



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

PODER JUDICIAL

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 406-2016
LIMA**

VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

Sumilla: **I. SINDICACIÓN DE LA VÍCTIMA.** La declaración de la víctima por sí sola, no enerva la presunción de inocencia, necesita de corroboración periférica con otros elementos de convicción que puedan crear certeza en el Tribunal Juzgador. **II. REVICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.** En los delitos sexuales se flexibiliza esta garantía de certeza, precisamente por la revictimización secundaria, y solo en casos excepcionales se exige la presencia de la agraviada en juicio, cuando necesariamente deba ser interrogada para dejar zonas oscuras o contradictorias de relevancia que eventualmente haya incurrido en sus anteriores declaraciones. **III. LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO EN VIOLACIÓN VÍA ORAL:** La lesividad al bien jurídico protegido "indemnidad sexual", no es una de las vías más sensibles en el cuerpo, sino bucal que es igualmente reprochable pero con menos intensidad de perjuicio. La pena debe ser disminuida.

Lima, catorce de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el acusado Santiago Rubiños Daga, contra la sentencia de 30 de diciembre de 2015, de páginas 911 a 919 (vuelta), que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual-violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave N.º 476-2006, a treinta años de pena privativa de libertad, fijando mil soles que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada.

De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO:

HECHOS IMPUTADOS

1. Se atribuye a Santiago Rubiños Daga, que el 21 de diciembre de 2006, al promediar las 12:00 horas del mediodía aproximadamente, en circunstancias que la menor agraviada se dirigía hacia el mercado



Moderno de Magdalena con la finalidad de comprar huevos, fue interceptada por el encausado, quien sujetándola fuertemente del brazo y amenazándola con un cuchillo le dijo que si no le hacía caso iba a matar a sus padres y hermanos; luego la llevó a la fuerza hasta la vivienda signada con el N.º 1190 de la avenida Independencia-Sucre, Magdalena, haciéndola ingresar al domicilio, la condujo hasta el tercer piso, lugar donde la obligó a sacarse el buzo y la ropa íntima, para acto seguido levantarle las piernas e introducirle el dedo de su mano izquierda en la vagina, luego obligar a la menor a que se arrodille para enseguida hacerle caer el semen en el rostro, obligándola además a beber dicho líquido y luego decirle que se vaya del lugar.

2. Asimismo, el Ministerio Público precisó al inicio de la audiencia del juicio oral, que el acusado luego de obligar a la menor que se arrodille para enseguida hacerle caer el semen en el rostro de ésta, introdujo su miembro viril en la boca de la víctima para inmediatamente eyacular. Esta precisión es complementaria a la acusación fiscal.

ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

3. El Colegiado Superior sustentó el fallo condenatorio, en los siguientes argumentos:
 - La sindicación de la agraviada se corrobora con el Acta de Inspección Criminalística, donde revela manchas blanquecinas en uno de los peldaños de la escalera donde estaba el inmueble del acusado, lo que coincide con la sindicación de la agraviada.
 - La agraviada conocía el inmueble del acusado, esto es, que la puerta tenía rejas, era de color blanco y que estaba ubicada en un tercer piso.
 - Si bien en el Certificado Médico Legal N.º 059711-CLS no revela lesiones en los bordes del himen, aquel resultado no es trascendental



en la medida que la menor no opuso resistencia por haber sido intimidada. Además, también el acusado le introdujo su miembro viril en la cavidad bucal.

FUNDAMENTO DE LOS AGRAVIOS

4. El condenado, fundamenta su recurso de nulidad en la página 396, en los siguientes términos:
- a) No existe persistencia en la incriminación de la agraviada.
 - b) La menor agraviada incurrió en incongruencias, principalmente en relación a la distancia del mercado y el inmueble donde se produjeron los hechos.
 - c) No se ha tomado en cuenta que el acusado es una persona de la tercera edad, por lo que caminar desde el mercado hasta el inmueble de los supuestos hechos, lleva aproximadamente dieciocho minutos que habría caminado amenazando a la menor con una gran cantidad de personas transitando.
 - d) Existe discordancia entre las características que brinda la menor del interior del inmueble y la que realmente tiene.
 - e) El dictamen pericial de Biología Forense N.º 343/07 no determinó que los restos seminales le pertenezcan.

CALIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA

5. El delito de violación de menor de edad a la fecha de la comisión de los hechos, se encuentra previsto en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173, 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: 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de



catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años[...]

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

6. El punto de partida para analizar la sentencia de mérito, es el principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; en cuya virtud, se reduce al ámbito de la resolución, únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.
7. Los motivos del recurso en su totalidad, inciden en sostener la inocencia del impugnante. La tesis defensiva reside, que sólo se cuenta con la sindicación inicial de la agraviada, sin corroboración. De este agravio se derivan los demás cuestionamientos a la sentencia impugnada. Es de rigor emitir pronunciamiento como corresponde.
8. Los motivos de impugnación a), b), c) y d) están vinculados a la declaración de la agraviada. Es pertinente, seguir la doctrina jurisprudencial de esta Suprema Corte, en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, referente a la valoración de la declaración de la víctima. Es de señalar que las agresiones sexuales contra menores de edad, generalmente, ocurren de manera clandestina y cuando la víctima se encuentra aislada, sola y con pocas posibilidades de ofrecer resistencia. Es por tal motivo, que la prueba de cargo en estos casos está constituida por la versión inculpativa de la propia agraviada, sin la existencia de testigos, siendo por ello importante, que su valoración sea lo más creíble posible.
9. La doctrina jurisprudencial en el citado Acuerdo Plenario, invocada en



estos casos, nos brinda ciertos criterios a valorar para que la declaración de la agraviada, cuando sea la única testigo de los hechos, pueda ser considerada prueba válida de cargo y, sobre todo, suficiente para enervar la presunción de inocencia de un acusado; por lo que debe reunir ciertas garantías de certeza, entre ellas tenemos: **a)** Ausencia de incredibilidad subjetiva. **b)** Verosimilitud. **c)** Persistencia en la incriminación.

10. Conforme ha razonado la Sala de Mérito, existe la sindicación concreta de la menor agraviada con clave N.º 476-2006, contra el recurrente en su manifestación policial -página 9- en presencia del representante del Ministerio Público. Señaló que cuando estaba regresando a su casa, luego de ir al Mercado Modelo a comprar huevos, el acusado la agarró del brazo y la amenazó con un cuchillo y asustada empezó a caminar colocándole el cuchillo en el cuello, para después llegar a su casa, observando que el acusado abre la puerta con rejas de un inmueble, y la hace ingresar al tercer piso, donde abre una puerta blanca. Dentro del inmueble le introdujo su dedo en la vagina fuertemente, así como ingresó su miembro viril en su boca y eyaculó, lo que arrojó cuando salió de la habitación. En relación al último acto narrado, señaló: *"primero me frotó desde mi frente hasta mi boca con su pene, botando el líquido color blanco para luego tapando el huequito de su pene me lo puso dentro de mi boca donde sale más líquido diciéndome que me lo tome y como tenía un olor como a lejía no me lo tomé sino que lo resistí en la boca para luego salir a botarlo"*.

11. La sindicación es un relato minucioso y detallado de una menor de doce años a la fecha de los hechos. Si bien es la única que brindó la menor en el proceso, no puede descalificarse por eso, alegando que no hay persistencia en la incriminación, porque en los delitos sexuales se



flexibiliza esta garantía de certeza, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 143 del Código de Procedimientos Penales, precisamente por la revictimización secundaria, y solo en casos excepcionales se exige la presencia de la agraviada en juicio, cuando necesariamente deba ser interrogada para aclarar zonas oscuras o contradictorias de relevancia que eventualmente haya incurrido en sus anteriores declaraciones. Para el caso, no se da la excepción antes descrita, como pasaremos a señalar.

- 12.** Los cargos que pesan contra el acusado, son dos: **a)** Violación por la vía vaginal por introducción de un dedo; y, **b)** Violación por haber introducido el acusado en la cavidad bucal de la agraviada su miembro viril.

❖ **JUICIO DE CULPABILIDAD (VIOLACIÓN VÍA VAGINAL)**

- 13.** Cobra relevancia para estos casos la prueba científica, como es un certificado médico legal. La agraviada narró que el acusado ingresó su dedo en su vagina y le causó fuerte dolor, lo que supondría un resultado de desfloración, versión que cotejado con el Certificado Médico Legal N.º 059711-CLS -página 17- practicado a la menor, arrojó negativo de contenido incriminador, al no concluir en desfloración vía vaginal o anal. El referido certificado médico tampoco arrojó que la menor tuviera himen complaciente o no, dado que a la fecha de los hechos contaba con doce años de edad, conforme a lo señalado en el certificado médico legal. En este nivel de prueba acopiado, no se puede sustentar la responsabilidad penal por este hecho al sentenciado, al carecer de material probatorio que pueda respaldar la tesis planteada por el Ministerio Público. El agravio se ampara.



❖ **JUICIO DE CULPABILIDAD (VIOLACIÓN VÍA ORAL)**

14. La sindicación de la víctima se corrobora con el Dictamen Pericial de Biología Forense N.º 343/07 -página 183-, que revela: "*positivo a la reacción de fosfatasa acida para presencia de restos seminales*". Este resultado tiene mucha trascendencia al caso, en la medida que corrobora lo narrado por la menor agraviada, quien señaló que el sentenciado la obligó a tomar el semen, pero ella lo retuvo en su boca y lo arrojó fuera del departamento, como en efecto se verifica de las tomas fotográficas -página 187 a 188-. Si bien el resultado pericial no determinó a quien le corresponde los restos seminales, debe destacarse que las reglas de la experiencia señalan que tratándose de un líquido seminal no es común que este se encuentre ubicado en un lugar como el que se encontró. La justificación de la presencia de dicha sustancia solo tiene explicación racional con lo narrado por la víctima, de la forma y circunstancias en que arrojó dicha sustancia en la parte exterior del departamento donde vive el sentenciado.

15. Así también, se incorporó el examen del Psicólogo Peter Mauricio León Oyola -página 218-, señalando que si las circunstancias le son favorables al sentenciado, éste puede abusar sexualmente de cualquier persona. En el caso, el referido tenía todas las condiciones pues la menor ya estaba a solas dentro de su inmueble. Por otro lado, el relato del lugar donde fue victimada la agraviada, aun cuando no esté detallado por ésta de manera exacta, en lo sustancial, coincide en las características del inmueble, esto es, que el ingreso es una puerta que tenía rejas, que la puerta del inmueble era de color blanco, que estaba ubicado en un tercer piso. Estos datos precedentes son suficientes para dar cuenta de la realidad del testimonio de la víctima. Ahora, si el recurrente alega que el conocimiento de las características del lugar por parte de la agraviada, obedecen a que es fácilmente observable desde el exterior,



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 406-2016
LIMA**

PODER JUDICIAL

aquello sólo lo ubica en un plano subjetivo sin respaldo probatorio, más aun si el líquido seminal fue encontrado en las escaleras del ingreso al inmueble del recurrente.

- 16.** Asimismo, es de señalar que la agraviada narró detalladamente, antes de la agresión sexual, como el acusado ingresó su miembro viril en su cavidad bucal. Estos detalles sólo pueden ser suministrados por una persona como la menor agraviada, que verdaderamente ha estado en esa situación con tal acercamiento que haya permitido relatar las características de un miembro viril y el contexto en que se realizaron los hechos.
- 17.** Por otro lado, el acusado no ha podido brindar una justificación razonable del porqué la agraviada lo sindicaría con tan grave delito. Alegó a su favor en su manifestación policial -página 12- que la invitó a comer a la agraviada y que no la vejó. En su instructiva -página 59-, aceptó haberse ausentado de su lugar de trabajo para abrirle la puerta a un albañil que iba arreglar su departamento, así como haber invitado a comer a la menor agraviada; y, en el plenario señalar que sólo conoce de vista a la víctima. Estas versiones incongruentes unas con otras, dan cuenta que el acusado sí podía ausentarse del lugar de trabajo y no como alegó. Lo trascendente no es la hora en que se ausentó, sino en la posibilidad de hacerlo, pues alegó imposibilidad al estar trabajando sólo en el Mercado Modelo. Así, la evaluación de sus declaraciones evidencia que trata de justificar el haber estado con la menor el día de los hechos. Argumentos de defensa que en contraste con la prueba actuada resultan inválidos.
- 18.** La distancia del Mercado Modelo hacía el inmueble del acusado o el tiempo en que se demore en llegar al referido inmueble -que fue alegado



por la defensa-, son datos que no son relevantes. Este motivo sólo está situado en un plano subjetivo; lo que sí es trascendente es la aparente afluencia de personas en el trayecto, empero, estando que el acusado la amenazó con un cuchillo a la agraviada, es comprensible desde todo punto de vista dada la edad de la menor que el temor haya sido de tal entidad que inhibió a la víctima en pedir auxilio. El motivo se desestima.

19. Como se puede ver, existe verosimilitud en la incriminación, lo que está apoyada por otros medios probatorios ya analizados. Por otro lado, no existe incredibilidad subjetiva al no haberse demostrado que entre la agraviada y el recurrente haya existido enemistad o motivos espurios; y, en lo que respecta a la persistencia, ya se ha señalado la virtualidad probatoria de la declaración de la menor agraviada. Los Argumentos de la sentencia impugnada se han consolidado al haberse cumplido con las garantías de certeza que se contrae del Acuerdo Plenario N.º 02 – 2005/CJ – 116.

20. Por último, entre la actividad probatoria desplegada, la naturaleza de las evidencias de cargo actuadas y valoradas, existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de los hechos declarados probados, no existiendo una hipótesis alternativa al curso causal de los acontecimientos, que posibilite una conclusión diferente. La condena dictada contra el recurrente sobre este extremo está debidamente justificada, y como tal, debe ser confirmada de conformidad con el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales.

❖ **DETERMINACIÓN DE LA PENA**

21. Es de prestar atención a la pena arribada por el Tribunal de Juzgamiento. En principio, porque se está liberando de responsabilidad



penal al recurrente respecto al extremo del hecho de la violación vía vaginal, lo que tiene impacto favorable en el *quántum* de la pena impuesta. A ello, este Supremo Tribunal considera que la pena aplicada al encausado Santiago Rubiños Daga -treinta años de pena privativa de libertad-, no resulta acorde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad para el delito de violación sexual por vía oral, ya que si bien está dentro del marco legal previsto para el citado delito, no se tuvo en cuenta las condiciones personales y sociales del agente, así como que carece de antecedentes penales, como exige el artículo 45 y 46 del Código Penal.

22. Por otro lado, la lesividad al bien jurídico protegido "*indemnidad sexual*", no fue a una de las vías más sensibles en el cuerpo de la víctima, sino bucal que es igualmente reprochable pero con menos intensidad de perjuicio que lo antes acotado, como lo señala Muñoz Conde: "*no puede equipararse en trascendencia y gravedad el acceso carnal por vía bucal con el acceso carnal por vía vaginal o anal pues estos últimos suponen, en especial el anal, un cierto daño físico y en el vaginal la posibilidad de la desfloración sobretudo en el caso de menores*"¹. En consecuencia, en virtud a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como a los fines perseguidos por ésta, consideramos, que debe reducirse considerablemente la pena impuesta, siendo que la pena a imponerse será de veinte años de pena privativa de libertad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de 30 de diciembre de 2015, de páginas 911 a 919 (vuelta), que condenó a

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Sevilla, 1991, página 391.



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 406-2016
LIMA**

Santiago Rubiños Daga como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave N.º 476-2006, a treinta años de pena privativa de libertad; **II. HABER NULIDAD**, en la misma sentencia en el extremo de la pena que le impuso treinta años de pena privativa de libertad; y, **reformándola**, le impusieron veinte años de pena privativa de libertad, la misma que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el 21 de diciembre de 2006 -página 27-, hasta el 20 de agosto de 2007 -página 234-, y desde el 19 de julio de 2012 -página 562- hasta el 17 de julio de 2015 -oficio de aclaración de página 766 (y no como consideró el veredicto de la sentencia impugnada), vencerá el 1 de mayo de 2032; **III. NO HABER NULIDAD**, en lo demás que contiene; y, los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Aldo Martín Figueroa Navarro por licencia del señor Juez Supremo César José Hinostraza Pariachi; e interviene el señor Juez Supremo Iván Alberto Sequeiros Vargas por impedimento del señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.

S.S.

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CHÁVEZ MELLA

IEPH/rvz