de Mazamari; hecho que aprovechó el referido acusado para invitar a la menor agraviada a pasar a la habitación continua, siendo ésta

## SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº1411-2012

JUNIN

-2-

utilizada como dormitorio, para quitarle sus prendas hasta dejarla desnuda y echarla sobre la cama, para luego el acusado bajar su pantalón y prenda íntima e introducirle el dedo en la vagina y empezar a realizar frotamientos en la vagina de la menor agraviada y ponerse encima de ella e introducirle su pene por el ano; siendo que ante el dolor la menor agraviada gritó por lo que el acusado la soltó y la dejó ir, dándole la suma de cuatro nuevos soles como propina e indicó que no contara nada de lo sucedido, porque si no la iban a llevar a la cárcel. **Tercero:** Que se encuentra acreditada la culpabilidad del encausado José Tello Moscoso en la comisión del delito contra la Libertad – violación sexual de menor de edad, tipificado en el inciso uno del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor identificada con las iniciales P.Z.B.S., quién a la fecha de los hechos tenía ocho años y dos meses de edad, aproximadamente, conforme se acredita con la partida de nacimiento de fojas quince en la que se consigna que nació el veinticuatro de junio de dos mil dos; con las declaraciones de la citada agraviada quien en su declaración referencial de fojas diez, reconoció al encausado Tello Moscoso como la persona que la ultrajó sexualmente y narró con detalles como acontecieron los hechos, pues refirió que el diecisiete de setiembre de dos mil diez fue sola a la tienda del citado encausado a quien conoce como "abuelo" porque siempre éste le daba dinero, que lo encontró viendo televisión en su cuarto y la hizo pasar, que le dijo que se eche en su cama, donde había otra niña que no conoce, que les sacó a ambas sus prendas de vestir y también éste se quitó su pantalón y calzoncillo, en esos momentos se echó primero encima de la otra niña, que después éste le metió a la agraviada identificada con las iniciales P.Z.B.S. el dedo en su vagina y luego la volteó y se puso encima de ella y la penetró por el ano, por lo que sintió mucho dolor, siendo que el "abuelo" le alcanzó una toalla

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. Nº1411-2012**

**JUNIN**

**-3-**

verde para que se limpiara su vagina, posteriormente le dio cuatro nuevos soles manifestándole que no contara a nadie lo sucedido, versión que fue ratificada en su declaración preventiva de fojas noventa y seis y que se corrobora con: a) el acta de inspección técnico policial de fojas diecinueve, realizada el dieciocho de setiembre de dos mil diez, en la que se consignó que se halló papel higiénico debajo de la cama y una toalla verde, que por referencia de la menor agraviada habían sido utilizados por el citado encausado el día de los hechos; b) el acta de reconocimiento de fojas dieciocho realizada en presencia del fiscal, en la que la víctima reconoció al encausado Tello Moscoso como la persona que la ultrajó sexualmente; c) la manifestación de Mary Yoly Zegarra Barzola, madre de la agraviada de fojas ocho, quién indicó que su hija -la víctima-le dijo que el "abuelito" que vende CDs y DVDs le había dado dinero por subirse a su cama sin ropa; por lo que denunció inmediatamente los hechos conforme se acredita con el atestado policial de fojas uno; d) el certificado médico legal de fojas trece que concluyó que la menor agraviada identificada con las iniciales P.Z.B.S. presentaba no desfloración y signos de acto contranatura reciente; e) el informe psicológico de fojas setenta y cinco que consignó que la citada agraviada presentaba estrés post traumático compatible con la violencia sexual vivida; f) el informe médico de fojas setenta y ocho que concluyó que la referida agraviada se encontraba en situación de alto riesgo; y g) el protocolo de pericia psicológica de fojas ciento diez, que concluyó que la citada víctima presentaba reacción ansiosa compatible a nivel psicosexual. **Cuarto:** Que aunado a ello, se tiene la declaración primigenia del encausado Tello Moscoso de fojas seis, realizada con presencia del fiscal, en la que narró con detalle como sucedieron los hechos, pues indicó que le sacó la totalidad de las prendas de vestir a la menor agraviada identificada con las iniciales P.Z.B.S., que la

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. N°1411-2012****JUNIN****-4-**

recostó en su cama y le empezó a tocar sus partes íntimas, que después sacó su miembro viril y la penetró analmente por cinco minutos aproximadamente, que al ver que sintió dolor la soltó y antes de que se vaya le dio la suma de cuatro nuevos soles; que si bien posteriormente contradijo dicha versión primigenia en la continuación de declaración judicial de fojas treinta y seis y su declaración rendida en sede plenarial de fojas doscientos diez, indicando que dio la citada versión debido a que los efectivos policiales le dijeron que se culpaba para poder ayudarlo, pues sólo manoseó a la referida menor; sin embargo, dichas versiones resultan poco creíbles, además no fueron corroboradas con material probatorio alguno, por el contrario, se advierte que lo que busca es evadir su responsabilidad penal en lo hechos imputados; que más aún se tiene el protocolo de pericia psicológica de fojas cientos treinta y cuatro, que concluyó que el encausado Tello Moscoso presenta personalidad con rasgos inmaduros, histriónicos y disociales, el mismo que al ser ratificado en sede plenarial a fojas ciento noventa y nueve, la perito psicóloga Violeta Reyes Miranda refirió que el citado encausado buscaba justificar su relato, que era inmaduro, con tendencia a la victimización y manipulación; que, por otro lado, si bien obra en autos, el certificado médico legal de fojas sesenta y seis, que concluye que la capacidad eréctil del referido encausado es de ausente (disfunción sexual), también es cierto que dicho examen fue realizado el veinticinco de enero de dos mil once, es decir cuatro meses después de suscitados los hechos; asimismo, si bien se advierten algunas incoherencias en el relato fáctico de la víctima en los informes psicológicos citados en el fundamento jurídico precedente, debe ser tomado con las reservas del caso, pues fueron realizadas sin presencia del representante del Ministerio Público, debiéndose tener en cuenta además la minoría de edad de la agraviada identificada con las iniciales

## SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº1411-2012

JUNIN

-5-

P.Z.B.S. a la fecha de ocurridos los hechos, por lo que no se le puede exigir total coherencia y uniformidad. **Quinto:** Que si bien el encausado niega los cargos, lo acotado en los considerandos jurídicos precedentes, permiten concluir que es culpable del delito imputado, conclusión que se funda en que las pruebas señaladas persuaden finalmente la idoneidad, contundencia y verosimilitud de los descargos que realizó; que la presunción de inocencia que por mandato constitucional le asiste ha quedado desvirtuada con la prueba ya señalada, de cuyo análisis y valoración de manera conjunta e individualizada se concluye que existen suficientes elementos de prueba, tanto directos como indiciarios, que de manera coherente y uniforme, sustentan el fallo condenatorio. **Sexto:** Que la pena a imponerse debe ser coherente a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad fijados en los artículos dos, cuatro, cinco, siete y ocho del Título Preliminar del Código Penal y a los criterios y circunstancias contenidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del mismo cuerpo legal, ello teniendo en cuenta las circunstancias del hecho –que el encausado Tello Moscoso ultrajó sexualmente a la menor agraviada identificada con las iniciales P.Z.B.S., la naturaleza del delito, el grado de participación –autor del delito contra la libertad sexual de menor de edad; las consecuencias del evento criminal; que el delito imputado – violación sexual de menor de edad previsto en el inciso uno del artículo ciento setenta y tres del Código Penal concordante con la Ley veintiocho mil setecientos cuatro- establece la pena de cadena perpetua; que no registra antecedentes judiciales conforme se acredita con los certificados de fojas ciento cuarenta y ocho, ciento noventa y cuatro y doscientos cuatro; que existe relativa confesión sincera, por cuanto en su declaración primigenia narró con detalles como sucedieron los hechos; que el encausado aceptó en parte la acusación fiscal, pues

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. N°1411-2012**

**JUNIN**

**-6-**

indicó que no violó a la víctima sino que sólo la manoseo tal como se desprende de la sesión de fojas doscientos nueve; las condiciones personales del agente quién tiene grado de instrucción segundo año de secundaria y de ocupación comerciante y la edad del encausado, quien a la fecha de ocurridos los hechos tenía sesenta y siete años; advirtiéndose por ello, su responsabilidad restringida, establecida en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal que faculta al juzgador a disminuir prudencialmente la pena; y no obstante que el segundo párrafo de la citada norma penal señala que "esta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual...", tal disposición colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica -en puridad, principio y derecho fundamental- prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente que introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato -propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal- fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, por lo que en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el primer párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo; que su aplicación es potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. N°1411-2012**

**JUNIN**

**-7-**

juzgador, y no disposición de carácter vinculante u obligatoria, en tanto en cuanto es de naturaleza facultativa y no forzosa; por lo que, amerita la aplicación de éste beneficio, por tanto, la pena impuesta por el Colegiado Superior resulta acorde a ley; que, de otro lado, la reparación civil fijada responde a la naturaleza del daño causado y a los perjuicios ocasionados por la comisión del delito, por tanto este extremo debe confirmarse por existir la debida correspondencia entre los aspectos señalados, además cabe precisar que la reparación civil no debe estar sujeta a las posibilidades económicas del responsable del delito sino que su horizonte es reparar e indemnizar a la víctima por los daños que su conducta delictiva ocasionó, como es en el presente caso la indemnidad sexual. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos treinta, del veintiséis de enero de dos mil doce, que condenó al encausado JORGE TELLO MOSCOSO como autor del delito contra la libertad – violación sexual de menor en agravio de P.Z.B.S., a veinticinco años de pena privativa de libertad y al pago de tres mil nuevos soles de reparación civil a favor de la citada agraviada y a tratamiento terapéutico; y los devolvieron.-

**S.S.**

**LECAROS CORNEJO.**

PRADO SALDARRIAGA.

BARRIOS ALVARADO.

PRINCIPE TRUJILLO.

VILLA BONILLA.

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

**DINY YURIANIEVA CHAVEZ**  
SECRETARIA (e)  
Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

**10 SET. 2012**