



IMPUTACIÓN NECESARIA

Sumilla: La falta de imputación necesaria, no es un supuesto para amparar una excepción de improcedencia de acción. Se trata de un vicio procesal que debe subsanarse en la audiencia de control de la acusación fiscal, pero no convierte a la conducta imputada, en atípica. En consecuencia, se anula todo lo actuado y se ordena una nueva audiencia de control de la acusación fiscal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de setiembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIQUIDACIÓN - AREQUIPA, contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revoca la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absuelve del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S. Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Islay, emitió requerimiento acusatorio contra FERNANDO



FRANCISCO SOSA APAZA como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales K.P.S., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y tres mil soles por concepto de reparación civil, a favor de dicha agraviada.

SEGUNDO: Realizado el control de la acusación fiscal – fojas cincuenta y cuatro –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas cincuenta y cinco. El inicio del juicio oral se produjo el ocho de setiembre de dos mil quince – fojas trece –. Las sesiones plenarios se extendieron hasta el quince de setiembre del mismo año – fojas quince –. El diecisiete de setiembre de dos mil quince, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, emitió la sentencia de fojas diecinueve a veintinueve, condenando al acusado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales K.P.S., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de tres mil soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el sentenciado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA interpuso recurso de apelación – fojas treinta y seis –; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas cuarenta y tres, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de fojas cincuenta y nueve, señaló fecha de audiencia de apelación el día ocho de marzo, reprogramado para el



dieciséis de marzo de dos mil dieciséis. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia. Compareció el señor Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, así como el abogado defensor del sentenciado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

- I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuestas; y,
- II) Del lado de la defensa, se destacó que el Ministerio Público en ningún momento refirió el término “pene” para sustentar su acusación; sin embargo, el Colegiado asume un rol acusatorio e introduce dicho término, contraviniendo el principio acusatorio adversarial e igualdad de armas. No se introduce el supuesto exigible (pene, dedo u otro análogo). Ha existido ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo. En consecuencia, no existe imputación concreta.

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, resolvió: **Revocar** la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absolvió del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S., ordenándose el archivo definitivo de la causa.

QUINTO: De la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

Sentencia de Primera Instancia

- A.** El acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales K.P.S., se acreditó con el Certificado Médico Legal N.º 001600-G, cuyo diagnóstico fue: *“presenta Himen desflorado”*.
- B.** La sindicación directa, persistente, coherente y sólida de la menor agraviada de iniciales K.P.S.
- C.** Respecto a la falta de imputación necesaria, acotó: *“si bien el Ministerio Público no ha indicado el objeto con el cual se habría cometido el delito(...)se infiere que el objeto introducido es el pene en la vagina de la agraviada, pues dentro del lenguaje que maneja una menor de doce años, sólo es posible configurar el término -relaciones sexuales- el ingreso de pene en la vagina”*.

Sentencia de Vista

- D.** La excepción de improcedencia de acción procede: *“...a) cuando el hecho denunciado no constituye delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como ilícito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta) o que no se adecúe a la hipótesis típica de una disposición penal preexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa)...”*.
- E.** La imputación debidamente formulada posibilita a las partes ejercer su derecho de defensa, debiendo exigirse una afirmación clara, precisa y circunstanciada del hecho fáctico, esto es, una descripción de todas las situaciones de la forma como se desarrollaron los hechos (imputación necesaria).

- F. Si bien la acusación reúne los requisitos del primer elemento: “...tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal...”; sin embargo, en los elementos fácticos se omite definir el segundo elemento del tipo penal, es decir, qué objetos o partes del cuerpo introdujo el acusado en la vagina de la menor agraviada. Es imperativo que el Ministerio Público haya precisado ello, pues solo así la parte procesada conocerá con claridad los cargos postulados.
- G. El Ministerio Público no cumplió con postular acabadamente hechos que comprendan todos los elementos que reclama el artículo 173 primer párrafo, numeral 2, del Código Penal. Los hechos atribuidos no constituyen delito, al presentarse una causal de atipicidad relativa.

§. DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

SEXTO: El señor FISCAL SUPERIOR, a fojas noventa y ocho, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, que Revocó la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absolvió del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S., ordenándose el archivo definitivo de la causa. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 3), 4) y 5), del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas treinta y tres del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal.

SÉTIMO: Este Tribunal de Casación mediante Ejecutoria Suprema de quince de agosto de dos mil dieciséis, obrante a folios treinta y tres en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por las causales previstas en el artículo 429º, numerales 3) y 5), del Código adjetivo acotado. El inciso 3 señala: *“Si la sentencia o auto 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”*. Luego, el inciso 5 prescribe: *“Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional”*. Dicho recurso fue declarado inadmisibles por la causal prevista en el inciso 4º, del artículo 429º del Código Procesal Penal. En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

- A.** Errónea interpretación del artículo 6º literal b) del Código Procesal Penal (Excepción de Improcedencia de Acción).
- B.** La inaplicación (falta de aplicación) del numeral 2º del artículo 173 del Código Penal; y,
- C.** Apartamiento de la doctrina jurisprudencial: Recurso de Nulidad N.º 956-2011-Ucayali (fundamento VI y VII), Acuerdo Plenario N.º 2-2012 (fundamento 11); Casación N.º 388-2012-Ucayali (fundamento 3); Recurso de Nulidad N.º 265-2012-Cajamarca (fundamento 3).

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación –carga de fojas cuarenta y dos, en el cuadernillo supremo–, se expidió el decreto de fojas cuarenta y nueve en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

NOVENO: La audiencia de casación se realizó sin la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431º, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el doce de setiembre de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante, considera que el término “relaciones sexuales”, si bien puede englobar una naturaleza muy diversa de actos sexuales; sin embargo, es suficiente para afirmar la tipicidad del hecho imputado. La referencia genérica al término “relaciones sexuales”, puede implicar en abstracto la posibilidad de que el imputado tenga problemas para ejercer una determinada línea de defensa; sin embargo, ello ya no es una cuestión sustantiva de atipicidad, sino más bien, una cuestión procesal relacionada con el derecho de defensa y la falta de precisión de los cargos. Asimismo, sostiene que se absolvió al acusado, Sosa Apaza, del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, sin que exista algún supuesto de atipicidad relativa. Por último, precisó que la Sala Superior se apartó de la doctrina jurisprudencial de la corte Suprema de Justicia de la República. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará los aspectos que se proponen en la casación.

DÉCIMO PRIMERO: El Colegiado Superior, para absolver al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, tuvo como fundamento, uno de los supuestos de la excepción de improcedencia de acción: *atipicidad relativa*. Asimismo, señaló que para el caso, era evidente la falta de precisión de los cargos, específicamente que el Ministerio Público no indicó, con qué objeto o parte del cuerpo se produjo la violación sexual a la menor agraviada, procediendo luego a desarrollar el principio de imputación necesaria. Finalmente, absolvió de los cargos al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, vinculando la naturaleza de la Excepción de Improcedencia de Acción con el principio de imputación necesaria; concluyendo que los hechos postulados por el Ministerio Público no constituyen delito por omisión fáctica.

DÉCIMO SEGUNDO: Es patente que la Sala Superior confundió el tratamiento jurídico de una Excepción de Improcedencia de Acción, con el principio de imputación necesaria. Esta situación obliga a esta Corte de Casación definir cada uno de ellos. El artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal de 2004, regula el instituto procesal de la improcedencia de acción. La referida excepción es un medio de defensa contra la acción penal que procede, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. La improcedencia de acción, por tanto, comprende dos supuestos; el primero, relacionado a todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación; y un segundo supuesto, que hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

DÉCIMO TERCERO: La alusión a que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos supuestos: **a)** que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta imputada no concuerda con ninguna de las descritas en la ley penal. No es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, **b)** que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente, invocada en la investigación o acusación fiscal, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujeto -activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto -jurídico y material-, por lo que en estos casos se estaría frente a un caso de atipicidad relativa, por falta de adecuación indirecta.

DÉCIMO CUARTO: De otro lado, es de relieves que el artículo 159 de la Constitución Política del Perú, establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de imputación necesaria, como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2.24 “d” y 139.14 de la Constitución). La imputación necesaria, en palabras de CÁCERES JULCA¹ consiste en que: *“la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar a negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la*

¹ CÁCERES JULCA, Roberto. “Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción”. Grijley, Tomo 10, p. 137, Lima, 2008.

significancia penal.” JULIO MAIER² se refiere al principio de la imputación necesaria en los siguientes términos: “La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. (...) La imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y la proporcione su materialidad concreta.”

DÉCIMO QUINTO: Definido los conceptos sobre la naturaleza de la Excepción de improcedencia de acción y el principio de imputación necesaria; se puede apreciar, que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, confundió los conceptos de ambas instituciones. En efecto, si bien es cierto en la imputación del Ministerio Público faltó precisar el objeto o parte del cuerpo del acusado, con el que se produjo la violación sexual en agravio de la menor de iniciales K.P.S.; sin embargo, esta falta de precisión, tiene relación con el déficit de imputación necesaria, por omisión fáctica del objeto o parte del cuerpo utilizado para violentar

² MAIER, JULIO B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Editores del Puerto, Vol. I, p. 317 y 318, Buenos Aires, 2000.

la indemnidad sexual de la menor agraviada. El defecto antes descrito, no puede ser dilucidado mediante una excepción de improcedencia de acción; toda vez que no estamos ante un caso de atipicidad relativa -como ha considerado el Tribunal Superior-, que supone la inexistencia de algún elemento del tipo penal del delito de violación sexual de menor de edad; como el sujeto activo o los elementos descriptivos o normativos del tipo. Todos los elementos preexisten; lo que ocurrió fue que se omitió precisar la parte del cuerpo que el acusado introdujo en la vagina de la agraviada. Esta omisión, que no es sinónimo de inexistencia, debió ser corregida o subsanada con las herramientas procesales que contempla el Código Procesal Penal; y no mediante una excepción, de oficio, que extingue la acción penal. La falta de imputación necesaria no significa la ausencia o inexistencia de algún elemento del tipo penal; por lo que no puede equipararse con la excepción de improcedencia de acción. La Sala Penal de Apelaciones, interpretó erróneamente el artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, al considerar que la falta de imputación necesaria es un supuesto para amparar la excepción de improcedencia de acción. En tal virtud, la causal de errónea interpretación de la ley procesal penal, debe estimarse.

DÉCIMO SEXTO: De otro lado, se ha inaplicado el artículo 173º inciso 2, del Código Penal, toda vez que la interpretación errónea del artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, en que incurrió la Segunda Sala Penal de Apelaciones, impidió la evaluación del fondo de la controversia, sea para confirmarla o revocarla. En consecuencia, la causal por inaplicación de la ley penal debe ampararse.

DÉCIMO SÉTIMO: En relación al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la



República; la sentencia de vista no ha tenido en consideración la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema, respecto al principio de imputación necesaria. La doctrina jurisprudencial, al respecto, señala que cuando hay falta de imputación necesaria, se incurre en causal de nulidad de actuados, mas no procede la excepción de improcedencia de acción. Así: **a)** Recurso de Nulidad N.º 956-2011-Ucayali emitido por la Sala Penal Permanente -Fundamento VII- *“En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia(...)”*; **b)** Recurso de Nulidad N.º 265-2012-Cajamarca emitido por la Sala Penal Permanente -Fundamento III, 3.3-3.4- *“Se aprecia que el representante del Ministerio Público se limitó a formular una descripción de los hechos como consecuencia de las investigaciones realizadas; sin haber establecido concretamente la imputación fáctica de los encausados(...)*la sentencia materia de grado debe ser anulada, disponiéndose que previo a un nuevo juzgamiento, se devuelvan los autos al Fiscal Provincial (...).”; **c)** Casación N.º 388-2012-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente -Fundamento III, 3.1-: *“El Tribunal está siempre en capacidad, por vía de control, de exigir al representante del Ministerio Público un nivel mínimo de coherencia...así como respecto al principio de imputación necesaria –concreta y completa- a cuyo fin podrá solicitar las aclaraciones que el caso lo exija, **sin que ello importe la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción**, sino por el contrario solo la subsanación que el caso lo amerite(...)”*; **d)** Acuerdo Plenario N.º 2-2012 -Fundamento 11-: *“El incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integra los cargos penales”; es (...)*



exclusiva y limitadamente correctora-disponer la subsanación de la imputación(...)".

DÉCIMO OCTAVO: Finalmente, si bien el presente recurso de casación ha sido dirigido contra la sentencia de vista, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; sin embargo, el vicio procesal (falta de imputación necesaria) se produjo a nivel del Juzgado de Primera Instancia al no advertirlo en la audiencia de control de la acusación fiscal; por lo que, tanto la sentencia de vista así como la sentencia de primera instancia son nulas, por cuanto se han inobservado las garantías constitucionales del debido proceso (principio de imputación necesaria, tutela jurisdiccional efectiva); en consecuencia, es de aplicación el artículo 150, inciso d) del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIQUIDACIÓN - AREQUIPA, contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revoca la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absuelve del aludido delito, previsto en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S. En consecuencia, y con **REENVÍO: DECLARARON NULA** la sentencia de vista de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis obrante de fojas setenta y seis a ochenta y tres emitida por la Segunda Sala de Apelaciones de la Corte Superior



de Justicia de Arequipa; **NULA** la sentencia del Juzgado Colegiado de diecisiete de setiembre de dos mil quince de folios diecinueve a veintinueve y, **NULO** todo lo actuado a partir de la audiencia de control de la acusación fiscal; **MANDARON** que el Juez Penal de Investigación Preparatoria realice una nueva audiencia de control de acusación, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente sentencia casatoria; **DISPUSIERON** dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial “El Peruano”; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas, por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.-

SS.

HINOSTROZA PARIACHI

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGA

CHÁVEZ MELLA

CHP/rvz