



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
CIVIL N°04222-2016-13-0401-JR-PE-01**

**PRESENTADO POR
ARIANA VALERIA GUERRERO VALLE**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

CHICLAYO – PERÚ

2021



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el
Título de Abogada**

Informe Jurídico sobre Expediente Penal N°04222-2016-13-0401-JR-PE-01

MATERIA : **Actos contra el Pudor y Violación Sexual de
menor de edad**

ENTIDAD : **Corte Superior de Justicia de Arequipa**

DENUNCIANTE : **F.A.P.**
(Agravada: Menor de iniciales J.J.S.A)

DENUNCIADO : **E.C.C.P.**

BACHILLER : **GUERRERO VALLE, Ariana Valeria**

CÓDIGO : **2015149731**

CHICLAYO – PERÚ

2021

RESUMEN

En el presente informe jurídico se analiza un expediente penal por el delito contra la libertad sexual en su modalidad de actos contra el pudor en menores de catorce años y violación sexual de menor de edad, delitos previstos en los artículos 176-A y 173 del Código Penal respectivamente, que estuvieron vigentes al momento de los hechos.

En el expediente, materia de informe, el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa declaró por mayoría al acusado E.C.C.P, autor de la comisión del delito de violación sexual de menor de edad; y por unanimidad, autor de la comisión del delito de actos contra el pudor en menores de catorce años, imponiendo treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, y como reparación civil por el primer delito la suma de dos mil soles, y por el segundo ilícito penal la suma de ocho mil soles a favor de la agraviada.

Asimismo, en el presente proceso la defensa técnica del acusado formuló recurso de apelación, el mismo que fue declarado fundado en parte, revocando la sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa; reformándola la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, declaró al acusado E.C.C.P absuelto por el delito de actos contra el pudor, y autor del delito de violación sexual de menor de edad, *pero en grado de tentativa*, imponiéndole quince años de pena privativa de la libertad, y sin pronunciamiento respecto al extremo civil que impuso el pago de la suma de ocho mil soles, debido que no fue materia de apelación.

Finalmente, la sentencia de segunda instancia fue materia de recurso de casación, por ambas partes, es decir, por la defensa técnica del acusado, así como por la representante del Ministerio Público; por la cual, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundados dichos recursos de casación interpuestos.

ÍNDICE

I.	RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO.....	1
1.1.	Imputación necesaria.....	1
1.2.	Principales actos de Investigación por parte de la Titular de la Acción Penal.....	1
1.3.	Requerimiento acusatorio.....	4
1.4.	Requerimiento de Actor Civil	5
1.5.	Audiencia de requerimiento de control de acusación.....	5
1.6.	Audiencia de juzgamiento.....	5
1.7.	Sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa.....	6
1.7.1.	Sobre el delito de actos contra el pudor.....	6
1.7.2.	Sobre el delito de violación sexual.....	7
1.7.3.	Parte resolutive.....	9
1.7.4.	Voto de discordia.....	10
1.8.	Recurso de apelación interpuesto por el sentenciado E.C.C.P.....	10
1.9.	Sentencia expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa	10
1.10.	Recurso de casación	11
1.10.1.	Interpuesta por el sentenciado E.C.C.P.....	11
1.10.2.	Interpuesto por la representante del Ministerio Público.....	11
1.11.	Casación N° 1083-2017 – Arequipa, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.....	11
II.	IDENTIFICACIÓN Y ANALISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	12
a.	¿Es posible someter a corroboración periférica la declaración de un testigo de referencia para enervar la presunción de inocencia y crear certeza en la declaración de la agraviada en los delitos contra la Libertad Sexual?	12
b.	Sujeto activo sostiene haberse mantenido en error en la edad de la víctima para substraerse de la acción penal por atipicidad en los delitos contra la libertad sexual en menores de edad.....	14
c.	Error de derecho incurrido por el <i>Ad quem</i> en la penalidad de la figura jurídica de la tentativa como interrupción del <i>iter criminis</i> , aplicándola erróneamente como una circunstancia atenuante privilegiada, por cuanto se constituye como causal de disminución de la punibilidad.....	16
III.	POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	24
IV.	CONCLUSIONES.....	27
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	28
VI.	ANEXOS.....	28

I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO

1.1. Imputación Necesaria

Se imputa al señor E.C.C.P ser autor del delito en contra de la Libertad Sexual, en la modalidad de Actos contra el pudor en menores de 14 años, tipificado en el numeral dos del primer párrafo y último párrafo del artículo ciento setenta y seis - A, del Código Penal que se encontraba vigente a la comisión del hecho, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A, quien contaba con nueve años al momento de la comisión de los hechos materia de imputación, representada en el presente proceso por su madre la señora F.A.P.

Asimismo, por el delito en contra de la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, sancionado en el numeral dos, artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del precepto normativo antes mencionado, siendo que la menor de iniciales J.J.S.A tenía con doce años al momento de los hechos.

1.2. Principales actos de investigación por parte de la Titular de la Acción Penal

a) Entrevista única en Cámara Gesell realizado a la menor de iniciales J.J.S.A

En el presente caso, tenemos que la menor cuenta con doce años, identificada con iniciales J.J.S.A., a quien se le realizó una entrevista única en Cámara Gesell en el Distrito Fiscal de Arequipa, en la cual se le realizó una serie de interrogantes, indicando la menor lo siguiente:

Los hechos ocurrieron un domingo en la cual sus familiares tuvieron una reunión por el motivo de festejar el cumpleaños de su abuela materna, lo cual conllevó para que el investigado E.C.C.P ingresara a su vivienda, diciendo que la mamá de la menor le había mandado para traer el biberón y una manta para el hermano menor de esta; seguidamente procedió a empujar a la menor a la cama y abusó de ella, en palabras de la menor, colocó *“su parte en su parte”*, siendo que en dicho momento llegó su tío G.A.P y observó lo acontecido, al igual que su abuela, procediendo la menor a decirles que la estaban mañoseando, lo que conllevó a que acudiera a denunciar a la comisaría Casimiro Cuadros. De igual forma la menor de iniciales J.J.S.A, también indicó que el hecho también había pasado unas cinco veces en la casa de su abuela materna, específicamente en la cama de su tía S.A.P y la de su madre F.A.P, pero con la diferencia que antes solo le tocaba su cuerpo, específicamente *“pechos y parte genital”*, lo que hacía debajo de su ropa, indicando además que estos sucesos se los habría contado a su compañera de nombre *“R”*, precisando la menor precisó que desde los nueve años el investigado la habría estado *“tocando”*.

b) Protocolo de Pericia Psicológica N° 013573-2016-PSC realizado a la menor de iniciales J.J.S.A.

De la evaluación psicológica se concluyó lo siguiente:

- Inteligencia con características normales
- Presenta ansiedad y tensión que se relaciona por recordar los incidentes señalados
- Tiene sentimientos de indignación, odio y rechazo.
- La menor demuestra carácter tranquilo, se percibe disminuida.
- Se sugiere: Apoyo especializado

c) Certificado Médico Legal N° 013466-IS realizada a la menor de iniciales J.J.S.A.

De la evaluación médica se concluyó lo siguiente:

- La menor presenta himen complaciente.
- Lesiones genitales recientes.
- No presenta signos de acto contranatura.
- Se toma muestra de introito y contenido vaginal para estudio espermatológico en laboratorio de biología forense.

d) Oficio N° 06456-2016-RC-USJ-CSJAR-PJ

La oficina del Registro Judicial de Arequipa informa que el investigado E.C.C.P no registra antecedentes penales, ni judiciales.

e) Declaración de la denunciante F.A.P. (Madre de la menor)

Refiriere que el denunciado es su primo, indicando las circunstancias en cómo tomó conocimiento de los hechos, indicando que la menor estaba llorando, temblorosa y asustada porque el denunciado la había tocado y bajado el pantalón.

f) Ampliación de la declaración de la denunciante F.A.P.

Afirmó que su menor hija estudiaba en el colegio R.L.V en Zamacola en primer año de nivel secundaria sección A; asimismo la menor "R" a la que la agraviada habría contado los hechos denunciados estudia en el mismo centro educativo, pero en la sección C de quien no ha podido conseguir sus nombres completos, pero si el número celular de su madre, con quien se comunicó, pero informó que tiene temor de que su menor hija declare porque le podría pasar algo.

Asimismo, afirmó que por los hechos su hija estaría llorando asustada y cuando se despierta tiene pesadillas, además al salir a la calle no quiere estar sola y está muy introvertida, temerosa, tiene miedo de acercarse al sexo masculino y que a dicha fecha estaba yendo a tratamiento psicológico.

De igual forma, expresó que en una oportunidad ha llamado la tía del denunciado, quien también es su tía de nombre "M", quien le dijo que estaba enferma para que la visite, pero cuando acudió le solicitó que retirara la presente denuncia.

Finalmente, en cuanto al vínculo familiar dijo que el denunciado es su primo hermano, siendo hijo de su tía materna de nombre N.P.Q, y el investigado es el tío de su menor hija por el lado materno.

g) Acta de Nacimiento de la menor de iniciales J.J.S.A.

Con dicho elemento de convicción se indicó la fecha de nacimiento el día cuatro de septiembre del año dos mil tres.

h) Dictamen Pericial de Biología Forense N° 559-2016 realizado a la menor de iniciales J.J.S.A.

De la evaluación biológica se concluyó lo siguiente:

- En la muestra analizada (calzón) no se encontró restos de sangre.
- Al examen espermatológico se halló restos de líquido prostático sin presencia de espermatozoides.
- Se evidenció al examen citológico presencia de células superficiales e intermedia del epitelio vaginal.
- Se halló adherido a la prenda un pelo que, al análisis tricológico, este presenta las características macro microscópicas descritos en el examen y corresponden a cabellos humanos de adulto de sexo masculino.

i) Protocolo de Pericia Psicológica N° 017559-2016-PSC practicado a E.C.C.P.

Se concluyó lo siguiente:

- Funciones psicológicas conservadas. Desarrollo intelectual, clínicamente dentro del término medio.
- Rasgos personales tendiente a extroversión, pocos recursos introyectivos, se puede dejar llevar por sus impulsos, poca valoración de lo moral, antepone la atracción, impulsos afectivos variables algo obstinado, desconfiado; poca valoración de sí mismo. Anímicamente se muestra fatigado, sensible.

j) Evaluación Psiquiátrica N° 020337-2016-PSQ practicado a E.C.C.P.

Se concluyó lo siguiente:

- No es portador de alienación mental.
- Personalidad con rasgos inmadurez emocional.
- En el aspecto psicosexual hay inmadurez por rasgos de personalidad.
- Juicio de capacidad de discernimiento presente.

k) Segunda ampliación de la declaración de la denunciante F.A.P.

Afirmó que su menor hija de iniciales J.J.S.A tiene una cuenta de Facebook la cual ella siempre le revisa su Facebook, donde publica fotos de su dormitorio, paseos de la familia, conversaciones con sus compañeros del colegio, de sus hermanos paternos y padrinos, siendo falso que su hija y el denunciado habrían sido enamorados, pues solo eran tío y sobrina.

Además, afirmó que no habría existido ningún problema de enemistad con la madre del denunciado, ni esta con la abuela materna. Siendo además importante señalar que la declarante mencionó que el denunciado tendría conocimiento de la edad de su menor hija porque la conoció desde bebé y además viven por el mismo lugar.

l) Dictamen Pericial de Biología Forense N° 1006-2016 practicado E.C.C.P.

Se concluyó que al realizar la homologación de los cabellos analizados estos son diferentes entre sí al cabello hallado en la prenda descrita en el Dictamen Pericial de Biología Forense N° 559-2016.

m) Dictamen Pericial Antropológico N° 130-2016 practicado a la menor de iniciales J.J.S.A.

Se concluyó que antropofísicamente y antropométricamente corresponde a una persona mestiza de piel y tez trigueña, con caracteres somatológicos dentro de los límites normales y de proporción, contextura física corporal grande endomorfa, se nota estado de higiene corporal de cuidado, pertenece a una persona de edad biológica adolescente cuya edad cronológica correspondería a trece años, con una estatura media de nuestra población femenina cuya talla es de 1.58 cm, con un peso de 53.5 kg, presenta rasgos individualizantes como un lunar color negro, ubicado en límite de ala derecha nasal y mejilla. Por incorporación e interacción social y biografía personal muestra su comportamiento típico de persona perteneciente a un grupo cultural de la periferia urbana de Arequipa y por sus conocimientos culturales de un nivel que cursa estudios de los primeros años de nivel secundario.

1.3. Requerimiento Acusatorio.

La Fiscal Provincial del Octavo Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa formula acusación, imputando a E.C.C.P en la calidad de autor, por la presunta comisión del Delito contra la Libertad Sexual, en su modalidad de Actos contra el Pudor, tipificado en el numeral dos del primer párrafo y último párrafo del artículo ciento setenta y seis - A, del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A , quien contaba con tan solo nueve años al momento de los hechos, representada en el presente proceso por su madre la señora F.A.P. Asimismo, por el delito Contra la Libertad Sexual en la modalidad de

Violación de la Libertad Sexual de menor, previsto en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo de precepto normativo antes mencionado, en agravio también de la menor de iniciales J.J.S.A, quien contaba al momento de los hechos con tan solo doce años.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, solicita como pretensión punitiva por el delito de Violación Sexual de menor de edad cadena perpetua, y por el delito de Actos contra el pudor de menor la pena de diez años; asimismo, no realiza pretensión económica por la constitución del actor civil.

1.4. Requerimiento de Actor Civil.

Teniendo en cuenta la imputación en el requerimiento acusatorio la actora civil F.A.P, madre de la menor agraviada solicitó la suma de dos mil soles por el delito de actos contra el pudor y ocho mil por el delito de violación sexual.

1.5. Audiencia de Requerimiento de Control de Acusación.

El Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Cerro Colorado resolvió:

- a. Declarar infundado el pedido de sobreseimiento de E.C.C.P en el extremo del delito de Actos contra el pudor.
- b. Declarar saneada la acusación fiscal, así como la existencia de una relación jurídica procesal válida.
- c. Dictar Auto de Enjuiciamiento contra el acusado.

1.6. Audiencia de Juzgamiento:

El presente plenario se llevó a cabo en seis sesiones, en la cual se desarrolló lo siguiente:

- a. En la primera sesión de audiencia de juicio oral, se efectuó la acreditación de las partes, los alegatos de apertura, se explicó los derechos que le asistían al acusado, así como si acepta ser autor de los hechos materia de imputación fiscal, seguidamente se efectuaron convenciones probatorias.
- b. En la segunda sesión de audiencia, se actuaron como pruebas testimoniales la de F.A.P y de la menor de iniciales J.J.S.A; así como prueba documental.
- c. En la tercera sesión de audiencia, se actuaron las pruebas testimoniales de M.E.P.Q, I.E.S.M, G.C.A.P, el PNP S.Y.D.V y el perito psicólogo J.P.B.
- d. En la cuarta sesión de audiencia, se continuaron con la actuación probatoria la cual comprendió la declaración de la perito médico legista y la perito médico psiquiatra.
- e. En la quinta sesión de audiencia, se continuaron con la actividad probatoria con las declaraciones del perito psicólogo del titular de la acción penal y de parte.
- f. Finalmente, en la sexta sesión de audiencia, se llevaron a cabo los alegatos de finales, así como la autodefensa del acusado.

1.7. Sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa.

Luego de la actividad probatoria se tiene como juicio de subsunción lo siguiente:

1.7.1. Respecto al delito de Actos Contra el Pudor:

Estando a la prueba actuada, se ha probado que el acusado E.C.C.P, ha efectuado tocamientos indebidos sobre la agraviada de iniciales J.J.S.A, estos son haberle tocado los pechos por debajo de la ropa cuando la menor tenía nueve años de edad, los mismos que configuran el delito de actos contra el pudor, corresponde realizar el análisis jurídico respectivo, a efecto de determinar la existencia del delito, así como la responsabilidad penal del acusado, para luego establecer la sanción penal que corresponda.

Sobre el tipo penal aplicable al caso, en el presente caso, el Ministerio ha formulado acusación por el delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de Actos Contra el Pudor de Menor, previsto en el artículo ciento setenta y seis - A del Código Penal en su numeral dos, por lo que corresponde hacer el análisis jurídico respecto de este delito (en base los facticos postulados), que literalmente prescribe: *"El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo ciento setenta, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad. 2. - Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años"*; por tanto, el juicio de subsunción se hará conforme a los hechos acreditados, por la titular de la acción penal, tal como se ha expuesto en el análisis *fáctico y valoración probatoria*.

A efectos de determinar la tipicidad de la conducta del acusado, resulta necesario verificar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal presuntamente infringido. En cuanto a la Tipicidad Objetiva, respecto de los sujetos activo y pasivo, El sujeto activo puede ser cualquier persona (hombre o mujer), siendo que en el caso de autos se ha identificado al presunto autor (acusado); en cambio sujeto pasivo será siempre un menor de edad (hombre o mujer) como la menor agraviada, no habiendo discutido las partes sobre tales extremos, sino por el contrario se ha convenido sobre la minoría de la agraviada.

En los casos de que el sujeto pasivo sea un menor de catorce años o un enajenado, el bien jurídico protegido será la Intangibilidad o la Indemnidad Sexual, puesto que la libertad sexual solo puede apoyarse en la capacidad para conocer y entender el significado de la entrega sexual, y faltándoles tal

capacidad a los menores de edad, también estará ausente la libertad sexual que no podrá ser menoscabada. Entonces, lo que se tutela en el caso de autos es la indemnidad sexual, como una esfera que no debe ser comprometida por invasiones de terceros, que inevitablemente afecta el normal desarrollo y la integridad psicofísica de la menor agraviada.

El comportamiento típico consiste en ejercer un acto contra el pudor de un menor de catorce años excluyendo la realización del acceso carnal sexual. De conformidad con lo señalado en el artículo ciento setenta y seis - A, la acción típica puede consistir en lo siguiente: En la realización de tocamientos por parte del agente en la esfera somática de la víctima, la ejecución de actos libidinosos del sujeto pasivo sobre el cuerpo del autor o de un tercer. El requisito objetivo en este delito está determinado por la realización de un acto impúdico en la persona del menor. Será considerado acto impúdico, todo acto expresado en un contacto corporal con el cuerpo físico de la víctima con fines lúbricos o libidinosos. Los actos impúdicos pueden presentarse en variadas formas, pero es imprescindible el contacto corpóreo entre las partes. Estos actos pueden realizarse tanto en el cuerpo de la víctima, como también, el caso de que el agente obligue a la víctima a realizar tocamientos lujuriosos sobre sus órganos genitales, vaginales, etc. En el presente caso se ha acreditado que el acusado hizo tocamientos con su mano en los pechos de la menor, por debajo de la ropa, hechos que objetivamente configuran elementos estructurales del tipo invocado.

Respecto a la Tipicidad subjetiva, al igual que la figura delictiva del artículo ciento setenta y seis - A del Código Penal, somos de la consideración que no es necesaria la concurrencia de un elemento especial del tipo subjetivo del injusto, ajeno al dolo. La presencia de un ánimo lubrico en la psique del agente, es irrelevante a efectos penales. Es suficiente que el dolo del autor abarque el aspecto cognitivo y volitivo de realizar un acto contra el pudor en la persona de un menor de catorce años, sin el propósito ulterior de practicar el acceso carnal sexual que es desprende del artículo ciento setenta y tres; pues si la intención era de realizar la conjunción carnal, no estamos ante actos contra el pudor, sino tentativa de violación sexual. Siendo que en el caso de autos no se ha acreditado que los actos de tocamiento indebido practicados por el acusado lo hayan sido con el objeto de practicar la conjunción carnal o acceso carnal, sino con el propósito impúdico del autor, tal es así que le toco los pechos por debajo de la ropa con su mano; obviamente que dicha conducta lo fue con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y con la voluntad de transgredir la norma penal.

1.7.2. Sobre el delito de Violación Sexual:

El delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación de libertad sexual de menor de catorce años de edad, se encuentra previsto y penado en el artículo ciento setenta y tres numeral dos del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo que prescribe: *"El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes de/ 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 de diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años."*

La jurisprudencia ha establecido que "el bien jurídico tutelado en el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación de libertad sexual de menor de edad, es la indemnidad o intangibilidad sexual de la menor, expresada en la imposibilidad de auto determinarse sexualmente, en este caso no está en capacidad de entender la naturaleza y consecuencia del trato sexual por ser menor de edad.

El sujeto activo puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo solo puede ser un niño o niña menor de catorce años. El requisito objetivo en este delito está determinado por la realización de un acto impúdico en la persona del menor. Será considerado violación sexual de menor de edad, a la introducción de cualquier objeto o parte del cuerpo en la vagina, ano o boca de un menor de edad con fines de tener trato sexual. El agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo. El delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consume con la penetración total o parcial de la víctima menor ya sea anal, vaginal o bucal.

Respecto al Juicio de Tipicidad, la conducta del acusado se adecúa, objetiva y subjetivamente al tipo penal del delito antes referido, por cuanto, ha quedado acreditado que: E.C.C.P (sujeto activo), introdujo su miembro viril en la vagina de la menor de iniciales J.J.S.A., el día veintinueve de mayo del año dos mil tres (sujeto pasivo), con conocimiento y voluntad (dolo), sabiendo que estaba sometiendo a una menor de doce años de edad. En consecuencia, la conducta del acusado es típica. En cuanto a la circunstancia agravante de aprovechamiento de la relación de primos que el imputado tenía con la madre de la agraviada, ha quedado desvirtuado que la menor agraviada haya depositado su confianza en el acusado, quien se ha determinado es primo en quinto grado de consanguinidad con la madre de la menor agraviada, manifestando la menor agraviada que no tenía confianza con el acusado y que solo se saludaban. Por lo tanto, en el presente caso no se evidencia la agravante contenida del artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, inciso dos del Código Penal.

Asimismo, se ha acreditado el elemento subjetivo de tipo, es decir el dolo, pues el acusado, ha tenido la conciencia y la voluntad de penetrar a la agraviada, también por las consideraciones antes señaladas, pero además porque no es posible que se produzca la introducción del pene masculino en la vagina si es que no se tiene la voluntad de ello. En cuanto al juicio de antijuricidad, no se presenta ninguna causa que justifique o autorice la realización del hecho imputado; por tanto, la conducta es antijurídica. Respecto al Juicio de Culpabilidad, no existe causa que excluya la culpabilidad del imputado; pues, cuenta con nivel de educación secundaria completa, y en el momento de los hechos se encontraba cursando estudios en la escuela de policía por lo tanto, con la capacidad de comprender el carácter delictuoso de sus actos, además de la capacidad de determinarse según esta comprensión, es decir, tenía capacidad de motivación; el acusado tenía conocimiento que su conducta estaba prohibida; finalmente, el acusado pese a que pudo haberse conducido de otra manera, no lo hizo, por lo que, es responsable penalmente.

En consecuencia, la conducta es típica, antijurídica y culpable, pues existe suficiente prueba de cargo, que desvirtúa la presunción de inocencia, además, no existe duda que le favorezca; por tanto, debe procederse con arreglo al artículo trescientos noventa y nueve del Código Procesal Penal.

1.7.3. Parte resolutive:

El Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa, declaró por mayoría a E.C.C.P autor de la comisión del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto y sancionado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, sin la agravante contenida en el último párrafo de dicho artículo, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A. Asimismo, por unanimidad, autor de la comisión del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Actos contra el pudor de menor de edad, previsto y sancionado en el numeral dos del artículo ciento setenta y seis - A del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A. En consecuencia, se impone por unanimidad por el delito de Actos contra el pudor seis años de pena privativa de libertad efectiva; y por mayoría, por el delito contra la Indemnidad Sexual en la modalidad de Violación sexual de menor de edad, treinta años de pena privativa de la libertad efectiva. Estando al concurso real corresponde sumar las penas impuestas, sin embargo, ante la imposibilidad de una pena mayor a treinta y cinco años, la pena final resultante es de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad. Asimismo, por concepto de reparación civil, por la comisión del delito de Actos contra el pudor la suma de dos mil soles y por el delito de Violación

Sexual la suma de ocho mil soles en favor de la agraviada de iniciales J.J.S.A.

1.7.4. Voto de discordia:

El Magistrado René Castro Figueroa vota porque se condene al acusado E.C.C.P por los hechos ocurridos el veintinueve de mayo del dos mil dieciséis, como autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de Actos contra el Pudor; ilícito previsto en el artículo ciento setenta y seis - A, inciso dos del Código Penal, en cuya virtud se le imponga al acusado una pena de seis años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva, por tratarse de un delito continuado en agravio de una misma persona y se disponga como pago de reparación civil la suma cuatro mil soles por los dos hechos, a razón de dos mil soles por cada hecho, en favor de la menor agraviada, representada por sus progenitores.

1.8. Recurso de Apelación interpuesto por el sentenciado E.C.C.P:

Mediante escrito de fecha veintiuno de abril dos mil diecisiete, el sentenciado interpuso la presente apelación, solicitando se declare fundada la apelación en contra de la Sentencia del doce de abril del dos mil diecisiete, por la que se condena a E.C.C.P como autor del delito de actos contra el pudor y violación, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A, a efecto de que se revoque y se le absuelva del delito de Actos contra el Pudor y se declare infundada la reparación civil en ese extremo; y respecto al delito de violación sexual se recalifique y se le condene por Actos contra el Pudor, por lo cual deberá imponérsele una pena de seis años y fijar una reparación civil de dos mil soles.

1.9. Sentencia expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Teniendo en cuenta la fundamentación del recurso de apelación efectuada E.C.C.P, quien estuvo acompañado de su abogado defensor, en contra de la sentencia que lo declaró autor del delito de Violación Sexual de menor y Actos Contra el Pudor, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa declaró fundado en parte el recurso de apelación presentado por la defensa técnica, por lo que revoca la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa y la reforma, quedando E.C.C.P absuelto por el delito de Actos Contra el Pudor en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A., así como infundado el pago de la reparación civil en ese extremo. Asimismo, declara a E.C.C.P autor del delito de Violación Sexual, en grado de tentativa, previsto en concordancia de los artículos dieciséis y ciento setenta y tres, numeral dos del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A, imponiéndole quince años de pena privativa de la libertad, y sin pronunciamiento respecto al extremo civil.

1.10. Recurso de Casación

1.10.1. Interpuesta por el sentenciado E.C.C.P.

Se tiene como petitorio el planteamiento de la Casación hacia la Sentencia expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que declaró fundada en parte la apelación formulada por la defensa técnica del sentenciado, y lo declara como autor del delito de violación sexual en grado de tentativa, imponiéndole quince años de pena privativa de libertad, a efecto de que se revoque en el extremo de la pena, reformándola se imponga una pena inferior en aplicación de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, donde además deberá hacerse nueva determinación de la pena concreta, de acuerdo a los artículos cuarenta y cinco – A numeral tres. Finalmente solicita conceder el recurso y disponer la elevación de los actuados a la Corte Suprema a efecto de que decida si el recurso está bien concedido y se declare fundado en su oportunidad.

1.10.2. Interpuesto por el Ministerio Público.

Habiendo sido notificados con la Sentencia expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, y considerando haber mérito para ello, interpone Recurso de Casación en contra de dicha sentencia, a efecto que, en su oportunidad, declarándose fundado el presente recurso, se declare la nulidad de la sentencia recurrida.

1.11. Casación N° 1083-2017 – Arequipa, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha catorce de agosto del año dos mil dieciocho.

Vistos y oídos los recursos de casación interpuestos por E.C.C.P y la representante de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) Declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por E.C.C.P y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) Revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a Cruz Peláez como autor del delito contra la indemnidad sexual - violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

Respecto a la determinación de la pena en caso de tentativa, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República expone que: i) La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante

privilegiada. ii) La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –*literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco - A del Código Penal*–, no registran expresamente la concurrencia de estas para su aplicación. iii) La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”. Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado

Finalmente, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron declarar infundados los recursos de casación interpuestos por E.C.C.P y la representante de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa contra la sentencia expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

a. ¿Es posible someter a corroboración periférica la declaración de un testigo de referencia para enervar la presunción de inocencia y crear certeza en la declaración de la agraviada en los delitos contra la Libertad Sexual?

Para comenzar, es menester ubicarnos en el contexto de lo acontecido en el caso materia de análisis, en el contenido de la imputación del delito de actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A; en relación a ello, de acuerdo al autor Peña (2014) este difiere del delito de Violación Sexual por la “intención del sujeto activo de realizar, ya sea sobre la víctima, sobre sí mismo o sobre terceros, conductas sexuales que no son consentidas siendo distintas al coito” (p. 398). En el presente caso que nos acontece, recae dicha conducta en una menor de edad (*de nueve años al momento de la comisión de los hechos*), por lo que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, es decir, no requiere que se acredite la violencia o la amenaza como medios de la comisión del delito. (Salinas, 2010)

Ahora bien, en estos casos la declaración de la víctima pasa a ser la herramienta fundamental del proceso, y muchas veces, el único medio probatorio del que a veces se dispone (Fuentes, 2000); como en el presente caso, ya que el delito que nos compete está comprendido dentro de los delitos también denominados como “delitos de clandestinidad”, dado que estas conductas suelen ocurrir en un contexto secreto, sin que existan testigos, solamente las personas involucradas, resultando determinante la declaración del testigo – víctima. (Recurso de Casación N° 1179-2017/Sullana, F.J. Quinto)

En ese orden de ideas, para evitar la impunidad en estos casos se ha desarrollado un sistema mediante el conocido Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, en la cual se desarrolla una serie de parámetros que deben acompañar a la declaración de esta testigo – víctima, pues el citado Acuerdo Plenario, fue concebido para resolver y no dejar impunes casos que por su naturaleza (*delitos sexuales*) o modalidad comisiva (robo, hurto, etc.) pueden ser ejecutados en clandestinidad, en secreto, donde la víctima es el único testigo del hecho. Estas garantías de certeza serían las siguientes:

- 1. Ausencia de incredibilidad subjetiva:** Es decir que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- 2. Verosimilitud:** Que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- 3. Persistencia en la incriminación:** Además, debe observarse la coherencia y solidez del relato de la agraviada; y de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, en la medida en que el conjunto de las declaraciones se haya sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada. Siendo estas garantías las que deben estar presentes en la declaración del testigo – víctima para que pueda enervar la presunción de inocencia del procesado que es inherente a todo ser humano.

Siguiendo a Quispe (2001) “La presunción de inocencia se puede concebir ya sea como un principio, como una garantía o como un derecho” (p. 15), el cual, tiene reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal e) de la Constitución Política del Estado; y también podemos encontrarla en el artículo ocho, inciso dos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo catorce, inciso dos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, demostrando esto que es un derecho que tiene alcance internacional, aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. (CIDH caso Cantoral Benavides vs. Perú, F.J 120)

Es así que, en el presente caso se tomó la declaración de la menor agraviada de iniciales J.J.S.A. dada en Cámara Gesell sometiéndola al control estipulado en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 para ver si esta podría enervar o no la presunción de inocencia del acusado; pero, tenemos que en el segundo control realizado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Arequipa, que versa sobre la verosimilitud, se valoró las declaraciones prestadas por los padres de la menor

agraviada, considerándose como corroboraciones periféricas del hecho objeto de imputación (*tocamientos en agravio de la menor J.J.S.A.*), siendo esta una grave equivocación por parte de los Magistrados, dado que no tuvieron en cuenta que los padres de la menor no fueron testigos directos del delito, sino, únicamente eran testigos de referencia, relatando aquello que su menor hija les había narrado una vez que salió a la luz que fue víctima de violación por parte del acusado; toda vez que el presunto delito de actos contra el pudor se había consumado en el año dos mil trece, cuando la menor tenía nueve años de edad; y es recién en el año dos mil dieciséis, cuando la menor tiene doce años y procede a contarle a sus padres respecto a lo que el acusado había hecho años anteriores.

De igual forma, los *testigos de referencia* se podrían definir como aquellos testigos cuyos conocimientos proceden de terceras personas que se lo han relatado (López, 2001). Por ello, su conocimiento del hecho no proviene de su percepción sensorial inmediata, siendo así es posible concluir que es una persona que no aporta al proceso datos derivados de una percepción sensorial inmediata de los conocimientos, sino que informa al juzgador una versión que ha obtenido de manifestaciones o confidencias de terceros, sin que haya presenciado lo que relata o incorpora al procedimiento (R.N N° 2087-2011/Loreto, F.J Cuarto)

Además, la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia ha señalado que aparte de las manifestaciones de los testigos de referencia, deberán existir otros datos objetivos o fuentes de prueba, las cuales deben ser incorporadas al proceso, ello con la finalidad de corroborar la autenticidad, ya que por sí solas no forman una convicción al juzgador (R.N N° 73-2015/Lima, F.J 27). Por lo que, nuestro Supremo Tribunal reconoce que, al tratarse de testigos de referencia, su estimación como prueba incriminatoria está sujeta a los alcances del principio de esclarecimiento, según el cual debe escucharse al testigo directo, teniendo este tipo de declaraciones un valor probatorio limitado, pues no resultan relevantes en la dilucidación probatoria. (R.N N° 1857-2018/Lima Este)

En ese sentido, no se puede tomar como corroboración periférica los testigos de referencia, debido a que como disciplina el artículo ciento sesenta y seis, numeral dos del Código Procesal Penal, es necesaria la corroboración con elementos de convicción externos a ambos órganos de prueba; por lo cual, nos encontramos de acuerdo con el análisis realizado por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, puesto que fueron ellos los que advirtieron el error en el que estaría incurriendo el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa, quedando finalmente establecido de esta forma, que los testigos de referencia no pueden ser considerados como corroboración periférica de la declaración de la testigo – agraviada; por ello, no se enervaría la presunción de inocencia del procesado.

- b. Sujeto activo sostiene haberse mantenido en error en la edad de la víctima para substraerse de la acción penal por atipicidad en los delitos contra la libertad sexual en menores de edad**

En nuestro sistema, para que un hecho sea considerado delito este debe pasar los parámetros establecidos en la teoría tripartita denominada Teoría General del Delito, teniendo como primer presupuesto a superar la *tipicidad* definida como “aquella cualidad de la conducta ejecutada por el sujeto y que la hace concretamente subsumible en una determinada figura de delito prevista y definida por la ley en cuanto ilícito penal” (Blanco, 2005); aunado a ello, cabe mencionar que la tipicidad es un juicio de subsunción en el que se verifica si la conducta encaja en el tipo penal descrito, este proceso se llama juicio de tipicidad, y teniendo en cuenta lo señalado, si este llamado juicio de tipicidad es positivo, la conducta pasaría a ser una “conducta típica”, contrario sensu, si la misma es negativa, resulta ser una “conducta atípica”. (Jescheck, 2002).

Por otra parte, debemos tener en cuenta que el error es una institución jurídica que en el derecho penal tiene una connotación especial, al momento de atribuir responsabilidad penal al sujeto activo (Valderrama, 2021). En la doctrina, siguiendo a García Caveró (2019), hay dos errores predominantes, que son el error de tipo – *el cual recae en la tipicidad* – y el llamado error de prohibición – *que recae en la culpabilidad*- (p. 540); la presencia del error de tipo, tiene como resultado la ausencia de tipicidad, lo que supondría la exclusión del delito, por ello la negación del tipo; en otras palabras, la conducta determinada no correspondería a lo previsto en el tipo legal. (Mantilla, 1999)

Ahora bien, siguiendo al autor Villavicencio (2006), respecto al *error de tipo* encontramos dos vertientes, de un lado el error de tipo vencible, y del otro el error de tipo invencible, donde la presencia de cualquiera de los dos excluye el dolo, pero con la diferencia que el error de tipo vencible no libera de la responsabilidad penal, ya que esta se pasa a sancionar la conducta a título de culpa, en cambio, en el error de tipo invencible la conducta pasaría a ser atípica. (p. 362) Como vemos, la presencia del error de tipo en un caso en concreto, pasa a ser determinante al momento de poder absolver de los cargos al patrocinado, siendo esta la razón por la cual, la defensa normalmente lo toma como una estrategia para excluir la acción penal; esto, en la práctica judicial ha pasado a ser muy usado, y más cuando se trata de delitos contra la libertad sexual en agravio de menores de edad, en el cual suelen aducir que no sabían la edad de la menor agraviada, pues les habría dicho la menor que tendría más de catorce años de edad, o simplemente alegando que por sus características físicas el procesado supuso que era mayor de edad.

En el presente caso, la estrategia de la defensa técnica del acusado fue alegar que su patrocinado y la agraviada eran enamorados, señalando que la edad de la menor era de dieciséis años porque así lo había manifestado, creyendo además en virtud de su apariencia física. Es por ello que como dato objetivo para determinar si efectivamente la edad cronológica corresponde a los rasgos físicos, es que existe el llamado examen pericial antropológico “Ficha Físico – Cultural”, en el que se podrá evidenciar si efectivamente esto se cumplió y justamente, este es el examen que se realizó en el caso en análisis, con el cual se determinó la edad biológica de la menor, la cual correspondería a una adolescente de trece años, por lo que lo alegado por el sentenciado no tendría fundamento alguno.

De lo mencionado en los párrafos anteriores, podemos colegir la importancia de los exámenes periciales, que justamente coadyuvan a determinar de manera objetiva ciertos datos o información que necesitamos para dilucidar mejor un caso, siendo sumamente importante que los persecutores y defensores de la legalidad – *Ministerio Público* – practiquen y eventualmente se reduzcan los casos de impunidad, dado que el hecho de aducir error de tipo respecto a la edad, se está volviendo una mala práctica procesal en tanto lo usan excesivamente cuando ni siquiera correspondería, porque como podemos observar en el presente caso, hay un margen considerable entre la edad biológica determinada por la pericia y la aparente edad que “creyó” el procesado.

c. Error de derecho incurrido por el *Ad quem* en la penalidad de la figura jurídica de la tentativa como interrupción del *iter criminis*, aplicándola erróneamente como una circunstancia atenuante privilegiada, por cuanto se constituye como causal de disminución de la punibilidad

La figura de la tentativa se encuentra regulada en el artículo dieciséis de nuestro Código Penal, el mismo que describe la referida como un grado de desarrollo del delito, por la cual “el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. En estos casos, el Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.”

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia recaída en el R.N N° 2907-2007 Apurímac, se ha precisado en el cuarto considerando que en esta figura jurídica no se llega a consumar la lesión del bien jurídico protegido por circunstancias externas a la voluntad del agente o por su propio desistimiento. En la referida causa, se estableció lo siguiente:

Cuarto.- (...) Que (...) en el caso de la tentativa, dicho dispositivo legal impone obligatoriamente una disminución de la pena al señalar en el segundo párrafo del artículo dieciséis de la norma sustantiva: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”, sustentado, como dice el autor Bramont Arias, en que “el comportamiento del sujeto no ha llegado al grado de consumación del delito y el desvalor de un delito consumado es mayor que el de un delito tentado (...)”

Asimismo, conforme lo ha desarrollado la doctrina, la figura jurídica de la tentativa contiene concretamente dos elementos constitutivos: Un elemento objetivo constitutivo por el comienzo de la ejecución del delito sin lograr consumarlo y un elemento subjetivo consistente en la decisión de cometer el delito ejecutado; ahora bien, respecto a la penalidad en los delitos cometidos en grado de tentativa, en palabras del autor García Caveró, la legislación penal peruana asume un sistema de criminalización abierta de la tentativa, a diferencia de la alemana que requiere, al menos para los delitos menos graves, que el tipo penal de la parte especial contemple expresamente el castigo de la tentativa. Esta incriminación abierta no significa, sin embargo, que la figura de la tentativa sea aplicable a todos los tipos penales de la parte especial, pues, hay delitos en los que no es posible su aplicación, como el caso de los delitos culposos o los delitos de peligro abstracto. (2019)

Como bien se ha expresado en la segunda parte estructural del artículo dieciséis del Código Penal, en caso de tentativa, la pena será disminuida prudencialmente por el juez; ello conforme a una extendida opinión en la doctrina penal nacional, implicaría una pena siempre por debajo del mínimo legal previsto para el delito consumado y como se desprende de la redacción del mencionado artículo, no se trata de una reducción facultativa, sino que es impuesta por el legislador (Rojas, p. 461). Dentro de la potestad discrecional del juez, se encuentran los criterios para establecer la pena concreta a imponer.

En cuanto a la aparición de la tentativa del delito de violación de menor de edad, primigeniamente, la sentencia expedida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sostuvo en el apartado tres punto cinco de la sentencia, la existencia del acto de penetración del miembro viril en la vagina de la menor, por mayoría de votos de los magistrados Medina Tejada y Zegarra Calderón, valorando de manera individual la declaración de la agraviada, concluyendo en el apartado quinto de la citada sentencia, lo siguiente:

“4.2 Sobre el Delito de Violación Sexual:

5. Juicio de Subsunción. - 5.1 Juicio de Tipicidad: La conducta del acusado se adecúa, objetiva y subjetivamente al tipo penal del delito antes referido, por cuanto, ha quedado acreditado que: E.C.C.P (sujeto activo), introdujo su miembro viril en la vagina de la menor de iniciales J.J.S.A. el día 29 de mayo del año 2016 (sujeto pasivo), con conocimiento y voluntad (dolo), sabiendo que estaba sometiendo a una menor de doce años de edad (dolo). En consecuencia, la conducta del acusado es típica”.

Seguidamente, de manera oportuna la defensa técnica del acusado E.C.C.P, interpone recurso de apelación exponiendo en su tercer agravio la carencia de corroboraciones objetivas respecto de la penetración presunta realizada a la presunta víctima, sosteniendo lo siguiente:

“18. En el fundamento 3.5.1.5 el A quo analiza la posición fiscal de que “la agraviada tiene himen complaciente y por ello no hubo desgarró” y la posición de la defensa “no hay himen complaciente y en caso de penetración debió producirse el desgarró” debate sobre la base de que el himen de la agraviada es mediano, sustentados en las declaraciones de la médico V.V. y S.T., respectivamente.

19. El A quo establece que la posición de la fiscalía es lo que prima en base a (fundamento 3.5.1.6): La guía para la evaluación de la víctima para delitos contra la libertad sexual no es un parámetro rígido pues es una guía y no es un protocolo, la medicina por el hecho de ser ciencia no contiene razonamientos definitivos, el cuerpo humano no es algo que reaccione de forma unívoca, el examen médico fue personal introduciendo los dos dedos dentro de la cavidad vaginal de la agraviada y sosteniendo que al realizar dicha acción el himen se distendía, es decir, no se rompía (certeza respecto al médico de experimentación). Sin embargo, estos

fundamentos contradicen las reglas de la sana crítica, ya que la guía es un parámetro y es respaldada por bibliografía en la que se establecen temas de consenso general de la comunidad científica interesada.

En el caso, no estamos frente a un supuesto de reacción corporal (el mismo que puede ser diferente dependiendo de las capacidades físicas y los factores externos generadores de la reacción); en el presente caso, hablamos de fisonomía, tamaños y medidas promedios vinculadas a una situación especial que es la característica del himen complaciente. Existe contradicción entre lo afirmado por la perito sobre la existencia de himen complaciente y la equimosis que ella misma encontró, con la premisa del A quo que indica que “se trata de un himen complaciente, es decir no deja huella de la penetración” fundamento 3.5.2 de la sentencia”

En este sentido, el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado fue tramitado ante la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, quien resuelve manifestando que respecto al delito de violación sexual no se ha colegido la consumación del delito por no haberse acreditado de manera fehaciente la penetración, hallando, bajo su criterio, dos posibilidades o escenarios suscitados:

“a. Sobre las lesiones en el borde himeneal: Que estas lesiones podrían haber sido producidas por el miembro viril del agresor, o en otro escenario, haberse producido estas lesiones (llamadas petequias) con otro origen, el cual puede ser diverso, podrían corresponder a los actos de manipulación efectuados por la tía de la menor.

b. Sobre la penetración: Primero, la consumación del delito sin desgarramiento himeneal, explicable a partir de la presencia de himen complaciente en la menor; y como segundo escenario, la no consumación amparada en que el diámetro himeneal registrado no es compatible con el de himen complaciente, debiendo presentar desgarramientos conforme indica la Guía Médico Legal. A esto, agregar que no se ha llegado a realizar el debate pericial que pudiera dilucidar a los juzgadores a efecto de poder despejar tal incertidumbre. En dicho contexto la hipótesis acusatoria no ha logrado superar la lógica falsacionista a la que, en tanto explicación de lo sucedido, debe someterse y pasar con éxito, esto es, eliminando o refutando cualquier otra posible explicación no inculpativa de esos mismos hechos (...)”

En esa misma línea, al *Ad quem*, tomando en cuenta los agravios planteados por la defensa técnica del sentenciado, logra someter análisis la probanza alcanzada para el delito de violación sexual a menor de edad en grado de tentativa, por lo que sostiene, sin perjuicio del razonamiento desplegado anteriormente, que se alcanza dilucidar – a *criterio de la Sala* – el intento de tener acceso carnal con la menor agraviada por parte del sentenciado, por cuanto realiza las siguientes precisiones:

“a. La declaración de la menor agraviada quien ha referido que el inculpado, empujándola a la cama, le quitó su pantalón y su ropa interior, echándose sobre ella, tapándole la boca, abrió sus piernas con el peso de su cuerpo, sintiendo que la penetraba.

b. En esta posición ha sido visto el inculpado por el menor G.A. P, refiriendo en juicio haber encontrado al procesado echado sobre la agraviada, quien tenía las piernas para arriba y era silenciada con el antebrazo de su agresor moviendo su cuerpo sobre ésta, el que al verse descubierto por el cuestionamiento del testigo (¿qué le haces?) se levantó de encima del cuerpo de la menor, notando el testigo que tenía el pantalón desabotonado y la correa suelta. Además, señaló ver a la menor alterada o asustada exteriorizando haber sido agredida sexualmente (tocamientos y violación sexual) por parte de E.C.C.P.

c. De estos hechos, el perito psicológico J.C.G.C, ha detallado los resultados de la evaluación psicológica practicada a la menor, concluyendo en la afectación emocional que sufría al recordar los incidentes objeto de proceso, denotando rechazo, indignación y odio a su agresor.

d. Además, si bien no ha sido considerado en la resolución alzada, se ha acordado como convención probatoria las conclusiones arribadas en el examen de Biología Forense N° 559/2016, practicado sobre la prenda íntima de la menor (trusa), en el que se encontró líquido prostático sin presencia de espermatozoides.

2.9.2 Tales medios de prueba – que no han sido objeto de cuestionamiento – calzan dentro de la descripción típica de violación sexual, ilícita imputada, pero en grado de tentativa.

(...) 2.9.3 En tal sentido, no logrando alcanzar el grado de certeza respecto a la consumación del hecho, más si a la tentativa del mismo, corresponde declarar la responsabilidad penal del delito tentado, debiendo así ser considerado. La adecuación jurídica se realiza atendiendo a la acreditación de hechos producidos en el juzgamiento, la decisión no se desvincula de la acusación, la calificación jurídica de los fácticos se mantiene violación a la libertad sexual de menor de edad – artículo 173.2 del Código Penal – lo que varía es el grado de consumación que, como se analizará a posterior, resulta más favorable al reo.

2.10. Una de estas consecuencias está en relación a la reforma de la pena impuesta, pues corresponde dosificar considerando el grado de consumación del delito.”

Respecto a este extremo, debemos plantearnos la siguiente interrogante, ¿Fue correcta la modificación del grado de consumación del delito de violación sexual por parte de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa? Como advertimos, la Sala de manera diligente, realiza un análisis del caudal probatorio postulado por la titular de la acción penal, a efectos de aducir la no consumación del delito de violación sexual a menor de edad, y contextualizando de manera fáctica, la tentativa del mismo; no obstante, es preciso acotar que luego de ello, concluye afirmando que dicha adecuación jurídica se realizaría atendiendo a la acreditación de hechos producidos y conocidos desde el juzgamiento, y que esta decisión del *Ad quem*: “No se desvincula de la acusación, la calificación jurídica de los fácticos se mantiene como violación a la libertad sexual de menor de edad – artículo 173.2 del Código Penal – lo

que varía es el grado de consumación que resulta más favorable al reo”; realizando la modificación del grado de consumación a la tentativa, de manera directa, sin previamente haber sido debatido en un procedimiento de desvinculación procesal en etapa de juicio oral.

Si bien es cierto, conforme lo expuesto por la Sala Penal Transitoria en la Casación N° 430-2015 Lima, en referencia a la desvinculación procesal, la referida Sala, como Tribunal Revisor, se encontraría imposibilitado de iniciar este procedimiento por encontrarnos frente a una nueva instancia imposibilitada de reaperturar o reevaluar lo ya debatido en etapa de juicio oral, pues se ha sostenido que con posterioridad a la audiencia de apelación, si el Tribunal Superior advierte que a los hechos propuestos le corresponde una distinta calificación jurídica y estima que corresponde afianzar la garantía del derecho de defensa y principio de contradicción, tienen dos posibilidades; esto es, podrá declarar la nulidad de todo o en parte de la sentencia recurrida y disponer se remitan los autos al juez que corresponda, con el propósito que se lleve a cabo un nuevo juzgamiento respecto al nuevo título de imputación.

En el presente proceso, se estaría proponiendo un nuevo título de imputación en referencia al grado de consumación del delito, el mismo que frente a un nuevo análisis probatorio, constituiría un delito tentado conforme a lo regulado en el artículo dieciséis del Código Penal; no obstante, en estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña; al respecto, el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, faculta al juez realizar la variación del grado de ejecución del delito, sin necesidad que se plantee una desvinculación, como se precisa en el punto catorce: “El Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Esta no es necesaria (...) para variar el grado del delito”. Con base en ello, se legitima las facultades del juez para variar el grado de ejecución del ilícito penal.

Por otro lado, en cuanto a la problemática central en la determinación judicial de la pena, retomando la línea temporal de los incidentes frente a la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la defensa técnica del sentenciado a través del recurso de casación recurre a la Corte Suprema, por cuanto considera que la sentencia emitida por el *Ad quem*, sostuvo lo siguiente respecto de la determinación judicial de la pena:

“(...) b. Conforme el desarrollo anterior, en el caso se presenta una circunstancia cualificada atenuante: la tentativa. La previsión normativa establecida en el artículo 16 del Código Penal, invita al juzgador a reducir la pena prudencialmente. En el caso objeto de juzgamiento ha quedado establecido que el delito no ha sido cometido en grado consumado, sino tentado, por tanto, supone un menor desvalor de acción y también de resultado, en una comisión ilícita perpetrada por quien tenía tan solo 22 años, 8 meses y 11 días, enlutando, asimismo, a su propio grupo familiar, quien es familiar de quinto grado con la menor agraviada, es su tío. Ante tales circunstancias, la Sala advierte que, para ser coherente con los principios de legalidad, lesividad,

culpabilidad y proporcionalidad, en el caso concreto procede la reducción de la pena en una mitad por debajo del mínimo legal. En dicho sentido, el nuevo mínimo es 15 años de pena privativa de libertad. (...) En el caso, existen solo circunstancias comunes genéricas atenuantes, la pena concreta se encontraría en el primer tercio de la pena abstracta. Conforme a lo prescrito en el art. 45 y 46 del Código Penal, corresponde analizar las circunstancias genéricas con el fin de determinar la pena concreta. En el caso, el acusado solo cuenta con una atenuante: No contar con antecedentes penales. Entonces, la pena deberá fijarse en el extremo mínimo, esto es quince años.”

Es en este sentido que la defensa del sentenciado interpone recurso de casación contra la sentencia previamente citada, sosteniendo como pretensión revocatoria el hecho de que se habría incurrido en un error de derecho por inobservancia de las garantías del debido proceso y una indebida aplicación del artículo cuarenta y cinco – A y dieciséis del C.P, en referencia a considerar al grado de tentativa como una circunstancia cualificada atenuante, sosteniendo lo siguiente:

“La sentencia de vista incurre en un error al considerar a la tentativa prevista en el artículo 16 como una circunstancia cualificada atenuante, ello porque por principio de legalidad el artículo 45-A N° 3 taxativamente establece como circunstancia atenuante privilegiadas o circunstancias agravantes cualificadas, en este sentido, en la sentencia de vista incurre en la causal del artículo 429 numeral 1, es decir, que la sentencia se haya emitido con inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material y además, con una indebida o errónea garantía, por lo siguiente:

El artículo 2 numeral 24 literal d de la Constitución establece el principio de legalidad que también es previsto en el ordenamiento penal y procesal penal art. II, esto porque si el código penal en su artículo 45 por principio de legalidad establece las circunstancias atenuantes privilegiadas, no puede la sentencia de vista en aplicación del principio de literalidad darle una nueva denominación a la circunstancia atenuante privilegiada, con ello el principio se inobserva las garantías del debido proceso y por otro lado se incurre en una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, porque al establecerse que la tentativa es una circunstancia atenuante privilegiada (según ley), el cómputo de la pena se hace mediante otra determinación. El artículo 45-A numeral 3 literal a, expresamente contempla: “Tratándose de circunstancias atenuantes privilegiadas la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior, esta norma nos remite directamente al establecido en el artículo 3 del título preliminar del código penal que tiene como precedente el artículo 139 numeral 9 de la Constitución política, siendo esto así la pena que se debe establecer mediante un nuevo marco punitivo debe contener el mínimo de 30 años como máximo y nuevo mínimo según el artículo 29 del código penal dos días, es decir que el nuevo marco ahora se encuentra regulado por principio de legalidad en mínimo en dos días y el máximo en 30 años. Luego de haber establecido este nuevo marco

se procede a la división por tercios, es decir, de dos días a 10 años, de 10 años a 20 años, y de 20 años a 30 años.

Para la determinación de la pena concreta al existir sólo atenuantes genéricas como es la carencia de antecedentes nos ubicamos en el primer tercio de dos días a 10 años, es aquí donde deberá evaluarse la mayor o menor cantidad de circunstancias atenuantes genéricas, por ello el solo hecho de la presencia de la carencia de antecedentes la pena será inferior a la de 10 años. En la aplicación de los principios de legalidad, flexibilidad, culpabilidad y especialmente proporcionalidad tratándose de una persona de tan sólo 22 años ocho meses y 11 días atendiendo este principio debe tenerse en consideración la magnitud y dimensión del daño al bien jurídico protegido, valiéndose de los datos de la realidad como es el caso de autos las cualidades del sujeto que en el caso de autos como se ha expresado en la sentencia de vista se trata de una persona muy joven que por su poca destreza y experiencia le ha tocado vivir y por tanto afrontar una sanción que no guarda proporcionalidad con el daño y por tanto con la sanción impuesta.”

Frente al presente interés casacional sostenido por la defensa del sentenciado, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, emite la Casación N° 1083-2017 Arequipa, mediante la cual sostiene en referencia a la determinación judicial de la pena en casos de tentativa, lo siguiente:

“4.3. Determinación Judicial de la Pena en Delitos Tentados:

La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada. La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación. La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”. Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado. A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada. La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:

- La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
- No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto

de menor, así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consuma el tipo penal de violación.

- La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.”

Asimismo, la Sala Penal Permanente en la Casación en análisis deja establecido la inaplicabilidad de las reglas del sistema de tercios en la determinación judicial de la pena en casos en grado de tentativa, conforme se advierte de lo citado:

“(…) En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente: Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.”

Asimismo, niega la posibilidad de equiparar o someter a analogía a la tentativa como bonificación punitiva, concluyendo:

“Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable. La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad; en el presente caso, el ingreso del primo menor de la agraviada determinó que el ahora sentenciado no prosiga con su afán de someter sexualmente a la menor”

Seguidamente, en relación al agravio sostenido por la defensa del sentenciado, en referencia al nuevo marco de punibilidad que oscilaría entre los dos días y los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días, no resultaron amparables por la Sala Penal Permanente, por los siguientes motivos:

“A partir de lo mencionado, la propuesta efectuada por el señor abogado del imputado tanto en su recurso como en la audiencia de casación respecto a la creación de un nuevo marco de punibilidad que oscila entre los dos días hasta los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días –referencialmente–, y dentro de tales marcos aplicar la regla de los tercios, no es amparable, dado que se restringe a una mera aplicación mecánica de la norma, sin analizar las exigencias establecidas en el segundo párrafo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal que establece: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad. En el presente caso, se juzga el intento de violación de una persona de doce años de edad, quien como consecuencia de la tentativa de sometimiento sexual quedó con una marcada huella psíquica que fue expresada tanto en el Protocolo de pericia psicológica, como durante el debate oral de primera instancia, cuyas conclusiones indican que la menor presenta: i) Estado de ansiedad y tensión que se relaciona al recordar los incidentes señalados –violación tentada–, y ii) La actitud hacia el presunto agresor es de indignación, odio y rechazo. Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido; tanto más si el delito previsto en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal reprime cualquier afectación vinculada a la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad. En ese sentido, el término disminución prudencial concede al juez la facultad de evaluar las circunstancias concretas del caso, en el que se analicen los efectos generados en el sujeto pasivo con la acción antijurídica desplegada por el sentenciado. Por tanto, tampoco se configura la errónea aplicación del artículo dieciséis del Código Penal, con lo cual se desestima el recurso propuesto por el sentenciado.”

Como es de advertirse, la Sala Penal Penal Permanente no ampara la casación interpuesta por la defensa técnica del sentenciado, en referencia a la determinación de un nuevo marco de punibilidad declarando infundados ambos recursos, el presente y el realizado por el Ministerio Público; no obstante, realiza un pronunciamiento indispensable para la determinación de la pena en los delitos tentados, estableciendo que este grado de consumación en el *iter criminis*, no podría constituirse como una circunstancia atenuante privilegiada, sino más bien, como una causal de disminución de la punibilidad.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

Conforme a las resoluciones emitidas, se debe manifestar que nos encontramos conforme con la sentencia expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, toda vez que dentro del análisis desarrollado por los

Magistrados se tomaron en consideración varios factores que no fueron considerados por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa; tal es así, que la Sala Penal de Apelaciones, absuelve respecto al delito de actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales J.J.S.A debido a que al amparo del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, la Sala consideró que no se ha logrado acreditar la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que doten de aptitud probatoria a la declaración inculpativa de la víctima, debido a que la prueba no ha introducido información que aporte a la acusación fiscal; es decir, que situó al procesado dentro de la vivienda en el tiempo indicado por la víctima, que acredite fehacientemente la posibilidad del acceso y que se hayan efectuado tocamientos en los pechos y vagina de la menor agraviada.

Además, realiza una correcta valoración al referir que los testigos de referencia no fungen como corroboraciones periféricas del hecho objeto de imputación, siendo necesaria la corroboración con elementos de convicción externos a ambos órganos de prueba, alcanzando la falencia al Ministerio Público, quien debió enfocar en obtener la información respecto a la existencia de indicios que revelen la comisión del delito, ya sea la presencia del acusado en la ciudad, las visitas continuas al domicilio de la menor, el acceso a la menor a solas, comportamiento de esta última que denote afectación emocional, u otros.

De igual forma, la Sala Penal de Apelaciones, consideró que la pericia realizada por el psicólogo a la menor agraviada no resultó precisa, puesto que este ha evaluado a la menor respecto a los sucesos vividos, tanto los ocurridos en el dos mil trece como en el dos mil dieciséis, denotando afectación emocional, no resultando esto exacto en cuanto se traten de hechos ocurridos en el año dos mil trece, considerando que la evaluación tiene preminencia respecto al último suceso.

Además es importante señalar que si bien el juez no es testigo directo de los hechos, solo a través de la prueba válidamente actuada puede obtener conocimiento de lo sucedido y generarse convicción sobre la responsabilidad penal del procesado, la que debe ser construida por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no sería posible revertir la inicial presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano, conforme a la garantía prevista por el párrafo e, inciso veinticuatro, artículo dos de la Constitución Política del Estado Peruano, siendo el principio constitucional de presunción de inocencia el atribuido a todo imputado, y una de sus consecuencias es que toda condena debe fundarse en pruebas de cargo suficientes e indubitables; en ese sentido, se considera que bajo este principio, se exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal; si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, o si se presenta duda razonable, no es procedente condenarla, sino absolverla.

En consecuencia, la posición tomada por la Sala Penal de Apelaciones, resulta coherente, puesto que hay insuficiencia de prueba de cargo que no permite crear convicción de culpabilidad; por ende, al no acreditarse en el presente proceso la responsabilidad penal del acusado E.C.C.P por el delito de actos contra el pudor, es

razonable absolverlo en este extremo; por otra parte, respecto al delito de Violación sexual de menor de edad, la Sala Penal de Apelaciones tuvo en cuenta que de la exposición respecto al himen complaciente, no se logró colegir la consumación del delito (penetración), siendo esto un punto crucial para determinar si estamos ante un delito consumado o tentado; respecto a la exposición dada por los peritos en juicio oral, concluyeron que no se logró colegir la consumación del delito, puesto que a criterio de la Sala Penal de Apelaciones, a partir de las exposiciones efectuadas se encontraban dos escenarios:

- a) Sobre las lesiones en el borde himeneal: Estas lesiones podrían haber sido producidas por el miembro viril del agresor, o en otro escenario, haberse producido estas lesiones (llamadas petequias) con otro origen, el cual puede ser diverso.
- b) Respecto a la penetración: Primero, la consumación del delito sin desgarramiento himeneal, explicable a partir de la presencia de himen complaciente en la menor. Y como segundo escenario, la no consumación amparada en que el diámetro himeneal registrado no es compatible con el de himen complaciente, debiendo presentar desgarramientos conforme indica la Guía Médico Legal. A esto, agregar que no se ha llegado a realizar el debate pericial que pudiera dilucidar a los juzgadores a efecto de poder despejar tal incertidumbre.

En dicho contexto, se considera que respecto al criterio adoptado por la Sala de Apelaciones en cuanto a que la hipótesis acusatoria no ha logrado superar la lógica falsacionista sobre la explicación de lo sucedido, resulta coherente; pero sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos conforme con lo esbozado por la Sala Penal respecto al intento de tener acceso carnal con la menor agraviada por parte del sentenciado, encontrándose lo siguiente:

- i. La declaración de la agraviada, la misma que afirmó que el acusado la empujó a la cama, le quitó su pantalón y ropa interior, echándose sobre ella, tapándole la boca, abrió sus piernas con el peso de su cuerpo, sintiendo que la penetraba.
- ii. La posición en la que fue visto el acusado por el testigo G.A.P, refiriendo haber encontrado al procesado echado sobre la agraviada, quien tenía las piernas arriba y era silenciada por el antebrazo de su agresor moviendo su cuerpo sobre esta, teniendo el pantalón desabotonado y la correa suelta. Además, que la menor se encontraba alterada o asustada, exteriorizando haber sido agredida sexualmente.
- iii. La evaluación psicológica practicada a la menor concluyó la afectación emocional que sufría al recordar los incidentes objeto de proceso, denotando rechazo, indignación y odio a su agresor.
- iv. Las conclusiones arribadas en el Examen de Biología Forense N° 559-2016, teniéndose que en la trusa de la menor se encontró líquido prostático sin presencia de espermatozoides.

En ese sentido, es importante mencionar que tales medios de prueba, bajo el razonamiento de la Sala de Apelaciones, se adecúan dentro de la descripción típica del delito de Violación a la libertad Sexual, pero en grado de tentativa, lo cual se considera

coherente con la prueba vertida en el presente proceso; asimismo, se debe tener en cuenta la repercusión respecto a la pena a imponerse al sentenciado; puesto que, cuando estamos ante una tentativa se hace efectivo el artículo dieciséis del Código Penal, que indica que el juez podrá reducir prudencialmente la pena, siendo estos alcances desarrollados posteriormente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 1083-2017 Arequipa, con lo cual nos encontramos conforme respecto a la explicación esgrimida por la Corte Suprema, puesto que se aclara en relación a la determinación judicial de la pena en grado de tentativa, la cual constituye una causal de disminución de la punibilidad, mas no ser considerada como una circunstancia atenuante privilegiada, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

Finalmente, por los detalles que ha tenido en cuenta la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, y que son importantes en tanto enervar o no la presunción de inocencia del sentenciado, nos encontramos en acierto con esta, ya que considero es la que se encuentra conforme a nuestro ordenamiento jurídico penal.

IV. CONCLUSIONES

- No se puede tomar como corroboración periférica a los testigos de referencia, conforme lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, puesto que debemos tener en cuenta que estos testigos por sí solos no forman la convicción suficiente en el juzgador para enervar la presunción de inocencia, más aún si la fuente de conocimiento del testigo de referencia es la propia víctima, corresponde negar su carácter de objetivo como elemento corroborativo.
- Se considera que la entrevista única en Cámara Gesell realizada a la menor de iniciales J.J.S.A. debió constituirse como prueba anticipada en el presente proceso, para que la menor no declare en juicio, y de esta forma evitar revictimización, tal y como lo plantea el Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116, siendo ello obligatorio en los casos de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual. Efectivamente, el trauma de la víctima de violación sexual se extiende cuando debe afrontar los interrogatorios que contiene el sistema de justicia.
- De igual forma, se considera que se debió realizar un debate pericial entre la perito médico oficial y perito de parte, respecto al ítem de la “existencia de himen complaciente”, en una zona himeneal mediana, puesto que respecto a la Guía Médico Legal esto es un imposible; por otra parte, se tiene que la perito afirma realizar un examen experimental introduciendo sus dedos dentro de la vagina de la menor, comprobando efectivamente que el himen no se desgarró, es más sería complaciente, a pesar de que la zona himeneal de la menor era mediana; ello resulta importante debido a que de ser cierto lo que la perito médico exponía, se habría sancionado al acusado por el delito de violación sexual de menor de edad en grado consumado, mas no en grado de tentativa; en consecuencia, variaría en gran medida la sanción penal a imponer.

- Finalmente, en referencia al grado de consumación del delito de violación sexual de menor de edad, nos encontramos conforme con lo expresado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 1083-2017 Arequipa, por cuanto el delito tentado no puede constituirse como una circunstancia atenuante privilegiada, por lo cual, en aplicación del artículo dieciséis del Código Penal, la disminución prudencial de la pena deberá considerar diversos factores del hecho no consumado, constituyéndose como una causal de disminución de la pretensión punitiva.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Caro John, J. (2020) *Summa Penal*. 4ta Edición. Editorial Nomos & Thesis.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Ideas Solución.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Comare.
- López Barja de Quiroga, J. (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Mantilla Nougés, M. (1999). *Compendio de Derecho Penal*. Editorial Leyer.
- Peña Cabrera, A. (2014). *Los Delitos Sexuales*. Ideas Solución.
- Quispe Farfán, F. (2001). *El derecho a la presunción de inocencia*. Palestra.
- Salinas Siccha, R. (2010). *Derecho Penal - Parte Especial* (6.a ed., Vol. 2). Iustitia
- Valderrama Macera, D. (2021, 31 mayo). *La tipicidad y el error de tipo*. Lp. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/tipicidad-error-tipo-derecho-penal/>
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Grijley.

VI. ANEXOS

- Acta de entrevista única en Cámara Gesell de la menor J.J.S.A (12 años)
- Protocolo de Pericia Psicológica N° 013573-2016-PSC, practicado a la menor de iniciales J.J.S.A.
- Certificado Médico Legal N° 013466-IS, practicado a la menor de iniciales J.J.S.A.
- Oficio N° 06456-2016-RC-USJ-CSJAR-PJ.
- Ampliación de la declaración indagatoria de la denunciante F.A.P.
- Acta de Nacimiento de la menor de iniciales J.J.S.A.
- Dictamen Pericial de Biología Forense N° 559-2016, practicado a la menor de iniciales J.J.S.A.
- Protocolo de Pericia Psicológica N° 017559-2016-PSC, practicado a E.C.C.P
- Evaluación Psiquiátrica N° 020337-2016-PSQ, practicado a E.C.C.P
- Ampliación de la declaración indagatoria de la denunciante F.A.P.
- Acta de toma de muestras biológicas a E.C.C.P.
- Dictamen Pericial de Biología Forense N° 1006-2016, practicado a E.C.C.P
- Dictamen Pericial Antropológico N° 130-2016, practicado a la menor de iniciales J.J.S.A.
- Requerimiento Acusatorio.

- O. Integración de la acusación fiscal.
- P. Audiencia de Requerimiento de Control de Acusación.
- Q. Audiencia de Juicio Oral (1).
- R. Acta de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (02).
- S. Acta de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (03).
- T. Acta de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (04).
- U. Acta de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (05).
- V. Acta de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (06).
- W. Acta de Audiencia de Continuación de Lectura de Fallo.
- X. Sentencia de Primera Instancia N° 2017-JPCSPA.
- Y. Interposición del Recurso de Apelación por parte del sentenciado E.C.C.P.
- Z. Escrito de Absolución de traslado por Apelación de Sentencia.
- AA. Sentencia de Segunda Instancia N° 55-2017.
- BB. Interpone Recurso de Casación E.C.C.P.
- CC. Interpone Recurso de Casación el Ministerio Público.
- DD. Sentencia de Casación N° 1083-2017 Arequipa.

ANEXO-DD
**Sentencia de Casación N° 1083-
2017 Arequipa**



Sumilla. Determinación de la pena en casos de tentativa.

i) La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada. ii) La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registran expresamente la concurrencia de estas para su aplicación. iii) La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “*El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena*” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS y OÍDOS: los recursos de casación interpuestos por [REDACTED] y la representante de la **Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa** contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró **FUNDADO** en parte el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a [REDACTED] como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Elevada la causa a este Supremo Tribunal, y cumplido con el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad para obrar, se expidió el auto de calificación el diez de noviembre de dos mil diecisiete –cfr. folios cuarenta y uno a cuarenta y nueve del cuaderno de casación–, que



declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos tanto por el ahora sentenciado –para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial– como por la representante del Ministerio Público, por la causa prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal –La sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación–.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

El sentenciado interpuso su recurso de casación alegando la configuración de una errónea interpretación e indebida aplicación de la norma penal, en específico, el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, concordado con el artículo dieciséis de la misma norma, que determinó que se le impusiera una pena mayor a la que correspondería por haberse cometido en grado de tentativa el delito de violación sexual de persona menor de catorce años de edad.

La representante del Ministerio Público alegó la inadecuada motivación de la sentencia de vista, toda vez que el Tribunal Superior no valoró en conjunto todas las pruebas presentadas –valoración aislada de pronunciamientos médicos–, lo que determinó que se concluyera que se trataba de un acto tentado y, en consecuencia, se realizó un análisis de dosificación de pena errado, conllevando a una errónea interpretación al considerar a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada –numeral tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, cuando la norma no lo prevé así.

TERCERO. IMPUTACIÓN

3.1. FÁCTICA

A [REDACTED] se le atribuyen dos hechos que configuran tanto el delito de actos contra el pudor como el de violación sexual de menor de edad en agrado de tentativa, en perjuicio de la menor de doce años de edad, de identidad reservada, con las iniciales J. J. S. A. El imputado es tío materno de la menor agraviada y estudiante de la escuela de la Policía Nacional del Perú. Así:

- **Respecto al delito de actos contra el pudor.** En el año dos mil trece, cuando la menor agraviada contaba con nueve años de edad, el imputado, en el interior del inmueble ubicado en [REDACTED] Cayma, lugar en el que residía la menor agraviada, en diversas oportunidades, efectuó tocamientos indebidos en los senos y vagina de la menor por debajo de la ropa, conforme esta lo narra en la entrevista única de cámara Gesell, quien indicó: "Me tocaba mis pechos y mi parte genital por debajo de la ropa". La menor precisó que su tío vivía a una cuadra y media de su domicilio.



- **Respecto al delito de violación sexual.** El veintinueve de mayo de dos mil dieciséis, cuando la menor contaba con doce años de edad, al promediar las veintidós horas con cuarenta minutos, aproximadamente, imputado se personó al inmueble ubicado en la asociación [REDACTED] [REDACTED] del distrito de Cayma. Tocó la puerta y le indicó a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor. Entonces empujó a la menor agraviada a la cama, tapándole la boca. Se echó encima de ella, le bajó su pantalón e introdujo su pene dentro de la vagina de la agraviada, mientras esta lo pateaba. En esos instantes ingresó el menor [REDACTED] quien indicó: "Ingresé al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas, es así que vi a mi primo encima de la menor agraviada, abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movía encima de ella. Siendo que el denunciado se paró y su correa estaba suelta y el broche del pantalón abierto".

CUARTO. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- La representante del Ministerio Público impugnó únicamente el extremo referido a la variación de la calificación del hecho de un tipo consumado a uno tentado, en la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad. Por tanto, la absolución por la presunta comisión del delito de actos contra el pudor quedó firme. En ese sentido, constituye únicamente el objeto del debate la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad.
- El procesado ha expresado conformidad respecto a los hechos por tentativa de violación sexual. Afirmó que no hubo penetración y, por ello, pretende la reducción de su sanción. Con tal declaración, el ámbito de pronunciamiento se producirá en dos aspectos: i) si fue correcta la recalificación efectuada por la Sala Penal Superior de Arequipa de un delito consumado a uno tentado; y ii) si la pena impuesta por la Sala Superior, se condice con los criterios fijados en la norma para los casos de tentativa.

4.2. RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA

- La declaración del imputado, asimilada en el proceso como un medio de defensa, fija el objeto de debate para diferenciar si el caso es consumado o tentado.
- El artículo ciento setenta y tres del Código Penal es uno cuyo ámbito de protección penal es la indemnidad sexual, entendida como la protección que brinda el Estado a la integridad sexual de las personas menores de catorce años de edad. Es un tipo penal de



resultado. No es necesaria la concurrencia de violencia para sancionar el acceso carnal con personas de este grupo etario. La consumación está condicionada al acceso carnal. Por vía vaginal, anal o bucal o la realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías

- Al respecto, son importantes las conclusiones establecidas en el Certificado médico legal número trece mil cuatrocientos sesenta y seis-IS –cfr. folio ciento sesenta y cinco–, efectuado el treinta de mayo de dos mil dieciséis –al día siguientes de los hechos denunciados– oralizado en juicio oral en la sesión del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, que respecto a la menor refiere: i) himen complaciente, ii) lesiones genitales recientes, iii) no presenta signos de acto contra natura y iv) se tomó muestra de introito y contenido vaginal para estudio espermatoológico en el laboratorio de biología forense.
- De las conclusiones mencionadas, la naturaleza de himen complaciente no permite aseverar que hubo una penetración en la cavidad vaginal de la menor. No se aprecia un dato físico objetivo; no es factible ubicar lesiones. Sin embargo, sí son importantes las lesiones genitales recientes –vello púbico negro en regular cantidad de distribución ginecoide, orificio himeneal mediano, equimosis violácea de aproximadamente cero punto dos por cero punto dos en borde libre de membrana himeneal a horas VII de esfera himeneal (referencia horaria). Distensible a la maniobra digital. Erosión superficial de aproximadamente cero punto tres centímetros a nivel de orquilla posterior–. A partir de estas conclusiones, durante el debate pericial llevado a cabo en primera instancia –diecisiete de marzo de dos mil diecisiete–, no se pudo corroborar que estas lesiones sean como consecuencia de la penetración que habría padecido la menor, o si son el resultado de la violencia ejercida por la menor agraviada. Si bien la menor aseveró haber sentido dolor y ser penetrada por el miembro viril del procesado, esta proposición no se acreditó suficientemente.
- En estos escenarios resulta importante evaluar el contenido de microorganismos transmitidos como consecuencia de la eventual relación sexual materia de juzgamiento, razón por la que se tomaron muestras de introito y contenido vaginal para el estudio espermatoológico. Efectuada la evaluación mencionada, el Servicio de Biología Forense concluyó que en la muestra extraída y analizada correspondiente a la menor de iniciales J. J. S. A. se determinó que en hisopado de introito vaginal y contenido vaginal no se observaron espermatozoides.



- Complementariamente, se tienen los resultados del examen de biología forense de la menor efectuados a la prenda íntima que esta portaba el día de los hechos, el cual emitió las siguientes conclusiones: i) en la muestra analizada (calzón) no se encontraron restos de sangre, ii) al examen espermatozoides se halló restos de líquido prostático sin presencia de espermatozoides, iii) se evidenció al examen citológico presencia de células superficiales e intermedias del epitelio vaginal, iv) se halló adherido a la prenda un pelo que al análisis tricológico, presentan las características macromicroscópicas descritas en el examen y corresponde a cabellos humano de adulto de sexo masculino y v) no se hallaron otros elementos biológicos de interés criminalístico; conclusiones que permiten aseverar que el resultado típico de penetración o el contacto entre la vagina y el miembro viril del imputado no se produjo; y, con ello, no es amparable con certeza razonable que el resultado antes descrito se hubiera producido.
- Los medios probatorios, como la declaración de la menor, el resultado de la pericia psicológica y el resultado del examen médico, son compatibles cuando menos con el intento de violación, como en efecto reconoció el sentenciado. Por tanto, en este extremo no se configura algún supuesto de indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal y otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; lo que ocasiona la desestimación del recurso propuesto.

4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

- La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.
- La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.
- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción,



atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.
- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:
 - La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
 - No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto de menor así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consuma el tipo penal de violación.
 - La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.
- En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:
 - Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte



- especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.
- Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.
 - La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad; en el presente caso, el ingreso del primo menor de la agraviada determinó que el ahora sentenciado no prosiga con su afán de someter sexualmente a la menor.
- A partir de lo mencionado, la propuesta efectuada por el señor abogado del imputado tanto en su recurso como en la audiencia de casación respecto a la creación de un nuevo marco de punibilidad que oscila entre los dos días hasta los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días –referencialmente–, y dentro de tales marcos aplicar la regla de los tercios, no es amparable, dado que se restringe a una mera aplicación mecánica de la norma, sin analizar las exigencias establecidas en el segundo párrafo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal que establece: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad”. En el presente caso, se juzga el intento de violación de una persona de doce años de



edad, quien como consecuencia de la tentativa de sometimiento sexual quedó con una marcada huella psíquica que fue expresada tanto en el Protocolo de pericia psicológica número trece mil quinientos setenta y tres-dos mil dieciséis-PSC, como durante el debate oral de primera instancia, cuyas conclusiones indican que la menor presenta: i) estado de ansiedad y tensión que se relaciona al recordar los incidentes señalados –violación tentada–, y ii) la actitud hacia el presunto agresor es de indignación, odio y rechazo. Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido; tanto más si el delito previsto en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal reprime cualquier afectación vinculada a la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.

- En ese sentido, el término disminución prudencial concede al juez la facultad de evaluar las circunstancias concretas del caso, en el que se analicen los efectos generados en el sujeto pasivo con la acción antijurídica desplegada por el sentenciado. Por tanto, tampoco se configura la errónea aplicación del artículo dieciséis del Código Penal, con lo cual se desestima el recurso propuesto por el sentenciado.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON:**

- I. **DECLARAR INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por [REDACTED] y la representante de la **Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa** contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1083-2017
AREQUIPA**

sentencia de primera instancia que condenó a [REDACTED] como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

II. ORDENAR que se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Archívese. Intervino la señora jueza suprema Chávez Mella por haber sido elegido presidente del Poder Judicial el señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

IASV/MHCh



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
MESA DE PARTES ÚNICA DE LAS SALAS PENALES

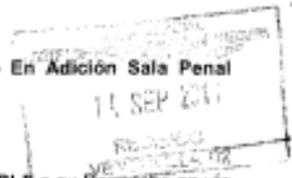
149
oculto
concedido
sumat

Lima, 12 de Setiembre del 2018

Oficio N° : 4920 - 2018-MPU-SPCS/PJ

150

Señor
Presidente de la Cuarta Sala Penal De Apelaciones - En Adición Sala Penal
Liquidadora
Corte Superior de Justicia de Arequipa
Presente.-



Tengo el honor de dirigirme a usted, a fin de REMITIRLE a su Despacho en vía de devolución, el Expediente Penal N° 4222-16-92 adjunto al presente en folios 147; en la instrucción seguida contra [REDACTED] por el delito de Violación Sexual De Menor De Edad, en agravio de Menor De Iniciales J.J.S.A., proceso resuelto por Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

- Se acompaña
- Exp. Judicial N° 04222-2016-13-0401-JR-PE-01 fs. 241
- Cuaderno de prisión preventiva N° 04222-2016-37-0401-JR-PE-01fs.232
- CD de audios

Asimismo, se adjunta para su conocimiento y fines pertinentes, copia certificada de la Ejecutoria Suprema de fecha 14 de Agosto del 2018 en folios (09), recaída en el presente Recurso de Casación N° 1083-2017 .

Aprovecho la oportunidad que me brinda la presente para renovarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente:



MAMANI HERRERA PABLO ANTONIO
Jefe
Mesa de Partes Única de las Salas Penales
Corte Suprema

R. Casación N° 1083-2017
Superior N° 4222-2016
OLVA COURIER: 35991421/18

