Valoración de la prueba personal en segunda instancia

Sumilla. La Sala Penal de Apelaciones puede volver a valorar la prueba personal actuada en primera instancia, pero está supeditada a que haya sido entendida o apreciada con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto, o que haya sido desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintinueve de enero de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el actor civil PORFIRIO GAYOSO MORA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y cinco, de siete de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que revocó la sentencia de primer grado de fojas ciento noventa y dos, del dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Liquidadora en adición a sus funciones-Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cusco, que condenó a Néstor Huamán Ccollatupa como autor del delito contra la libertad-violación de la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. G. C. C., a treinta años de pena privativa de libertad, fijó como reparación civil seis mil soles en favor de la menor agraviada; y, reformándola, lo absolvió del requerimiento acusatorio como autor del delito y agraviada antes mencionada.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO. La señora fiscal provincial, mediante requerimiento de fojas dos del cuaderno de debates, formuló acusación contra NÉSTOR HUAMÁN CCOLLATUPA como autor del delito de violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales R. G. C. C., solicitando que se le imponga la pena de treinta años de privación de la libertad, y se fije como reparación civil la suma de seis mil soles a favor de la referida menor. Posteriormente, en los mismos términos del dictamen fiscal indicado se dictó el auto de enjuiciamiento de fojas catorce del cuaderno de debates, de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis.

SEGUNDO. Llevado a cabo el juzgamiento, el Juzgado Penal Colegiado, mediante sentencia de fojas ciento noventa y dos, de fecha dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis, condenó a NÉSTOR HUAMÁN CCOLLATUPA, como autor del delito de violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales R. G. C. C., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó por concepto de reparación civil, la suma de seis mil soles a favor de la citada agraviada.

TERCERO. Contra la mencionada sentencia, el procesado NÉSTOR HUAMÁN CCOLLATUPA interpuso recurso de apelación de fojas doscientos dos, de fecha veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis. Dicha impugnación fue concedida por auto de fojas doscientos seis, de fecha doce de octubre de dos mil dieciséis. Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§. PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO. En la audiencia de apelación, luego de declarar nulo lo actuado –respecto del procedimiento en segunda instancia– se admitió

la declaración testimonial de Ana María Condori Moreano (fojas doscientos setenta y siete), siendo la única que se recabó (fojas doscientos ochenta y dos), pues el encausado NÉSTOR HUAMÁN CCOLLATUPA guardó silencio. No se oralizó ninguna pieza procesal. Seguidamente se expusieron los alegatos finales de los sujetos procesales concernidos, según emerge del acta de fojas doscientos ochenta y uno. En ese contexto, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y cinco, de fecha siete de abril de dos mil diecisiete, revocó la sentencia de primera instancia que condenó a NÉSTOR HUAMÁN CCOLLATUPA como autor del delito de violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales R. G. C. C., a treinta años de pena privativa de libertad, y fijó por concepto de reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la referida agraviada; y, reformándola, lo absolvió del requerimiento acusatorio como autor del delito y agraviada antes mencionada.

QUINTO. Frente a la sentencia de vista acotada, el actor civil Porfirio Gayoso Moya promovió recurso de casación de fojas trescientos trece, de fecha veinticinco de abril de dos mil diecisiete. Mediante auto de fojas trescientos veintinueve, de fecha diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§. PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA SUPREMA

SEXTO. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo cuatrocientos treinta, numeral seis, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas cincuenta y tres (del cuadernillo supremo), de fecha treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, por el que declaró bien concedido el recurso de casación.

Se puntualizó que la sentencia de vista ha incorporado argumentos que no han sido fundamentados en la sentencia de primer grado, así como se dio valor probatorio distinto a la prueba personal. La Sala Superior afirmó que: ***a)*** Las versiones de la agraviada son contradictorias de cómo se encontró el celular; ***b)*** La agraviada señaló: "*...a veces no le doy comidita a la gallina me pegaba, a veces la mamá del Néstor le hacía cuento de nada me pegaba*"; ***c)*** La agraviada requería exculpar a su padre; ***d)*** La menor agraviada, según pericia antropológica tiene contextura gruesa, con sobrepeso, mientras que el imputado por principio de inmediación se verifica que es delgado, por lo que carece de sentido, las circunstancias del acceso carnal por haber un cerco de un metro de altura; y, ***e)*** La agraviada en un primer momento concurrió a la Fiscalía a denunciar y dijo que su papá la había violado, como señala la pericia psicológica en el Rubro Historia Familiar. Se verifica de los argumentos de la sentencia de vista, que se ha dado distinto valor probatorio a la declaración de la víctima; y, se incorporó argumentos que no han merecido evaluación en la sentencia de primera instancia; inobservando de este modo, la doctrina jurisprudencial fijada en las casaciones números 03-2007 y 54-2010-Huaura; 195-2012 Moquegua; y, 385-2013-San Martín. La casación fue admitida por la causal prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, numeral cinco del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación (notificaciones de fojas sesenta y uno y sesenta y dos, en el cuadernillo supremo), se emitió el decreto de fojas sesenta y seis, de fecha diez de diciembre de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación, el diecisiete de enero del presente año.

OCTAVO. Realizada la audiencia de casación, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión privada.

Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

MOTIVO DE LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. APARTAMIENTO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

PRIMERO. El numeral tres, del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal autoriza a la Corte Suprema establecer precedentes vinculantes. Dicha norma estatuye que: "En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de la Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial".

SEGUNDO. Cuando se interpreta un instituto jurídico material o procesal, y se declara su obligatoriedad, este debe ser acatado por todos los jueces. En consecuencia, si existe tal precedente y sus alcances han sido inobservados o erróneamente aplicados, basta referirse a ese motivo para sustentar el recurso de casación. En este caso, el recurso es admisible cuando exista una contradicción de la sentencia con la jurisprudencia vinculante[1].

TERCERO. La casación jurisprudencial resulta atendible hasta en tres supuestos. Estos se presentan cuando los órganos jurisdiccionales

[1] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal lecciones*, INDECCP-CENALES, Primera edición, 2015, p.739.

penales, diferentes de la Corte Suprema: i) se apartan de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, al decidir, expresamente, no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante que sea de aplicación al caso que resuelven, justificando su decisión de apartamiento, precisando sus razones –apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial–, ii) soslayan la aplicación del referido criterio jurisprudencial a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión al mismo en la resolución que expiden –apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial–; y, iii) aparentemente cumplen con aplicar el criterio jurisprudencial vinculante, o de ineludible observancia, que resulta ser de aplicación al caso que resuelven; no obstante, no lo hacen rigurosa, adecuada o acabadamente, lo cual repercute, significativamente, en la solución del caso que deciden –apartamiento material de doctrina jurisprudencial– (Casación número trescientos cuarenta y cuatro-dos mil diecisiete-Cajamarca, expedida el cuatro de diciembre de dos mil diecisiete).

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERSONAL EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO. Por otro lado, la instancia recursiva implica una serie de limitaciones al objeto de conocimiento como son: lo que piden los recurrentes, a través de sus agravios; la incorporación de prueba, pues solo se admite la nueva; la valoración de la prueba personal, pues por designio del inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal el Tribunal de Apelación no puede variar el resultado probatorio sobre la prueba personal realizada en primera instancia, si no hay prueba nueva [F.J. octavo, de la sentencia de casación 96-2014-Tacna, Sala Penal Permanente, del veinte de abril de dos mil dieciséis].

QUINTO. El juzgador de mérito se encuentra sujeto a lo estipulado en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, al momento de la deliberación y análisis de la prueba actuada en segunda instancia y de las pruebas pericial, documental, preconstituida, anticipada y personal.

SEXTO. En efecto, el numeral dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, estipula que:

> [...] La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

SÉPTIMO. Dicha norma trae consigo una nueva forma de apreciar la prueba actuada en primera instancia, a la que no se le puede otorgar valor probatorio diferente a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que se actúe independientemente prueba en segunda instancia.

OCTAVO. En efecto, en la casación número 54-2010-Huaura del tres de marzo de dos mil once, en el fundamento jurídico décimo primero, se define a la inmediación "como principio y presupuesto, [que] permite el acercamiento del Juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir una sentencia justa (...) [precisando que] si el Colegiado Superior no tiene ante sí al testigo (prueba personal) es imposible que le otorgue diferente valor probatorio sin la actuación de otros medios probatorios que la cuestionen". En igual sentido, en la casación número 195-2012-Moquegua del cinco de septiembre de dos mil trece, referida a la institución denominada "condena del absuelto", se desarrolló en su considerando décimo segundo el principio de inmediación en relación al

juicio oral de primera y segunda instancia, precisando que "la nueva regulación [nuevo Código Procesal Penal] importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque ésta requiere inmediación, de la que carece el órgano Ad quem"-véase punto 12.2.11 de la referida ejecutoria".

NOVENO. Empero, en cuanto a la valoración de la prueba personal la jurisprudencia emitida por el Supremo Tribunal ha precisado determinadas excepciones al principio de inmediación en su valoración por el Tribunal de mérito. Así, en la casación número 05-2007-Huaura del once de octubre de dos mil siete, en su fundamento jurídico séptimo, refirió que si bien el Tribunal de alzada no puede modificar la valoración del contenido de la prueba personal, en atención al principio de inmediación y de oralidad, sin embargo, precisó que existen "zonas abiertas" accesibles al control, en situaciones referidas al contenido de la prueba personal. Siguiendo esa línea jurisprudencial, la casación número 03-2007-Huaura del siete de noviembre de dos mil siete, en su fundamento jurídico undécimo, reiteró que el contenido de la prueba personal puede ser merituada por el Juzgado de mérito, siempre que ésta haya sido entendida con manifiesto error, sea imprecisa, dubitativa, o haya podido ser desvirtuada por prueba practicada en segunda instancia.

DÉCIMO. En el mismo sentido en la casación número 385-2013-San Martín del cinco de mayo de dos mil quince, referida a la institución de la "condena del absuelto", en su fundamento jurídico 5.16 señala que si bien el jugador Ad quem no puede otorgar diferente valor probatorio a la (prueba personal), empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a

través del recurso de apelación si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia".

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

UNDÉCIMO. La sentencia de primera instancia fundamentó la condena en contra del acusado Néstor Huamán Ccollatupa, en mérito a la sindicación efectuada por la menor de iniciales R. G. C. C., analizada bajo las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, y se verificó el cumplimiento de las mismas.

11.1. En cuanto a la **ausencia de incredibilidad subjetiva,** indicaron que si bien el acusado indicó que con los familiares de la menor existía enemistad, por problemas de terrenos así como por la pérdida de un celular y dinero, respecto a los problemas de terrenos, no presentó prueba alguna, sobre el incidente del celular según refirieron los justiciables se solucionó con participación del Teniente Gobernador, lo cual evidencia que entre ambas familias no existían problemas que no pudieran superarse, por otra parte el propio acusado en su declaración admitió que llamaba a la agraviada con el apelativo de "monsefuana" o "monserata", lo que demuestra que había cierta confianza, en concreto no evidencia que los cargos en contra del acusado, tengan como sustento odio, revanchismo o venganza.

11.2. Al examen de coherencia del relato, esto es, **verosimilitud interna**, afirmaron que subyace una versión de los hechos con referencias fácticas suficientes en lo concerniente a la agresión sexual.

11.3. En lo atinente a la **verosimilitud externa**, como corroboraciones periféricas tomaron en consideración el certificado médico legal, la

pericia psicológica, el acta de reconocimiento de persona y el acta de constatación fiscal de lugar de los hechos, que contribuyen a reforzar la credibilidad de la sindicación de la menor.

11.4. Respecto a la **persistencia en la incriminación**, afirmaron que la menor sindicó al acusado ante el médico legista, reiterados ante la psicóloga y el juicio oral juicio oral, habiendo mantenido incólume la incriminación en contra del procesado, con algunas diferencias en cuanto a circunstancias que se encuentran justificadas por su edad y su grado de instrucción, pero sus versiones incriminatorias no variaron sustancialmente.
De esta forma se enervó la presunción de inocencia del imputado.

DUODÉCIMO. Llevada a cabo la audiencia de apelación, se precisa que el acusado ofreció como nuevo medio de prueba la declaración testimonial de Ana María Condori Moreano –véase acta de registro de audiencia de apelación de sentencia, fojas doscientos ochenta y uno del cuaderno de debate–. En la sentencia de vista se observa que la Sala Superior de Apelaciones, sobre la base de los argumentos de apelación, concluyó que:

12.1. La versión de la menor no superaría la garantía de certeza de ausencia de incredibilidad subjetiva, en tanto que la propia agraviada reconoce que la acusaron de la sustracción del celular y dinero de propiedad del procesado, habiendo el propio padre de la agraviada devuelto el celular en presencia del Teniente Gobernador, justificando la ubicación en su poder al haberlo comprado en Izcuchaca; mientras que la agraviada dijo que el celular lo encontró 'más abajo en su chacra', esgrimiendo versiones contradictorias sobre la forma en que el celular del imputado llegó a su poder. También destacó que la agraviada culpa a la mamá del imputado como la persona que motivó que la golpee su abuelita. Evidencia la existencia de rencor por parte de la agraviada

hacia el imputado y su familia, y pone en relieve "tanto más si requería exculpar a su padre de la imputación inicial, como autor del delito".

12.2. La declaración de la agraviada pierde logicidad, pues resulta poco probable, con la resistencia opuesta por la agraviada, que el imputado pueda haber logrado ingresar un cerco de un metro ochenta a dos metros de altura, conforme se describe del Acta de Constatación Fiscal, máxime si la agraviada según la pericia antropológica tenía sobrepeso, y el acusado, por el principio de inmediación, es delgado. Carecen de sentido las circunstancias del acceso carnal.

12.3. En cuanto a la verosimilitud interna, concluyeron que la menor inicialmente, cuando concurrió a la fiscalía a denunciar el hecho dijo que su papá la había violado, conforme se detalla en la pericia psicológica. La imputación inicial fue hacia el padre de la menor, cuyo testimonio fue presenciado por la profesora de la menor.
En ese sentido, para la Sala de Apelaciones la sindicación de la menor no superaría las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, y en consecuencia absolvieron al acusado Néstor Huamán Ccollatupa.

DECIMOTERCERO. En el caso materia de alzada, se advierte que la Sala Superior no fundamentó adecuadamente los motivos por los cuales considera que el razonamiento de primera instancia no sea el correcto. Asimismo, no identificó las zonas abiertas susceptibles de control.

DECIMOCUARTO. Como se indicó *ut supra*, la Sala Penal de Apelaciones puede volver a valorar la prueba personal actuada en primera instancia, pero está supeditada a que haya sido entendida o apreciada con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto, o que haya sido desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia. Empero

ninguno de estos supuestos antes descritos resulta equiparable con el juicio valorativo efectuado por la Sala de Apelaciones a pesar que indica que el relato de la menor no es lógico en cuanto a las circunstancias (estrictamente referido al lugar donde aconteció el hecho). Incluso descarta las circunstancias de la comisión del hecho delictivo amparándose en que la menor tenía sobrepeso, cuando del examen médico practicado a la menor, próximo a la fecha de los hechos, se señala que esta era de contextura delgada (ver fojas veinticinco del cuaderno de debates). Por otro lado, incluso el Colegiado Superior en ningún momento valora la declaración de la testigo de descargo que fue actuada en audiencia de apelación, tampoco refiere que la sentencia de primer grado infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En tal sentido existe un manifiesto apartamiento de la doctrina jurisprudencial reseñada en los considerandos precedentes, contraviniendo además lo establecido en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, respecto a la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual; a lo que se aúna la inobservancia de la prohibición preceptuada en el numeral dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal. Ergo, se desprende que la sentencia cuestionada está incursa en la causal prevista en el literal d del artículo ciento cincuenta de la norma adjetiva por ende la vulneración a las garantías constitucionales previstas en el artículo ciento treinta y nueve, numerales tres y cinco de la Constitución Política del Estado, y por tanto la nulidad de la recurrida. En consecuencia, deben remitirse los actuados a otra Sala Penal de Apelaciones, a fin de que luego de llevar a cabo la audiencia de apelación respectiva, emita nuevo pronunciamiento conforme a ley, en mérito a lo preceptuado en el segundo párrafo del numeral dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del referido código. Así, el recurso

casatorio fundado en la causal cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el actor civil PORFIRIO GAYOSO MORA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y cinco, de siete de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que revocó la sentencia de primer grado de fojas ciento noventa y dos, del dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Liquidadora en adición a sus funciones-Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cusco, que condenó a Néstor Huamán Ccollatupa como autor del delito contra la libertad-violación de la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. G. C. C., a treinta años de pena privativa de libertad, fijó como reparación civil seis mil soles en favor de la menor agraviada; y, reformándola, lo absolvieron del requerimiento acusatorio como autor del delito y agravi antes mencionada; y, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista recurrida.

II. ORDENARON que otro colegiado superior cumpla con dictar nueva sentencia, previa audiencia de apelación en las mismas condiciones que la anterior, y cumplidas las formalidades se dicte la sentencia correspondiente.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala; y, acto

seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/jj