SUFICIENCIA PROBATORIA PARA CONDENA POR DELITO DE SECUESTRO EN GRADO DE TENTATIVA
La recurrida contiene suficiencia probatoria para determinar la responsabilidad del recurrente por el delito imputado, porque los medios probatorios actuados y valorados, configuran los presupuestos de certeza contenidos en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116.

Lima, quince de junio de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado **Fermín Duran Ynga** contra la sentencia del seis de agosto de dos mil diecinueve (folios 337 a 345), que lo condenó como autor del delito contra la libertad personal, en la modalidad de secuestro en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con las iniciales A. K. F. P., a diez años de pena privativa de libertad y fijaron en tres mil soles el monto por concepto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

I. Expresión de agravios

Primero. El recurrente Fermín Duran Ynga fundamentó el recurso de nulidad (folios 352 a 359) y alegó que:

1.1. La Sala Superior no consideró que los hechos sobre la presunta tentativa de secuestro, no se encuadraría en el supuesto tipificado en el artículo 152 del Código Penal, concordante con el artículo 16 del mismo código, porque no existen los supuestos que exige la normativa sustantiva, pues el recurrente no privó de su libertad ni ha tenido ánimo de hacerlo y tampoco ha solicitado dinero. En todo caso, podría tipificarse los hechos en el delito de coacción previsto en el artículo 151 del aludido código.

1.2. El Colegiado de la Sala Superior no consideró adecuadamente las versiones de la menor agraviada, además, que no fue corroborada y es contradictoria.

1.3. La Sala Superior limitó el derecho de defensa del recurrente, pues debió insistir en la presencia de la menor agraviada y la madre de esta en la audiencia, para su interrogatorio; puesto que las versiones brindadas a nivel preliminar son contradictorias.

1.4. Los fundamentos esbozados en la recurrida carecen de objetividad y razonabilidad.

1.5. La menor agraviada no sufrió ningún tipo de daño, conforme el Certificado Médico Legal N.º 006947.

1.6. Debe descartarse que la agraviada haya sufrido daño psicológico, pues no se le practicó examen alguno; tampoco se efectuó dicho examen al recurrente para tener un perfil desde un punto de vista científico.

1.7. La Sala Superior considera erróneamente los antecedentes de actos contra el pudor y que por esto presumen que es autor del delito imputado.

1.8. El recurrente en el proceso penal ha negado categóricamente haber cometido el delito imputado.

1.9. No se consideraron las testimoniales de Evaristo Vílchez More y Mercedes Duran Ynga, quienes refirieron que estuvieron deshierbando en la chacra del padre del sentenciado.

1.10. Los testigos **Elva Chiroque García** y Manuel Rivas Estrada, el primero vio los hechos, la segunda refiere que le contaron los hechos. Tales personas no han declarado en la fiscalía, el juzgado ni en el juicio oral.

II. Imputación fiscal

Segundo. Según la acusación fiscal (folios 125 a 128), se atribuye al encausado Fermín Duran Ynga, que el quince de diciembre de dos mil cuatro, a las 10:30 horas aproximadamente, en circunstancias que la menor agraviada A. K. F. P., de 9 años de edad, se encontraba con sus "amiguitos" en el parque ubicado frente al Colegio Ex – 27 de la ciudad de Catacaos, es abordada por el acusado, y la invita para que lo acompañe en una moto al río, a traer hierba, a cambio de una propina, e ingresa al parque (cercado por rejas de fierro) y la tomó por el pantalón a la altura de la cintura, llevándola a la fuerza, oponiendo resistencia la menor, logra desprenderse del acusado y cae al

suelo al mismo tiempo que gritaba, lo que llamó la atención de una señora que se encontraba en las inmediaciones, por lo que el acusado se dio a la fuga, la menor se metió a su domicilio contándole a su madre lo sucedido. Ese mismo día, a las 14.30 horas aproximadamente, cuando la menor agraviada salía a jugar en el frontis de su domicilio, el acusado le pregunta si vivía ahí, la toma de la cintura y la lleva con rumbo desconocido, interviniendo decididamente Brenda Marleny Pacheco Montero, quien al escuchar los gritos de su menor hija acude en su ayuda, y el acusado se dio a la fuga con dirección al mercado, donde con ayuda de un vigilante fue capturado.

III. La tipificación en la acusación fiscal

Tercero. Los hechos descritos contra el encausado Fermín Duran Ynga se subsumieron en la comisión del delito contra la libertad personal, en la modalidad de secuestro en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con las iniciales A. K. F. P. de nueve años (previsto en el artículo 152 apartado 6, y concordado con el artículo 16 del Código Penal).

IV. Fundamentos del Tribunal Supremo

Cuarto. Las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal son, en primer lugar, el artículo 2, numeral 24, literal e, de la Constitución Política del Estado, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas normas deben ser aplicadas bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, esta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo–, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que les son propias y legalmente exigibles– y con arreglo a las normas de la lógica y las máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– o de la sana crítica, razonándola debidamente[3].

[3] Fundamento jurídico 6 del Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

Quinto. La recurrida sostiene la materialidad del delito de secuestro, en grado de tentativa, con los siguientes medios de prueba: i) referencial de menor agraviada con las iniciales A. K. F. P. con presencia del Ministerio Público (folios 9 a 10); ii) manifestación de Brenda Marleny Pacheco Montero (madre de la agraviada) con presencia del Ministerio Público (folios 11 a 12); iii) acta de reconocimiento (folio 19) con presencia del Ministerio Público; y, iv) antecedentes penales (folios 142 a 143), medios de prueba que en el contradictorio del proceso adquirieron la categoría de prueba y corroboran la responsabilidad del encausado por el delito imputado, porque no solo sin derecho, motivo ni facultad justificada intentó privar de la libertad a la menor con las iniciales A. K. F. P., sino también, de la capacidad de decidir el lugar donde quiere o no estar.

Sexto. En esa línea, el encausado Fermín Duran Ynga en el proceso penal indicó:

6.1. A nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público (folios 15 a 16) señaló que es inocente de los cargos que se le atribuyó, y que no conoce a la menor agraviada identificada con las iniciales A. K. F. P. ni a la madre de esta, que no estuvo a las diez de la mañana por el colegio Jacobo Cruz (ex - 27), pues a esa hora estaba en su chacra trabajando con su amigo Evaristo Vílchez More, quien vive en el mismo caserío y también estaba su hermano Mercedes Duran Ynga, con ellos estaba deshierbando hasta las 12:00 horas aproximadamente, y salió a esta localidad llegando a las 2:00 horas aproximadamente, dirigiéndose a pie por la av. Cayetano Heredia, hasta el mercado donde iba a comprar un inflador, que cuando estaba llegando a la altura de la calle Chorrillos, sorpresivamente fue cogido por un grupo de personas, quienes después de agredirle lo condujeron a la comisaria; que en ningún momento trató de darse a la fuga solo se defendió de las agresiones; que la niña se equivocó y la madre de esta también se confundió, pues recién llegaba a dicho lugar; que tuvo problemas judiciales, el primero por tentativa de violación que fue absuelto, el segundo por violación sexual y fue condenado a quince años de pena privativa de libertad, saliendo a los cinco años por beneficio de semilibertad.

6.2. A nivel judicial (folios 32 a 34) indicó que el día de los hechos estaba desherbando en su chacra con su hermano Mercedes Duran Ynga y un amigo Evaristo Vílchez More, luego al promediar las doce se retiró de dicho lugar para ir a comprar un inflador en la ciudad de Catacaos; que llegó aproximadamente a las 14:15 horas. Es inocente de los cargos que se le imputan, la niña lo vio pasar por la avenida y se confundió con la persona que supuestamente la ha querido llevar con engaños. En ningún momento ha corrido, la turba donde estaba la madre de la agraviada lo alcanzó y agredió, le han metido un puntazo con un cuchillo en la pierna y en el brazo.

6.3. En el acto oral (folios 265 a 270) indicó que no conoce a la agraviada ni a la madre, recién las conoció en la comisaría, que el día 15 de diciembre de 2004, cuando pasaba por la calle Chorrillos y la av. Cayetano Heredia hacia el mercado, apareció una turba que lo perseguía, pero no sabía porque, entonces se escapó por que lo querían agredir. La niña se ha confundido o equivocado con otra persona, pues, nunca trató de llevarse a la menor. Si tuvo problemas judiciales por delito de actos contra el pudor y violación sexual, que está recibiendo terapia psicológica en el penal.

Séptimo. La versión del encausado se merituó con la reserva del caso, porque este indicó que se encontraba cerca al lugar de los hechos, ya que se dirigía a comprar un inflador de llanta de bicicleta. Sin embargo, al margen de haber sido detenido en una situación de cuasiflagrancia —aprehensión inmediatamente después del hecho delictivo y luego de una persecución en la que le propinaron golpes por la indignación— y del reconocimiento contundente de la madre de la víctima quien lo sorprendió infraganti, no se presentó elemento de juicio alguno que corrobore sus afirmaciones; e incluso, dadas las lesiones que tenía lo derivaron al Centro de Salud – Catacaos. En ese sentido, es evidente que sus argumentos son solo de defensa sin sustento probatorio.

Octavo. Contra la versión exculpatoria del encausado, adicionalmente se debe referir que la sindicación de la menor agraviada identificada con las

iniciales A. K. F. P.[1] reúne los presupuestos de certeza contenidos en el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116. El criterio de persistencia en la incriminación concurre en efecto, en la versión de la citada menor agraviada, a saber:

8.1. La referencial de la menor agraviada (9 años aproximadamente), con presencia del representante del Ministerio Público (folios 9 a 10) donde reseña con firmeza que al encausado lo conoció el día quince de diciembre de dos mil cuatro, a las 10:00 horas aproximadamente, cuando salió de su colegio en compañía de sus amiga, como se quedó jugando en el parque que se encuentra frente al colegio ex - 27, el encausado la estaba observando y después ha tratado de llevar a otro sitio, le dijo que lo acompañe al rio a traer yerba, que la llevaría en moto y traería, y que le daría una propina de dos soles, pero se negó, y cuando volteó a ver a sus amigas estas se habían retirado, lo que aprovechó el encausado para ingresar al encerrado, pero como se negaba la cogió del pantalón a la altura de la cintura para llevarla a la fuerza e inmediatamente se zafó cayendo al suelo, y gritó a una señora que pasaba por el lugar, indicándole que la ayude que esa persona la quiere llevar a la fuerza, pero el sujeto se apartó, y se fue a su casa y le contó a su mamá. Cuando almorzó y salió a jugar a las 14:30 horas sorpresivamente llegó el mismo sujeto, quien le preguntó si ahí vivía, como no le contestó, la cogió de la cintura para llevarla a otro lugar, por lo que inmediatamente gritó y llamó a su madre, quien salió y vio el lugar al que el encausado fugó a la carrera, sin embargo, lograron capturarlo a la altura del mercado con la ayuda del "huachiman".

8.2. A nivel judicial (folios 100 a 101) indica que no conocía al encausado hasta ese día, que quiso llevarla a la fuerza. Que todos los días se dirige a su Colegio ex – 27 de Catacaos que está a cinco cuadras. Que el encausado apareció en el parque, se sentó en una banca y en eso le

[1] **El testigo directo** "es aquel que estuvo presente en el lugar de los hechos, o muy cerca de él, y los percibió a través de algunos de sus sentidos, lo que se suele tener más presente es que vieran los hechos, pero también es perfectamente posible que los oyera, o simplemente que utilizara el olfato, el gusto o el tacto (…) [lo] que debe evaluarse la declaración del testigo (…) al menos en primer lugar. De dicha declaración debe examinarse, como siempre, su coherencia, su contextualización, corroboraciones, y presencia de detalles oportunistas". Véase, en Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 271-272.

dijo que le acompañara al río a recoger unas hierbas, pero se negó, pero el encausado le dijo que le daría S/2,00 y que la iba a llevar en moto y la traería; que en todo momento insistía en que vaya; además, que al ver esto sus amiguitos se habían ido y la dejaron sola; aprovechando ello el encausado la agarró de la cintura, pero gritó y en esos momentos pasó una señora que no la conocía, al ver esto el sujeto la soltó y desapareció. Al llegar a su casa le contó a su madre. No se dio cuenta que el encausado la había seguido hasta su domicilio. A las dos y media de la tarde cuando jugaba fuera de su casa con sus amigas apareció el mismo encausado, y le preguntó si ahí vivía y no le contestó, y al negarse de nuevo le agarró de la cintura y la quiso llevar a otra parte, pero gritó, su madre salió y el sujeto comenzó a escaparse, pero lo atraparon.

Noveno. Así, la aludida menor agraviada sindicó al encausado Fermín Duran Ynga como la persona que la intentó sustraer, cuando tenía la edad de nueve años aproximadamente. Dicha declaración aun cuando presenta ciertas matizaciones, sin embargo, es la misma en lo fundamental. En ese sentido, la aplicación de los tópicos de certeza en la valoración probatoria no son criterios rígidos (conforme el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116[2], fundamento jurídico número undécimo). La sindicación de la menor agraviada, se ha producido tanto a nivel preliminar como a nivel judicial y estas se validaron a nivel del acto oral (folio 314); la declaración a nivel judicial reafirma la sindicación brindada a nivel preliminar y con presencia del representante del Ministerio Público (folios 9 a 10), por lo que produce efectos de eficacia probatoria, aunado a su aprehensión en cuasiflagrancia. En consecuencia, se evidencia la concurrencia del citado requisito de certeza para ser considerada prueba de cargo.

Décimo. Respecto a la *verosimilitud* (coherencia interna), el relato de la menor agraviada identificada con las iniciales A. K. F. P., presenta solidez, esto es, expone una versión de los hechos con referencias fácticas precisas que descartan la presencia de datos manifiestamente inverosímiles y contrarios a la lógica (conforme su declaración preliminar y a nivel judicial), pues, la menor agraviada

[2] Véase, el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116 (fundamento jurídico número undécimo), donde explica que: "Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto".

sindicó directamente al encausado, como el sujeto que intentó llevarla a otro lugar sin su consentimiento.

Decimoprimero. En lo que respecta a la *verosimilitud externa*, existen corroboraciones periféricas, de cuya valoración conjunta se genera convicción razonable respecto a la atribución criminal precedente. En ese sentido, se cuenta con la siguiente prueba documental:

11.1. La manifestación preliminar de Brenda Marleny Pacheco Montero (folios 11 a 12), quien indicó que se ratifica en todo lo mencionado en la denuncia; que después de haberle contado su menor hija (la agraviada) sobre el incidente en el exterior del colegio, ella se puso a jugar en el frontis de la casa, pero resulta que escuchó los gritos llamándola, por lo que de inmediato salió al exterior, donde al verla el encausado la soltó (a su hija) y empezó a correr con la finalidad de evadirse, pero ella gritó que lo cojan, que se trataba de un violador, es por ello que los ciudadanos y comerciantes del mercado de esta localidad lograron capturarlo con apoyo del "huachiman". Dicha versión la ha ratificado ante el juez penal a nivel judicial (folios 102 a 103) y corrobora la versión de la menor agraviada.

11.2. El acta de reconocimiento (folio 19) con presencia del representante del Ministerio Público, donde Brenda Marleny Pacheco Montero (madre de la agraviada), reafirma que fue el encausado la persona que intentó "violar" a su menor hija (la agraviada). Dicho reconocimiento logra la finalidad de identificar al encausado como la persona que intentó sustraer a la menor agraviada y a quien ellas no conocían en absoluto.

11.3. Diligencia de inspección judicial (folios 106 a 107) dicho acto procesal se llevó a cabo con las partes procesales (representante del Ministerio Público, juez penal, defensa técnica, la agraviada, entre otros), donde la agraviada nuevamente volvió a identificar al encausado como la persona que estaba con polo blanco – gorro blanco, short y zapatillas. Narrando a detalle cómo sucedieron los hechos; incluso consta la declaración de personas cercanas al domicilio de la agraviada, entre ellas Elva Chiroque García, quien dijo haber observado lo hechos, en tanto el encausado reiteró su inocencia.

Decimosegundo. A su vez, desde la perspectiva subjetiva, las versiones de menor agraviada identificada con las iniciales A. K. F. P. y la declaración testimonial de Brenda Marleny Pacheco Montero (madre de la agraviada), carecen de algún ánimo de venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo e incluso judiciales, que le resten credibilidad. Ello porque recién el día de los hechos conocieron al encausado, y donde el mismo refirió no las conocía.

Decimotercero. El delito atribuido al encausado Fermín Duran Ynga es uno de lesión y de resultado, pero en cuya ejecución —en el caso concreto— este no se produjo por causas independientes a la voluntad del agente. Los hechos configuran el delito de secuestro en grado de tentativa, puesto que el encausado después de desarrollar los actos tendientes a lograr el secuestro, no logró su objetivo por la resistencia que opuso la menor agraviada y dados los gritos de esta, salió de su domicilio Brenda Marleny Pacheco Montero (madre de la agraviada), y al ver ello el encausado emprendió su huida, pero fue capturado. Las versiones incriminatorias adquieren virtualidad probatoria —son coherentes, contextualizadas y corroboradas con pruebas objetivas—. Ello determina la responsabilidad penal del encausado y son suficientes para enervar el derecho a la presunción de inocencia del encausado. Desde luego, no se trata de una simple coacción —como planteó la defensa—, porque la agraviada era una niña y claramente el deseo del recurrente era llevarla a otro lugar —lo que uniformemente detalló la menor agraviada—, posiblemente para desatar sus bajos instintos; además, en la coacción[3] se procura obligar un hacer al agraviado, no se le priva directamente de la libertad como la que providencialmente se evitó; por lo mismo, no es imprescindible un reconocimiento de afectación psicológica —lo que también fue erróneamente alegado por la defensa—.

Decimocuarto. De otro lado, sobre los agravios formulados por el encausado en su recurso de nulidad (conforme el considerando primero de la presente ejecutoria), este Supremo Tribunal advierte adicionalmente que:

[3] El artículo 151 del Código Penal, sobre la coacción, vigente al momento de los hechos establecía al respecto: "El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años".

14.1. El Colegiado Superior ha compulsado debidamente los medios de prueba que obran en el expediente. Al efectuar el control de hecho y derecho de la recurrida se advierte que esta efectuó una valoración individual y conjunta de los medios de prueba actuados en el proceso penal. No se consideró las testimoniales de Evaristo Vílchez More y Mercedes Duran Inga, quienes refirieron que estuvieron deshierbando en la chacra del padre del sentenciado. Al respecto, si bien el primero de ellos declaró a nivel judicial (folios 104 a 105), en el sentido que el encausado estaba trabando en la chacra, en horas de la mañana, tal situación no se condice con el relato circunstanciado de la víctima y su aprehensión con la ayuda de los pobladores (situación de cuasiflagrancia).

14.2. Respecto a que los testigos Elva Chiroque García y Manuel Rivas Estada, que la primera vio los hechos, y la segunda refiere que le contaron los hechos. Tales testimoniales si bien fueron ofrecidas al inicio del juicio oral, pero su concurrencia se prescindió en la audiencia de juicio oral (folio 292) sin oposición de las partes procesales, no siendo esenciales precisamente por la forma y circunstancias en que el encausado fue intervenido y los otros elementos de juicio ya glosados.

Decimoquinto. Sobre la determinación del *quantum* punitivo, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta al encausado Fermín Duran Ynga –diez años de pena privativa de la libertad–, está por debajo de los quince años que solicitó el representante del Ministerio Público en su dictamen fiscal (folios 125-128). El encausado presenta antecedentes contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad (folio 142) habiendo sido sancionado con una pena de 15 años antes de estos hechos, para luego obtener un beneficio penitenciario a los cinco años; encontrándose libre precisamente al momento que sucedieron los hechos que corresponden a este proceso penal. Ello puede verificarse en su declaración policial donde incluso da cuenta de otro proceso también por violación donde fue absuelto; es más, posteriormente, —después de los hechos que motivaron esta causa tiene otra sentencia de diez años también por un delito sexual, en la modalidad de actos contra el pudor —, como se puede ver de su propia declaración en el juicio oral, del veintiocho de junio de dos mil diecinueve, por lo que no cabe duda que el indicio de

capacidad comisiva es muy potente, estando además respaldado por la hoja penológica de folio 142 y siguiente.

El encausado al momento de los hechos tenía la edad de 39 años. La pena impuesta no resulta acorde con los principios de proporcionalidad de la pena. Solo se presenta la causal de disminución de punibilidad por grado imperfecto de su realización (tentativa). No se verifica formula de derecho penal premial; por lo que, merecería una sanción mayor, pero no puede ser modificada al no haber impugnado el representante del Ministerio Público, pues la reforma peyorativa está proscrita.

Decimosexto. La reparación civil —conforme a los artículos 92 y 93 del Código Penal— busca el resarcimiento del daño ocasionado a la menor agraviada, cuando es posible, o de su valor y el pago de los daños y perjuicios que se hayan producido como consecuencia del accionar del sujeto activo. En este caso, dicho extremo no fue cuestionado por las partes procesales, y debe mantenerse con lo demás que contiene.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia del seis de agosto de dos mil diecinueve (folios 337 a 345) que condenó al encausado **Fermín Duran Ynga** como autor del delito contra la libertad personal, en la modalidad de secuestro en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con las iniciales A. K. F. P., a diez años de pena privativa de libertad y fijaron en tres mil soles el monto por concepto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

II. **DISPUSIERON** se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RIOS

ISGL/egtch