



SENTENCIA NULA

Se ha incurrido en causal de nulidad insalvable, prescrita en el numeral uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales por infracción al derecho a probar -como contenido del derecho de defensa- del encausado.

Lima, veintiuno de marzo de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado **RAFAEL CUPERTINO AMADO PETIT** contra la sentencia del veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima -de páginas seiscientos cuarenta y seis a seiscientos cincuenta y seis-, que lo condenó, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor, en perjuicio de la menor identificada con Clave número trescientos noventa y uno-dos mil siete, a veinticinco años de pena privativa de la libertad; y, fijó en cinco mil soles que por concepto de reparación civil deberá de abonar el sentenciado a favor de la agraviada; y, dispusieron, en aplicación del artículo ciento setenta y ocho-A del Código de Procedimientos Penales, el tratamiento terapéutico del condenado a fin de facilitar su readaptación social.

Con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. Se atribuyó al encausado Rafael Cupertino Amado Petit -padastro de la agraviada-, haber ultrajado sexualmente a la menor identificada con Clave número trescientos noventa y uno-dos mil siete, desde que tenía once años de edad (año dos mil cuatro), hasta los catorce años, esto es, el veintiséis de setiembre de dos mil siete, en el inmueble ubicado en el jirón Los Flamencos número quinientos dieciséis, urbanización Santa Anita, distrito de Santa Anita.



2. El veintinueve de setiembre de dos mil siete, el encausado, aprovechó que se encontraba a solas con la referida menor –porque su madre salió a recoger unos análisis a un consultorio–, se le acercó cuando ella se encontraba en el lavadero de su domicilio, la agraviada le solicitó permiso para ir al ensayo de la banda de su colegio, este le respondió, que si quería salir, ya sabía qué tenía que hacer, refiriéndose a que le practique sexo oral.

Luego de lo cual, la jaló del brazo, la llevó a su cuarto, se bajó el pantalón y calzoncillo, la echó en la cama para que le practique sexo oral; sin embargo, llegó su madre, tocando el timbre en forma insistente. Al demorarse en abrir la puerta, les preguntó qué ocurría, a lo que le respondieron que nada, para luego decirle la menor que se estaba cambiando.

Al día siguiente, la citada menor, le contó a su madre que estos hechos venían ocurriendo desde que tenía once años de edad, que el encausado la obligaba a que le practique sexo oral, y este le succionaba sus senos, y le tocaba su pelvis, motivo por el cual la madre de la menor formuló denuncia ante la comisaría de Santa Anita.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

3. El Tribunal Superior sustentó la sentencia en los argumentos siguientes:
 - 3.1. La sindicación de la menor agraviada cumple con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis.
 - 3.1.1. El presupuesto de incredibilidad subjetiva. El acusado manifestó que mantuvo una relación sentimental con la denunciante –madre de la agraviada–, incluso la agraviada le llegó a decir “papá”. Entonces, no existe móvil espurio de venganza que justifique la denuncia en su contra.
 - 3.1.2. También concurren los presupuestos de verosimilitud y persistencia en la incriminación. La declaración incriminatoria de la agraviada goza de certeza y credibilidad, para ser considerada prueba de cargo, por haber narrado en su declaración preliminar, el modo, forma,



circunstancias y lugar donde fue obligada a practicarle sexo oral al encausado.

Así, sindicó al encausado como el autor de los hechos en su contra, y lo reiteró en la entrevista psicológica y a nivel judicial.

3.1.3. También, está la partida de nacimiento, que refleja que la menor nació el dieciocho de abril de mil novecientos noventa y tres, lo que acredita que los hechos se iniciaron desde que tenía once años de edad hasta más de catorce años de edad. Asimismo, la declaración de la ciudadana Jenny Esther Díaz Pedemonte –página nueve a diez–, gestora de la denuncia, quien señaló que la menor agraviada le confesó que su padrastro la obligaba a practicarle sexo oral.

Además, en la Evaluación Psicológica N.º 054524-2016-PS-DCLS, practicada al acusado, concluyó que presenta personalidad con rasgos obsesivos disociales caracterizado por no tener control de sus impulsos, extensible incluso al área sexual.

3.1.4. De ello, fluye que dentro de la dinámica familiar existía por parte del acusado un ejercicio de poder respecto a la menor, que la subyugaba, extremo que acredita la relación de dependencia y sujeción de la víctima.

3.1.5. La práctica sexual denunciada no era ajena al acusado, conforme a las muestras fotográficas –de páginas cuatrocientos ochenta y uno a cuatrocientos ochenta y cuatro– que la registran.

3.1.6. La tesis de exculpación del encausado, no son contrastables ni siquiera de manera indiciaria y, si bien es cierto se han recabado testimoniales que informan su conducta proba, estas no se circunscriben al espacio en que se desarrollaron las prácticas sexuales denunciadas.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

4. El sentenciado Rafael Cupertino Amado Petit interpuso recurso de nulidad –página seiscientos cincuenta y siete–, y lo fundamentó –páginas seiscientos sesenta y uno a seiscientos setenta y tres–. Pese a lo confuso de su recurso, se advierte que alegó infracción al principio de presunción de inocencia y a la prueba, en los motivos siguientes:



- 4.1.** No existe verosimilitud ni persistencia en la incriminación. La agraviada ni su madre se presentaron al contradictorio.
- Existe contradicción en ambas declaraciones –agraviada y su madre–. La agraviada sostuvo que los actos se iniciaron cuando tenía once años de edad, mientras que la madre –de la agraviada– señaló que se inició cuando tenía ocho años de edad. Además, que estos hechos no fueron comunicados a su amiga o profesora.
- 4.2.** El certificado médico legal practicado a la agraviada concluyó que no presenta desfloración antigua ni signos de actos contra natura.
- 4.3.** La agraviada ha negado haber sido víctima de violación sexual, y haber sido fotografiada. Las fotografías corresponden a la madre de la agraviada, tomadas con su consentimiento hace seis años aproximadamente.
- 4.4.** El móvil por el cual ha sido denunciado, –según piensa– es porque la agraviada ha sido inducida por su madre para quedarse con el departamento que habían adquirido, y sería entregado en el curso del año dos mil siete, a donde solo llevaría a vivir a sus cuatro hijos –menores de edad–, de los siete –los otros tres son mayores de edad– que tenía.
- 4.5.** No se practicó la pericia antropológica (superposición facial), homologación y análisis de tipo biométrico comparativo u otro para determinar que las imágenes que aparecen en las fotografías –de páginas cuatrocientos ochenta y uno a cuatrocientos ochenta y cuatro– correspondan a la agraviada.
- 4.6.** El examen psicológico practicado al encausado no ha determinado que tenga preferencia sexual por menores de edad.
- 4.7.** Los testigos Julia Carmina Valverde Zavaleta, Mercedes Gamboa Ramos de Quispe y Aurelia García Pillaca, en el juicio oral, señalaron que el encausado es una persona de buena conducta, dieron fe de su honor, a quien conocen por ser profesor de sus menores hijas en el centro educativo donde este laboraba, lo que se corrobora con sus diplomas de reconocimiento, felicitación y participación como profesor de treinta años de servicios.



CALIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA

5. El delito de violación sexual de menor de edad -cuando la agraviada tenía once hasta los catorce años de edad-, conforme al dictamen ampliatorio de páginas cuatrocientos treinta y cinco, está tipificado en el numeral tres, del primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, del ocho de junio de dos mil cuatro, que sanciona al agente: “[...] 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 la libertad: [...] 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años”, concordante con el último párrafo del citado numeral, que señala: “Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3”.

6. Asimismo, el delito de violación sexual -desde que la menor contaba con catorce años de edad-, está tipificado en el numeral cuatro, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta, del Código Penal, modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, del ocho de junio de dos mil cuatro, y sanciona al agente que: “[...] con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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, será reprimido “[...]. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda: “[...] 4. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años”.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

7. 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 el 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.



8. En el presente caso, conforme a los motivos de agravio antes citados, corresponde verificar, si el razonamiento de la Sala de Mérito se sustentó en elementos probatorios legítimos y validan la decisión asumida o si corresponde amparar los agravios del recurrente.
9. En el motivo tres punto uno, el impugnante, implícitamente, reclamó infracción al derecho fundamental a la prueba. Sostiene que la agraviada y la madre de la agraviada no concurrieron al plenario; sin embargo, se ha declarado su responsabilidad.
10. El Tribunal Constitucional, ha señalado en la sentencia, recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC, que el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos.
11. En tal sentido, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 6712-2005-HC/TC, fundamento quince, delimitó el contenido del derecho a la prueba en los siguientes términos:

[...] Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.
12. También, en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 6075-2005-PHC/TC y 00862-2008-PHC/TC, estableció que se vulnera el derecho a probar cuando, habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio, ello no es llevado a cabo.



- 13.** Veamos, en el presente caso, la menor agraviada identificada con Clave número trescientos noventa y uno-dos mil siete, brindó su declaración a nivel policial –página dieciocho a veintidós–, el treinta de setiembre de dos mil siete, en presencia del fiscal de familia, y su madre Jenny Esther Díaz Pedemonte. Entonces, no se incurrió en infracción alguna, por cuanto la participación del Ministerio Público garantiza su legalidad, conforme a lo prescrito en el artículo setenta y dos del Código de Procedimientos Penales, que prescribe: “[...] Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio fiscal provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento”.
- 14.** Ello, en coherencia con lo dispuesto por el artículo ciento cuarenta y tres del citado cuerpo adjetivo, que prescribe: “La declaración preventiva de la parte agraviada es facultativa [...]. En los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes la declaración de la víctima será la que rinda ante el fiscal de familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del juez”.
- 15.** Sin embargo, situación distinta es respecto a la declaración testimonial de la madre de la agraviada, doña Jenny Esther Díaz Pedemonte, brindada a nivel policial –página nueve y diez–, del treinta de setiembre de dos mil siete, se realizó sin presencia fiscal, declaración que es útil para el esclarecimiento de los hechos, toda vez que ella señaló que el día veintinueve de setiembre de dos mil siete, en horas de la noche salió a recoger los análisis a un laboratorio cercano a su vivienda, siendo que al regresar a su domicilio, a pesar de tocar insistentemente, demoraron en abrirle la puerta, siendo finalmente abierta la puerta por el encausado, y que a partir de allí, es que ella sospecha, y al preguntarle el mismo día la menor no le contó los hechos, hasta el día siguiente –treinta de setiembre de dos mil siete–, siendo recién allí donde procede a denunciar al recurrente.
- 16.** Es cierto, también, que ante la solicitud del Ministerio Público se admitió el examen de la citada –sesión de página quinientos veinticinco–; y se prescindió de su actuación, en virtud de los Partes N.º 1297-17-DIRNIC-



PNP/DIRINCRI-DIRPOJUREQ-DEPPJUD-SECPOJUD.LN/GF -informa que la persona de Walter Quevedo, manifestó que en dicho domicilio jirón Revolución N.º 219, Carabayllo, vive la familia Quevedo Quezada hace diez años- y el N.º 2415-2017-DIRNIC-DIRINCRI-DIVPOJREQ-PNP/Sec.G/F -informa la imposibilidad de conducción de grado o fuerza porque la referida testigo fue inquilina en el jirón Los Flamencos número quinientos dieciséis, urbanización Santa Anita, hacía nueve años-, de página quinientos sesenta y cuatro y quinientos setenta y tres; sin embargo, en ninguno de los dos partes los informantes se han identificado por sus nombres y apellidos, y pese a que la fecha de expedición del documento nacional de identidad de la testigo data del veintinueve de setiembre de dos mil dieciséis, siendo por ello necesario que se insista en la declaración de la referida testigo.

- 17.** Así, se tiene que pese haberse admitido la actuación de dicha declaración, y siendo necesaria para el esclarecimiento de los hechos, no se llevó a cabo, dado que su declaración fue sin presencia fiscal, siendo por ello necesario garantizar el derecho de defensa, y es necesario se notifique correctamente a la referida testigo y hacer uso de los apercibimientos de ley para ser conducida compulsivamente por la policía en caso de inconcurrencia.
- 18.** Por otro lado, es de relieves que en el plenario, en la sesión de páginas quinientos veinticuatro, se admitió -sin oposición de la defensa-, la actuación de los siguientes medios probatorios:
- 18.1.** Ratificación de la Pericia Sicológica N.º 020262-2007-PSC practicado a la agraviada, suscrita por el sicólogo Adrián Jesús Andrianzen Colona.
- 18.2.** Ratificación de la Pericia Sicológica N.º 023879-2007-PSC practicado al acusado, por su suscribiente Jacqueline Naraza Salazar.
- 18.3.** Se practique una evaluación sicológica y siquiátrica al acusado.
- 19.** En esa línea, respecto a la ratificación de la Pericia Sicológica N.º 020262-2007-PSC practicado a la agraviada -página ciento treinta y tres-, suscrita por el sicólogo Adrián Jesús Andrianzen Colona, es evidente que se prescindió de su actuación sin que exista constancia de notificación



al referido sicólogo, pues el oficio con dicho fin, fue recepcionado por Jefatura Nacional del Instituto de Medicina Legal –página seiscientos dieciséis–, y sin apercibimiento alguno, siendo necesario en el caso que los términos que aparecen en la citada pericia sean explicados por el referido perito.

20. En ese mismo sentido, en la ratificación de la Pericia Sicológica N.º 023879-2007-PSC, practicado al acusado, por su suscribiente Jacqueline Naraza Salazar, se prescindió, bajo el sustento que esta fue validada en el juzgado, vía diligencia de ratificación –página ciento sesenta y ocho–; sin embargo, esta actuación fue admitida en juicio oral, a fin de ser sometida al contradictorio por los sujetos procesales, lo que no ocurrió, siendo también necesaria la concurrencia del referido perito al plenario, a fin de que explique los términos que contienen la referida pericia.

21. En cuanto, a la Pericia Sicológica contra la libertad sexual N.º 054524-2016-PS-DCLS, practicada al acusado –el quince y veintiséis de noviembre de dos mil dieciséis, y obrante en página cuatrocientos ochenta y ocho–, suscrita por José García Jiménez y Ruth Marylinda Ostos Mariño, de la cual solo se ratificó la última de las nombradas –sesión de página seiscientos cinco – y Evaluación Siquiátrica N.º 061312-2016-PSQ, –practicadas el quince y veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis y dieciséis de enero de dos mil diecisiete–, suscrita por Víctor Guzmán Negrón y Melva Pino Echegaray –páginas cuatrocientos ochenta y ocho, y cuatrocientos noventa y seis–, siendo esta ratificada solamente por Pino Echegaray, en la sesión de página seiscientos. También, resulta necesaria la concurrencia de los referidos suscribientes para que expliquen sus conclusiones.

22. Y finalmente se tiene que tanto la Evaluación Siquiátrica N.º 23196-2007-PSQ practicada al encausado, el día veintiuno y veintiocho de noviembre de dos mil siete–, suscrita por el médico legista Carlos Alberto Baca Sáenz –página ciento treinta y siete– y Protocolo de Pericia Sicológica N.º 23879-2007-PSC, practicada al encausado el veintiuno de diciembre de dos mil siete, suscrita por Jaqueline Nazara Salazar –página ciento cincuenta



y ocho– no han sido contrastadas con las pericias descritas en el fundamento veintiuno de la presente ejecutoria suprema, siendo pertinente su actuación, con la finalidad de lograr ratificar o desvirtuar según sea el caso, la tesis de denuncia del titular del ejercicio público de la acción penal.

23. Es así, que ante la infracción al debido proceso, así como su incidencia en la tutela jurisdiccional efectiva, resulta necesario llevar a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, a fin de llevar a cabo las diligencias anotadas en los fundamentos dieciséis (declaración testimonial de Jenny Esther Díaz Pedemonte), diecinueve, veinte y veintiuno de la presente ejecutoria suprema, para tal efecto se deberá garantizar una legítima actividad probatoria y hacer uso de los apercebimientos que la ley prevé para lograr la realización de las citadas diligencias, a fin de esclarecer los cargos formulados en contra del encausado, con atención a las observaciones planteadas en la presente ejecutoria, quedando a criterio del Tribunal Superior la actuación de nuevos medios de prueba que faciliten el esclarecimiento de los hechos.

24. En estas condiciones, es evidente que este Tribunal Supremo está limitado para analizar el fondo del asunto en este extremo de la sentencia impugnada y los demás motivos de agravio, al haberse incurrido en causal de nulidad insalvable, prescrita en el artículo doscientos noventa y ocho, numeral uno, del Código de Procedimientos Penales, que prescribe: “La Corte Suprema declarará la nulidad: 1. Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

25. Finalmente, es de señalar que mediante auto apertorio de instrucción –página cuarenta y uno– del uno de octubre de dos mil siete, se dictó contra el encausado la medida de comparecencia con restricciones; no obstante, mediante resolución del catorce de marzo de dos mil doce – página trescientos ochenta y dos–, fue declarado reo contumaz, y se ordenó



su captura, siendo puesto a disposición el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, y por resolución del diecisiete de agosto de dos mil dieciséis, – página cuatrocientos veintitrés–, se levantó las órdenes de captura que pesaban en su contra, manteniéndose vigente el mandato de comparecencia con restricciones, bajo apercibimiento de revocársele el mandato de comparecencia por el de detención.

26. En ese sentido, habiendo transcurrido en exceso los plazos de instrucción, se debe ordenar la inmediata libertad del encausado, como consecuencia de la nulidad de la sentencia recurrida.

27. No obstante, en salvaguarda de que el proceso no sufra dilaciones indebidas, a causa de una posible incomparecencia a las citaciones que haga la Sala Penal correspondiente, resulta necesario que se mantenga vigente el mandato de comparecencia con restricciones, –pues conforme se ha señalado en el desarrollo del proceso, fue declarado reo contumaz–, a efectos de asegurar la presencia del imputado en el proceso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NULA la sentencia del veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libre de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima –página seiscientos cuarenta y seis a seiscientos cincuenta y seis–, que condenó a **RAFAEL CUPERTINO AMADO PETIT**, como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor, en perjuicio de la menor identificada con Clave número trescientos noventa y uno-dos mil siete, a veinticinco años de pena privativa de libertad; y, fijó en cinco mil soles que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; y, dispusieron, en aplicación del artículo ciento setenta y ocho-A del Código de Procedimientos Penales, el tratamiento terapéutico del condenado a fin de facilitar su readaptación social.



II. MANDARON que se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado, el cual observará lo expuesto en la parte considerativa de la presente ejecutoria.

III. ORDENARON la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista en su contra, orden o mandato de detención emanado por autoridad competente.

IV. DISPUSIERON que el encausado RAFAEL CUPERTINO AMADO PETIT, cumpla las siguientes reglas de conducta: **a)** no variar de domicilio, sin previo aviso al juzgado; **b)** no ausentarse del lugar de su residencia; **c)** cumplir con las citaciones y mandatos judiciales; y, **d)** concurrir cada fin de mes al local del juzgado a registrar su firma en el control biométrico respectivo; **OFICIÁNDOSE** para tal efecto, vía fax, o medio idóneo correspondiente, a la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, para los fines legales consiguientes; y los devolvieron.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

ieph/mrce