

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-1 -

Lima, dieciocho de marzo de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Jacob Ventura Hernández contra la sentencia de fojas doscientos veinticinco, del veintiocho de abril de dos mil nueve; de conformidad en parte con la señora Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que el encausado Ventura Hernández en su recurso formalizado de fojas doscientos treinta y seis sostiene que no se han actuado pruebas idóneas ni suficientes capaces de acreditar la responsabilidad penal que se le imputa; que la sindicación que realizan sus menores hijas no son uniformes, por lo que debió ser absuelto; que la sentencia venida en grado vulneró las garantías esenciales que rigen el debido proceso porque se le condenó por la consumación del delito de violación sexual en agravio de su menor hija de iniciales C.V.V.M. pese a que fue instruido y acusado por delito de violación sexual de menor en grado de tentativa, en consecuencia, solicita se declare nula dicha sentencia. **Segundo:** Que se atribuye al encausado Jacob Ventura Hernández haber realizado tocamientos indebidos y posteriormente agredido sexualmente a su menor hija identificada con las iniciales Y.V.M., de nueve años de edad, desde el año dos mil cuatro hasta septiembre de dos mil siete, delito que tuvo lugar tanto en su domicilio, ubicado en Santa Rosa del Sector de Nueva Jaén en circunstancias que su madre Percida Mego Olivera se ausentaba, como, en otras oportunidades, en la chacra del Centro Poblado menor de Costa Rica del distrito de Pajarillo de la Provincia Mariscal Cáceres - Juanjui; que, asimismo, se le imputa que bajo las mismas circunstancias realizó tocamientos indebidos a su menor hija de iniciales C.V.V.M. de doce años de edad e intentado ultrajarla sexualmente desde que tenía seis años de edad hasta septiembre de

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-2 -

dos mil siete, cuando ambas menores decidieron contar todo lo sucedido a su madre. **Tercero:** Que en atención a lo expuesto el referido encausado fue instruido y acusado por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales Y.V.M., delito contra la Libertad Sexual -violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio de la menor de iniciales C.V.V.M. y por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor en menor en perjuicio de ambas menores. **Cuarto:** Que, respecto al delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de la menor de iniciales Y.V.M., si bien esta última tanto a nivel preliminar como en sede sumarial indicó que su padre -el encausado Ventura Hernández-, en una oportunidad la ultrajó sexualmente vía anal -fojas nueve y ciento nueve-, dicha aseveración no ha podido ser corroborada, en tanto el Certificado Médico Legal de fojas ciento cincuenta y ocho realizado el doce de diciembre de dos mil ocho, concluyó que presenta "himen integro y no signos de acto contranatura"; que, empero, el encausado a nivel preliminar y en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado defensor refirió que no recuerda muy bien si le introdujo el pene por el ano a dicha menor, pero que en varias oportunidades le frotó su miembro viril en la vagina para luego eyacular, y que no llegó a penetrarla ya que la menor lloraba y no se dejaba -fojas catorce-. **Quinto:** Que, expuestos así los hechos, se estima que si bien la voluntad del encausado Ventura Hernández estaba dirigida a tener acceso carnal con la menor agraviada de iniciales Y.V.M., dicho ilícito no llegó a consumarse y su actuar quedó en grado de tentativa, conclusión que resulta compatible con los resultados del Informe Pericial Psicológico de fojas ciento sesenta y cuatro, del catorce de octubre de dos mil ocho, que concluye que la citada niña presenta "indicadores emocionales de

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-3 -

depresión moderada, abuso psicológico y abuso sexual": que, en consecuencia, la conducta ilícita desplegada por éste debe adecuarse al delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en grado de tentativa, previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y tres, inciso uno del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis, complementado con el artículo dieciséis del citado cuerpo normativo; que con esta adecuación de la conducta del acusado no se vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa, dado que los hechos permanecen inmutables, existe identidad en el bien jurídico tutelado -indemnidad sexual- y coherencia entre los elementos tácticos y jurídicos del tipo penal materia de condena; que, además debe señalarse que tampoco se afecta el derecho de defensa, en tanto el encausado fue instruido y acusado por un delito consumado -violación sexual de menor- habiendo tenido la oportunidad de ejercer a plenitud todos los mecanismos legales y procesales que convinieron a su posición; que, por lo demás, la degradación de los hechos acusados como consecuencia de la actividad probatoria no importa una alteración esencial de los hechos acusados ni hace incurrir en indefensión al imputado. **Sexto:** Que en relación al delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en grado de tentativa en agravio de la menor de iniciales C.V.V.M., se observa que ésta última tanto a nivel preliminar como sumarial sindicó a su progenitor -el encausado Ventura Hernández- como la persona que en reiteradas oportunidades intentó ultrajarla sexualmente aprovechando la ausencia de su madre; que es así que en el mes de septiembre de dos mil siete la obligó a dormir con él, para luego intentar introducir su miembro viril en su vagina, ante lo que ella se retorció de dolor, llegando ambos a caerse de la cama, lo que enfureció a su padre, quien

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-4 -

comenzó a golpearla en el rostro, para luego continuar realizándole frotamientos con su miembro viril hasta eyacular -fojas seis y ciento cinco-; que dicha versión se corrobora tanto con la Pericia Psicológica del doce de diciembre de dos mil ocho, que concluye que la citada niña presenta "indicadores emocionales de abuso sexual, reacción a estrés agudo y abuso psicológico" -fojas ciento sesenta y dos, ratificada en juicio oral-; así como por lo manifestado por el encausado Ventura Hernández, quien a nivel policial y en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado defensor expresó que intentó mantener relaciones sexuales con su menor hija de iniciales C.V.V.M., que la desnudaba y frotaba su miembro viril en su vagina hasta eyacular, y que es verdad que en una oportunidad, cuando intentaba penetrarla, ella se retorció de dolor y ambos se cayeron de la cama, que la menor lloraba y no se dejaba penetrar -fojas catorce-. **Séptimo:** Que, en consecuencia, está probado que el encausado Ventura Hernández en reiteradas oportunidades intentó agredir sexualmente a su menor hija de iniciales C.V.V.M.; que cabe destacar que no obstante que a fojas ciento sesenta obra el Certificado Médico Legal realizado el doce de diciembre de dos mil ocho, que concluye que la citada menor presenta "himen con desfloración antigua y no signos de acto contranatura", y que dicha niña en sede plenarial, entre sollozos, relató que en una oportunidad su progenitor llegó a penetrarle vaginalmente, según las disposiciones contenidas en el artículo doscientos ochenta y cinco - A del Código de Procedimientos Penales, modificado por Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve "1) la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, (...); y 2) en la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-5 -

acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, (...)" ; que, en el presente caso, el Colegiado Superior no mencionó al encausado tal eventualidad, por lo que no es posible condenarlo por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor consumado, pues de ser así se afectaría su derecho de defensa al no haber tenido la oportunidad de ejercer a plenitud todos los mecanismos legales y procesales que convinieran a su posición, ya que fue instruido y acusado por un delito menos grave -tentativa de violación sexual de menor-. **Octavo:** Que, en lo que concierne al delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor en menor, en perjuicio de las menores de iniciales Y.V.M. y C.V.V.M., se aprecia que ambas niñas de manera uniforme, coherente y circunstanciada, tanto a nivel policial como judicial, coinciden en afirmar que su progenitor en reiteradas oportunidades les realizó tocamientos indebidos, ilícito que en el caso de la menor de iniciales Y.V.M. se produjeron desde el año dos mil cuatro hasta septiembre de dos mil siete, mientras que en el caso de la menor de iniciales C.V.V.M. se iniciaron desde que tenía seis años de edad hasta septiembre de dos mil siete; que esta sindicación la reiteraron en el juicio oral, por lo que tienen entidad para ser calificadas como pruebas válidas de cargo y, por ende, poseen virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del acusado Ventura Hernández; que reúnen las exigencias de i) ausencia de incredibilidad subjetiva -connotación que se patentiza sobre todo si se tiene en cuenta que el imputado formaba parte del entorno familiar de dichas menores por ser su progenitor, no advirtiéndose circunstancia alguna que haga probable que la imputación se deba a Un móvil espurio y que dichas menores fuesen capaces de anidar sentimientos de animadversión y resentimiento que las impulsen a

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-6 -

atribuir un hecho falso al acusado-; ii) verosimilitud -lo declarado por ambas menores agraviadas, además de ser coherente y sólido, está corroborado periféricamente con otros elementos de prueba de carácter objetivo obrantes en autos, como las Pericias Psicológicas de fojas ciento sesenta y cuatro y ciento sesenta y dos, en las que se indica que en las citadas niñas se evidencian "indicadores emocionales de abuso sexual"-; y iii) persistencia en la incriminación -requisito que si bien admite ciertas matizaciones, en el presente caso las víctimas mantuvieron de manera constante, directa y clara su sindicación, tanto a nivel preliminar como judicial-; que estos requisitos han sido establecidos en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis; que, por tanto, en autos ha quedado desvirtuado su derecho a la presunción de inocencia. **Noveno:** Que, en lo que concierne al quantum de la pena, es de señalar que los hechos materia de juzgamiento se subsumen en el último párrafo del artículo ciento setenta y seis - A que prevé una pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de doce años, así como en los incisos uno y dos y último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis, el mismo que prevé la pena privativa de libertad de cadena perpetua; que, asimismo, resulta de aplicación el artículo dieciséis del Código Sustantivo, al haber quedado los citados ilícitos en grado de tentativa; que se impuso al encausado Ventura Hernández veinticinco años de pena privativa de libertad, sanción que no resulta proporcional a la entidad de los injustos y a la culpabilidad por los hechos cometidos, sobre todo si se atiende a la naturaleza de los delitos, la forma y contexto de su comisión y la ausencia de circunstancias adicionales -como el hecho de haberse quedado en grado de tentativa el delito de violación sexual de menor- que permitan

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-7 -

atenuar su responsabilidad penal y disminuir la pena; que, sin embargo, en estricto respeto al principio de prohibición de reforma en peor y pese al error jurídico del iudex a quo, no es posible incrementarla. **Décimo:** Que la reparación civil se estima en función al perjuicio causado y tiene como referentes la entidad y gravedad del hecho; que, en el presente caso, el monto de la misma ha sido fijado conforme a los parámetros indicados.

Por estos fundamentos: I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos veinticinco, del veintiocho de abril de dos mil nueve, en el extremo que condena a Jacob Ventura Hernández como autor del delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor en menor en agravio de las menores identificadas con las iniciales Y.V.M. y C.V.V.M. II. Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto condena a Jacob Ventura Hernández como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de las menores identificadas con las iniciales Y.V.M. y C.V.V.M., y reformándola **CONDENARON** a Jacob Ventura Hernández como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en grado de tentativa en agravio de las menores identificadas con las iniciales Y.V.M. y C.V.V.M. III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la citada sentencia, en cuanto impone al citado encausado Jacob Ventura Hernández veinticinco años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, y fija en dos mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de las menores agraviadas; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.-

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2254-2009

SAN MARTÍN

-8-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO