CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 4352-2009
AREQUIPA

Lima, veinticinco de enero de dos mil diez.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior y por la defensa técnica del sentenciado Gildemaro Yassir Valdivia Falcón contra la sentencia de fecha veintiocho de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas mil doscientos setenta y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la defensa del sentenciado Gildemaro Yassir Valdivia Falcón al fundamentar su recurso de nulidad a fojas mil trescientos cuarenta y tres, señala que impugna la sentencia dictada por el Colegiado Superior en el extremo de la reparación civil; que no se ha ocasionado daño a los supuestos agraviados, pues de acuerdo a la tesis que se ha planteado durante el proceso de manera coherente y uniforme, la denuncia presentada por la madre de los menores es falsa y obedece a un afán de conseguir un beneficio económico a través de una extorsión; que la conducta de su patrocinado, respecto a los delitos de actos contra el pudor y pornografía infantil no ha sido probada por el Ministerio Público, esto es no se ha demostrado que haya actuado con dolo, el mismo que es un elemento subjetivo fundamental, para poder emitir una sentencia condenatoria, toda vez que lo que se sanciona es la intencionalidad y de acuerdo a las declaraciones del procesado éste no ha tenido intención alguna, sino que todo lo tomó como un juego o una palomillada, por lo que existe error de tipo invencible. Por su lado, el señor Fiscal Superior al fundamentar su recurso de nulidad a fojas mil trescientos cuarenta y ocho, impugna el extremo de la sentencia que absolvió al procesado Valdivia Falcón de los cargos por delito de violación sexual de menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales V.M.C.C.; que la Sala Penal Superior incurre en un error de apreciación en este aspecto, pues por el sólo hecho que el menor luego del ataque sexual haya seguido con sus actividades normalmente, no es motivo suficiente para considerar que ello sería un indicativo de que no se le ultrajó sexualmente; que el menor agraviado contaba a la fecha en que se realizaron los delitos denunciados con siete años, y a esa edad es poco probable que un menor asuma la gravedad de los hechos que le ocurrieron como en este caso, sucediendo más bien según las características de su personalidad que reserve un

desahogo de las emociones que le provoca un hecho traumático (resentimiento) hasta que no pueda soportarlo más; que, además, se ha indicado en la sentencia que la imputación efectuada por el delito de violación sexual, sólo cuenta con la sindicación del menor agraviado no contándose con otro elemento de prueba que la respalde, sin embargo, tal precisión es errónea si se tiene en cuenta que de los actuados aparece a nivel preliminar tanto la referencial del menor agraviado identificado con las iniciales V.M.C.C. de fojas doce, como la de su hermanito identificado con las iniciales A.R.C.C. de fojas veintiuno; que por la corta edad de los menores agraviados, no se puede exigir que estos concurran a la etapa de instrucción o al juicio oral, más aún si ya han declarado a nivel preliminar, lo cual en su oportunidad no fue cuestionado; que, además la versión del menor identificado con las iniciales V.M.C.C. se encuentra corroborada con el merito del certificado médico legal de fojas cuarenta y seis; que para valorar la declaración de este menor, debe considerarse el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, que fija las pautas a seguir respecto a la sindicación efectuada por el agraviado, testigo o coacusado en los delitos clandestinos a fin de asegurar su certeza; que, finalmente se advierte una clara contradicción en la sentencia recurrida, pues en el fundamento undécimo se ha indicado primero que no existirían elementos probatorios para el delito de violación sexual al menor V.M.C.C. y luego reconoce que si se cometió el delito, pero que no existe suficiencia probatoria respecto a la responsabilidad del procesado. **Segundo:** Que, los menores identificados con las iniciales V.M.C.C. - siete años de edad - y A.R.C.C. - cuatro años de edad – son hermanos y viven junto a sus padres, en calidad de inquilinos en el inmueble ubicado en la calle José Gálvez número setecientos ocho del distrito de Miraflores - Arequipa, lugar en el que también vive el menor identificado con las iniciales R.R.Z.C. en compañía de sus padres - quienes son los arrendadores de los primeros nombrados -; que, en dicho contexto se le atribuye a Gildemaro Yassir Valdivia Falcón, que el día nueve de marzo de dos mil ocho, en circunstancias que los menores identificados con las iniciales V.M.C.C. y A.R.C.C. - hermanos - se encontraban dentro de su habitación, tocaron la puerta, la cual fue abierta por el segundo de los mencionados, ingresando el encausado Valdivia Falcón y el menor identificado con las iniciales R.R.Z.C. – mientras que la madre de dichos hermanos estaba fuera de su casa y el padre libando licor en el primer piso con otras personas -, en tal situación es que el procesado Valdivia Falcón dirigiéndose al menor identificado con las iniciales V.M.C.C. le tapa los ojos *y* se baja su

pantalón *y* calzoncillo, tras ello también le baja sus prendas para luego penetrarlo con su pene por el ano; asimismo, ese mismo día en horas de la mañana el procesado Valdivia Falcón obligó a los menores identificados con las iniciales V.M.C.C., A.R.C.C., R.R.Z.C. y E.R.B.L. a que realicen tocamientos indebidos y actos libidinosos contrarios al pudor, tanto a su persona como entre ellos, obligándose incluso al menor de iniciales A.R.C.C. a que colocara su miembro viril en la boca del otro menor identificado con las iniciales E.R.B.L., así como que simulen realizar el acto sexual, lo que también hacen los otros menores. **Tercero:** Que, de acuerdo al articulo trescientos del Código de Procedimientos Penales este Supremo Tribunal sólo puede emitir pronunciamiento respecto a los extremos materia de impugnación, que en el presente caso, de acuerdo a los recursos interpuestos tanto por el sentenciado, como por el Fiscal Superior, se encuentran referidos: **i)** al monto fijado por concepto de reparación que deberá pagar el sentenciado Gildemaro Yassir Valdivia Falcón, **ii)** a la absolución dictada a favor del precitado encausado por delito de violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales V.M.C.C.; y la condena impuesta por el delito de actos contra el pudor. **Cuarto:** Que, respecto al punto debe indicarse que el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el articulo ciento setenta y tres del Código Penal - inciso uno en el presente caso, por ser el agraviado un menor de diez años - sanciona al que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías - de acuerdo al artículo uno de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada el cinco de abril de dos mil seis, esto es vigente al momento de los hechos -, en tal sentido, se debe determinar si en el presente caso el encausado Valdivia Falcón agredió sexualmente al menor de iniciales V.M.C.C., realizando los actos consignados precedentemente. **Quinto:** Que, en dicho orden de ideas debe señalarse que toda sentencia condenatoria será el resultado de un análisis exhaustivo que el Juzgador debe efectuar, tanto de la prueba de cargo, como de la prueba de descargo que se haya podido recabar durante la tramitación de un proceso penal, seguido con todas las garantías del caso, pues sólo de la debida contrastación de éstas, que genere a su conclusión certeza en el Juzgador respecto a la responsabilidad del procesado y, por ende, el desvanecimiento del principio de presunción de inocencia, se puede arribar a tal decisión jurisdiccional, caso contrario se deberá optar necesariamente por un pronunciamiento absolutorio. **Sexto:** Que, en tal sentido, se tiene que en autos se encuentra debidamente acreditada la materialidad del delito de violación sexual, ello con el mérito del

certificado médico legal de fojas treinta y seis practicado al menor identificado con las iniciales V.M.C.C. de siete años de edad, debidamente ratificado a fojas cuatrocientos ochenta *y* seis *y* durante el juicio oral a fojas mil ciento cinco en el que se ha consignado "ano eufónico, pliegues anales radiados cicatriz de uno por cero punto tres centímetros a horas VII de la esfera anal", concluyéndose "ano con signos de acto contranatura". **Sétimo:** Que, asimismo, debe indicarse que de lo actuado no ha sido factible corroborar de manera concluyente e indubitable que el encausado Valdivia Falcón, sea el responsable de tal ataque sexual, en mérito a que únicamente obra en autos como elemento de prueba de sexual, por tanto, de la contrastación de la prueba acopiada en este extremo se concluye que lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra ajustado a ley. **Octavo:** Que, en cuanto al punto **ii)** debe precisarse que el monto que se consigne en la sentencia por concepto de reparación civil debe encontrase en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, debiendo existir proporcionalidad entre estos, que, además, la indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo a lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal, que en dichas consideraciones se advierte que como consecuencia de los actos contrarios al pudor que han sido materia de denuncia y proceso se ha afectado la tranquilidad emocional de as menores, así se advierte de los protocolos de pericia psicológica de fojas ciento cuatro y ciento cinco - que en el caso del menor de iniciales A.R.C.C. ello no es tan evidente, sin embargo, la explicación es que por su corta edad no logra aún efectuar una compresión exacta sobre el problema sucedido -, en dicho orden de ideas debe concluirse que el monto fijado en la sentencia materia de grado por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a derecho, pues ha sido fijado de manera razonable y en directa relación con el daño ocasionado. **Noveno:** Que, en cuanto al punto **iii)** debe precisarse que si bien dicho extremo de la impugnación - respecto al delito de actos contra el pudor - no ha sido claramente delimitado en la parte introductoria del recurso de nulidad presentado por el procesado, sin embargo, al efectuar el desarrollo de su impugnación si plantea agravios al respecto, por lo que es necesario efectuar el pronunciamiento correspondiente, en tal sentido, debe indicarse que dicho ilícito se encuentra debidamente acreditado con el mérito de las actas de visualización de videos de fojas ochenta *y* siete *y* cuatrocientos noventa *y* siete, en los que se observa las imágenes captadas con el celular del encausado Valdivia Falcón, donde los menores se realizan tocamientos indebidos de manera mutua, evidenciándose que en todo momento el encausado los ha estado dirigiendo

y filmando, sin ánimo de practicar el acto sexual; que en tal virtud, se cumple en el accionar del encausado el comportamiento típico que exige la norma - al respecto, cabe señalar que este delito se configura cuando el agente sin tener el propósito o intención de tener acceso carnal sexual o análogo, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos, eróticos o lúbricos contrarios al pudor, recato o decencia - **Décimo:** Que, si bien no se cuestiona el extremo de la sentencia referido a la condena - por mayoría - respecto al delito de pornografía infantil, sin embargo, debe precisarse que el tipo penal previsto en el artículo ciento ochenta y tres A del Código Penal, sanciona, entre otras conductas la posesión de objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o la realización de espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, agravándose tal situación cuando los menores tengan menos de catorce años, supuesto en el cual la pena oscila entre seis y ocho años de pena privativa de libertad; al respecto se tiene en el presente caso, que del acta de registro domiciliario e incautación de fojas veinticinco practicado en la vivienda del encausado se logró incautar un celular marca "Sony Ericson", cuya propiedad ha reconocido el encausado Valdivia Falcón durante el proceso, en donde se ha podido corroborar el contenidos de imágenes audiovisuales - ocho videos - de connotación sexual, lo cual a tenor del texto de la norma resulta suficiente para tenerse por acreditado el delito materia de análisis. **Décimo Primero:** Que, finalmente, debe referirse que para la dosificación punitiva o para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena y el *quantum* de estas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente la pena y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente - conforme al articulo cuarenta y seis del Código Penal -, que en tal sentido, se advierte que las circunstancias que acompañaron al presente evento delictivo han sido analizadas correctamente por el Tribunal Superior, toda vez que el encausado es un agente primario, contaba al momento de los hechos con dieciocho años de edad - hecho que si bien no lo hace gozar de responsabilidad restringida, pero que debe tomarse en cuenta su juventud para fijar la pena a imponer - por lo que es de concluirse que la sanción

impuesta - la misma que teniendo en cuenta los delitos imputados, representa el mínimo legal - se encuentra ajustada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil doscientos setenta y siete, de fecha veintiocho de agosto de dos mil nueve, en los extremos que: **i)** absolvió a Gildemaro Yassir Valdivia Falcón, por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificada con las iniciales V.M.C.C.; **ii)** en cuanto fijó en ocho mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el citado sentenciado a favor de los menores agraviados y en dos mil nuevos soles que por dicho concepto deberá abonar a favor de la sociedad; asimismo, **iii)** en cuanto condenó a Valdivia Falcón por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menores de catorce años, en agravio de los menores identificados con las iniciales A.R.C.C., E.R.B.L., V.M.C.C. y R.R.Z.C.; finalmente en cuanto se le condenó al precitado encausado - por mayoría - por delito contra la Libertad - ofensas al pudor público en la modalidad de pornografía infantil, en agravio de los menores identificados con las iniciales V.M.C.C., A.R.C.C., R.R.Z.C., E.R.B.L. y la sociedad representada por el Ministerio Público, imponiéndosele - por mayoría - cinco años de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene; v, los devolvieron.-

SS.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES