CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema:SALAS CAMPOS Pilar Roxana (FAU20159981216), Fecha: 15/05/2018 11:26:18,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

Sumilla. i) La configuración de la legítima defensa imperfecta concede al Juez la posibilidad de disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. **ii)** El principio de prohibición de reforma peyorativa, cuando únicamente impugne el sentenciado, restringe al Tribunal jerárquicamente superior a imponer una pena mayor a la fijada en primera instancia. **iii)** El principio acusatorio demanda al Ministerio Público la precisión de los elementos descriptivos del tipo penal. La obscenidad debe ser precisada considerando los valores de una sociedad en un periodo y espacio determinados. **iv)** La invocación de programas *realities* no constituye un baremo razonable para estimar una conducta socialmente adecuada.

Lima, catorce de mayo de dos mil dieciocho

VISTOS: los recursos de nulidad formulados por **Eduard Llactahuamán Barboza** –sentenciado– y el señor Fiscal Superior, representante de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Ayacucho, contra la sentencia expedida el diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete por los integrantes de la Segunda Sala Penal Liquidadora de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que:

i) **ABSOLVIERON** a Will Monteza Llactahuamán de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito contra la libertad, en la modalidad de incitación a menor de edad a exhibiciones obscenas, tipificado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Penal.

ii) **ABSOLVIERON** a Franz Ronald Mayanga Pañahua de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado

de tentativa, previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

iii) **CONDENARON** a Eduard Llactahuamán Barboza como autor del delito de lesiones graves, previsto en el primer párrafo, inciso tres, del artículo ciento veintiuno del Código Penal, en agravio de Franz Ronald Mayanga Pañahua; y, en consecuencia, le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad efectiva.

iv) **FIJARON** en cuatro mil soles el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de Franz Ronald Mayanga Pañahua.

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

1.1. PROPUESTOS POR EDUARD LLACTAHUAMÁN BARBOZA

El accionante pretende su absolución por las siguientes razones:

1.1.1. El Colegiado Superior no consideró que su intervención se produjo en legítima defensa de su sobrina, dado que esta requería auxilio por la inminente violación sexual a la que sería sometida por el agraviado del delito de lesiones, Franz Ronald Mayanga Pañahua.

1.1.2. Su proceder no fue doloso ni planificado. Tanto el sentenciado como el agraviado se propinaron agresiones recíprocas.

1.1.3. La Sala Superior no tuvo en cuenta las declaraciones de la agraviada, que dotan de verosimilitud a su

versión de ocurrencia fáctica e intervención de legítima defensa.

1.2. PROPUESTOS POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cuestiona la sentencia en el extremo absolutorio en los siguientes términos:

1.2.1. En cuanto a la absolución de Franz Ronald Mayanga Pañahua de la imputación fiscal por la presunta comisión del delito de violación sexual de menor en grado de tentativa, sostuvo que obran medios de prueba suficientes para determinar que el encausado Mayanga Pañahua intentó violarla. Entre ellas se tienen las declaraciones expresadas por la agraviada tanto a nivel preliminar como en sede instructiva; la declaración de su tío Eduard Llactahuamán Barboza; el Certificado médico legal número siete mil cuatrocientos noventa y nueve-DCLS del doce de octubre de dos mil trece, cuyas conclusiones establecieron que la menor agraviada presentaba signos extragenitales recientes y equimosis en forma de moneda en cara anterior tercio medio del brazo derecho, lesiones que le generó el procesado al intentar violarla sexualmente y que no se llegó a consumar por la intervención oportuna de su tío; así también obran en autos el Protocolo de pericia psicológica número siete mil quinientos once-dos mil trece-PSC, que concluye que la menor presenta reacción de tensión emocional (ansiedad) compatible a estresor con relación al episodio motivo de juzgamiento

y carga de agresividad (irritabilidad) contenida reprimida. Por lo tanto, la sentencia absolutoria debe ser anulada y ordenarse la expedición de un nuevo pronunciamiento.

1.2.2. Contra la absolución declarada a favor de Will Monteza Llactahuamán, a quien le imputaron la presunta comisión del delito de incitación de menor a la práctica de actos obscenos, en perjuicio de la menor de iniciales Y. B. F. Ll., sostiene que obran pruebas suficientes, como la declaración de esta, quien mencionó que Monteza Llactahuamán, una tarde en que se hallaba en su habitación, le dijo que se quitara la ropa y bailara, lo que hizo, desconociendo que era grabada por el ahora encausado. Sostiene que la conducta atribuida fue dolosa, dado que tenía grabaciones íntimas de otras personas. Por ello, la intención del encausado de provocar a la menor con la finalidad de involucrarla en hechos de contenido sexual a través de determinada actuación quedó plenamente acreditada.

SEGUNDO. ACUSACIÓN

2.1. HECHOS IMPUTADOS

El Ministerio Público atribuye estos hechos a las siguientes personas:

- Que Franz Ronald Mayanga Pañahua intentó violar sexualmente a la menor de iniciales Y. B. F. Ll., de trece años de edad, el once de octubre de dos mil trece, aproximadamente a las dieciocho horas con cincuenta minutos. Cuando, luego de haber coincidido en la habitación de Will Monteza Llactahuamán –primo de la menor–, esta se encontraba sola en su cuarto,

ubicado en la avenida Perú número cuatrocientos setenta y nueve, barrio La Libertad, recostada sobre su cama, dicho acusado ingresó y empleando violencia intentó someterla sexualmente. Se echó sobre ella y empezó a besarla a la fuerza, intentando quitarle su polo y pantalón. Le desabrochó dicha prenda, tocó sus partes íntimas e introdujo su mano por debajo del pantalón y la trusa de la menor. Esta gritó pidiendo auxilio, lo cual provocó la intervención de Eduard Llactahuamán Barboza, quien acudió a socorrerla e impidió el ataque sexual.

- Que Will Monteza Llactahuamán incitó a la menor de iniciales Y. B. F. Ll., de trece años de edad, a practicar actos obscenos el once de octubre de dos mi trece, aproximadamente a las trece horas. Empleando una computadora, grabó a la referida menor mientras posaba en ropa íntima, y le indicó la postura y ademanes a realizar para que la toma fotográfica posea contenido sexual. Estos hechos se suscitaron en la avenida Perú número cuatrocientos setenta y nueve, barrio La Libertad de la ciudad de Huamanga.
- Que Eduard Llactahuamán Barboza agredió físicamente a Franz Ronald Mayanga Pañahua el once de octubre de dos mil trece, en circunstancias en que ingresó a la habitación de su sobrina de iniciales Y. B. F. Ll., ubicada en la avenida Perú número cuatrocientos setenta y nueve, del barrio La Libertad, y encontró al referido agraviado encima de la menor, intentando quitarle el pantalón para abusar sexualmente de ella. Entonces procedió a golpearlo con puños y patadas en la cara, y llegó a expulsarlo por la fuerza de su vivienda, que tiene una altura de casi dos metros, causándole lesiones graves por los golpes y la caída. El agraviado se logró poner de pie y pidió auxilio, luego de lo cual el procesado nuevamente lo alcanzó y, tumbándolo sobre el suelo, continuó propinándole golpes en diferentes partes del cuerpo con puños y puntapiés, ocasionando lesiones que requirieron sesenta días de incapacidad médico legal.

2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

CÓDIGO PENAL

Artículo 121. Lesiones graves

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

[…]

3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico.

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

Artículo 183. Exhibiciones y publicaciones obscenas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años:

[…]

2. El que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR

En cuanto a los hechos atribuidos a Franz Ronald Mayanga Pañahua, por propia declaración de la agraviada brindada en juicio oral, se demostró que al tiempo de la presunta comisión delictiva la menor agraviada y el ahora procesado mantuvieron

una relación sentimental. Este nunca le propuso tener relaciones sexuales y únicamente la quiso besar. Ella se rehusó y le pidió en voz alta que la deje, exclamación que fue escuchada por su tío Eduard Llactahuamán Barboza, quien sin mediar explicación alguna golpeó al acusado.

Concluyeron que las declaraciones iniciales brindadas por la menor en las que incriminó una presunta violación fueron influenciadas por sus familiares y el rencor a su enamorado, así como por el temor a que estos conozcan de su relación sentimental con Mayanga Pañahua.

En cuanto a los hechos atribuidos a Will Monteza Llactahuamán, concluyeron que la imputación es atípica, dado que, conforme al panel fotográfico evaluado, la menor no aparece desnuda ni mucho menos muestra sus partes íntimas; y las prendas que vestía, así como sus movimientos para la fotografía, son gestos propios de la gente joven, que se condicen con su actual forma de vida, con relación a programas juveniles de concurso. El Tribunal, pues, no consideró que tales fotografías tuvieran contenido obsceno u ofensivo al pudor o a las buenas costumbres, y que la joven vista prendas diminutas en posiciones sugerentes, tanto más si esta reconoció que dichas fotografías fueron tomadas con su consentimiento en forma de juego con su primo.

Finalmente, respecto a Eduard Llactahuamán Barboza, refirió que la conducta imputada es una típica del delito de lesiones graves, previsto en el primer párrafo, inciso tres, del artículo ciento veintiuno del Código Penal, dado que están probadas las lesiones de Mayanga Pañahua con la fractura de sus huesos de macizo facial, el trauma ocular bilateral y hemorragia subconjuntival en ambos ojos, conforme al Certificado médico legal número siete

mil ochocientos veintisiete-PF-AR del veinticuatro de octubre de dos mil trece, mediante el cual la médico legista que lo evaluó prescribió diez días de atención facultativa por sesenta de incapacidad médico legal, y dichas lesiones requirieron el control, seguimiento y tratamiento por neurocirugía y por la especialidad de cabeza y cuello. Esta agresión no se hallaba justificada, por cuanto la menor de edad a quien pretendía violar el agraviado del delito de lesiones afirmó que Mayanga Pañahua no tuvo tal intención, desestimando así la causa prevista en el inciso cinco del artículo veinte del Código Penal.

SEGUNDO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde evaluar si concurren los elementos para determinar la legítima defensa, perfecta o imperfecta, en el proceder de Eduard Llactahuamán Barboza; y, a su vez, examinar la imposición de una pena suspendida.

De otro lado, verificar si la absolución de Will Monteza Llactahuamán y Franz Ronald Mayanga Pañahua estuvo expedida conforme a ley.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

3.1.1. La evaluación del recurso de nulidad exige coherencia en la pretensión de los sujetos procesales que comparecen a este Tribunal.

3.1.2. La sentencia penal debe guardar coherencia respecto a todos los extremos en los que se produjo la imputación, dado que al ser plural concurren hechos, tipos penales y sujetos distintos sobre los que se tiene que emitir

pronunciamiento coherente que no contradiga alguno de los términos de la imputación.

3.1.3. Ello se menciona por cuanto el representante del Ministerio Público realizó una doble valoración negativa de los hechos. Por un lado, para encausar a Eduard Llactahuamán Barboza no analizó la concurrencia de un supuesto de legítima defensa; no obra así en juicio de tipicidad estipulado en la acusación escrita ni en su requisitoria oral en juicio, desconociendo que hubiera una agresión ilegítima en perjuicio de la menor de iniciales Y. B. F. Ll. Sin embargo, al requerir la sanción contra Mayanga Pañahua, sí valoró como prueba de cargo la declaración de Llactahuamán Barboza, en la que este indicó que Mayanga Pañahua pretendía violar a la menor agraviada.

3.1.4. Así, uno de los dos hechos no sería delictivo, pues, de un lado, están las lesiones por configuración de legítima defensa y, por el otro, la violación tentada por inexistencia de la acción, supuestos en los que se exige coherencia al representante del Ministerio Público.

3.2. RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN PROPUESTA POR EDUARD LLACTAHUAMÁN BARBOZA

3.2.1. La condena emitida contra Llactahuamán Barboza deja sentado que hubo una agresión contra Franz Ronald Mayanga Pañahua sin justificación alguna, dado que la sobrina del sentenciado, a favor de quien este desplegó acciones de defensa, sostuvo en juicio oral que en ningún momento Mayanga Pañahua pretendió violarla, que

tuvieron una relación sentimental de enamorados y que la negativa a gritos fue por un beso.

3.2.2. Sin embargo, resulta de imperiosa necesidad evaluar las razones objetivas por las que el sentenciado Llactahuamán Barboza habría obrado de modo violento en perjuicio de Mayanga Pañahua. Así pues, conforme a las declaraciones iniciales brindadas por la menor en presencia del representante del Ministerio Público –cfr. folios catorce a diecinueve–, se dio cuenta de que esta habría exclamado ayuda ante un presunto acometimiento sexual violento. En sentido afín, se tiene la declaración preliminar de Mayanga Pañahua –cfr. folios veinte a veinticuatro–, circunstancia que habría generado la intervención de Llactahuamán Barboza por un presunto error.

3.2.3. Esta intervención tuvo que ser analizada, conforme ahora refiere el accionante en su recurso, bajo los alcances de la legitima defensa a favor de tercero, prevista en el inciso tres del artículo veinte del Código Penal, que establece la exención de responsabilidad a quien obre en defensa de bienes jurídicos de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- **Agresión ilegítima**. Esta debe tratarse de una conducta humana, actual –concomitante al hecho–, ilegítima y real. Bajo las circunstancias en las que se produjo la imputación, se tiene que esta cumple con las exigencias mencionadas. Tanto la menor agraviada como Mayanga Pañahua afirmaron que Llactahuamán Barboza habría obrado por error, ante una exclamación de la menor que yacía en su habitación, en horas de la

noche, con síntomas de haber ingerido licor, con una persona de sexo masculino, mayor que ella en aproximadamente nueve años.

- **Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla**. Exige la valoración de las circunstancias, sin que esta implique un análisis de proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa. El análisis debe girar en torno a la racionalidad de la medida empleada.

  La evaluación de la necesidad racional se debe realizar desde una doble perspectiva que no se limite al medio, sino también a la misma defensa. Por ello es importante evaluar, a partir de las declaraciones iniciales y el conjunto de medios probatorios, la forma en la que procedió Llactahuamán Barboza.

  Según el desarrollo doctrinal propuesto por Villavicencio Terreros, se requiere verificar tanto la necesidad en abstracto de la defensa –si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o los derechos propios o ajenos– como la necesidad del medio defensivo concretamente utilizado –necesidad en concreto de la defensa–. En importante esta diferenciación porque, si falta la necesidad de defensa en abstracto o en concreto, habrá que descartar una legítima defensa perfecta (podría ser una eximente incompleta, artículo veintiuno del Código Penal)[1].

[1] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general.* Sexta reimpresión. Lima: Editorial Jurídica Grijley, p. 544.

Conforme a la descripción efectuada por el ahora sentenciado, la declaración de la menor de iniciales Y. B. F. Ll. y la del agraviado Mayanga Pañahua, este último habría intentado someter sexualmente a la menor. Al menos se tiene la certeza de que esa percepción tuvo el ahora sentenciado al momento de los hechos; sin embargo, aun cuando –en el supuesto negado, probatoria y procesalmente, conforme a las piezas procesales obrantes en el expediente– se afirme que la violación hubiera sido inminente, la respuesta brindada por el sentenciado al propinar golpes de puño y puntapiés al agraviado fue excesiva. Así dio cuenta el Certificado médico legal número siete mil ochocientos veintisiete-PF-AR del veinticuatro de octubre de dos mil trece –cfr. folio cuarenta y dos–, el cual concluyó que el agraviado presentaba: **i)** lesiones ocasionadas por agente contundente duro y superficie áspera, **ii)** policontuso moderado y **iii)** traumatismo encéfalo craneano moderado y fractura de huesos macizo facial lineal reg. maxilar izquierdo; y en consecuencia prescribieron a su favor diez días de atención facultativa por sesenta días de incapacidad médico legal salvo complicaciones, cuantificador que supera la dimensión prevista para el delito de lesiones graves de treinta días, previsto en el inciso tres del primer párrafo del artículo ciento veintiuno del Código Penal.

Ahora bien, la dimensión de los resultados que padeció el agraviado dan cuenta de que la defensa que hubiera ejercido a favor de su sobrina no fue racional y enfocada a impedirla o repelerla, y fue excesiva e innecesaria para

la defensa del bien jurídico indemnidad sexual; por tanto, este requisito no se configura.

- **Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.** Claro está que el ahora sentenciado no fue quien provocó la agresión; por ende, esta circunstancia para evaluar la legítima defensa a favor de tercero concurre.
- Asimismo, no se aprecia que entre el agraviado y el ahora sentenciado hubieran existido relaciones previas de odio que desvirtúen el *animus defensionis* con el que obró el sentenciado.

3.2.4. Por ello, conforme a la cita doctrinal mencionada precedentemente, se está ante la configuración de una legítima defensa imperfecta, cuya regulación normativa obra en el artículo veinte del Código Penal, que precisa que en los casos del artículo veinte, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

3.2.5. Los límites punitivos para este tipo penal son no menores de cuatro ni mayores de ocho años, según lo estipulado en el inciso tres del primer párrafo del artículo ciento veintiuno del Código Penal. Así, conforme a la determinación expresada en el apartado precedente, es facultad del Juez disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

3.2.6. El representante del Ministerio Público, tanto al formular su requerimiento de acusación –cfr. folios doscientos sesenta y seis a

doscientos setenta y seis–, así como en su requisitoria oral de cierre –llevada a cabo en la sesión del siete de diciembre de dos mil diecisiete, conforme consta en el folio cuatrocientos setenta y cinco–, pretendió que se imponga a Llactahuamán Barboza cuatro años de privación de la libertad, sin considerar la agravante cualificada de reincidencia. Sin embargo, el Tribunal Superior, invocando el inciso cuatro del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales, advirtió que el ahora sentenciado sería reincidente, y que por disposición de la norma mencionada correspondía la imposición de una sanción superior a la requerida por el representante del Ministerio Público. Empero, tal proceder requiere de una motivación especial, la cual no fue expresada en la sentencia cuestionada. Por tanto, el debate para incrementar la pena no es amparable en aplicación del principio de proscripción de la *reformatio in peius*, dado que el representante del Ministerio Público estuvo conforme con la determinación cuantitativa arribada a nivel superior.

3.2.7. Superado el debate del límite superior, queda evaluar el extremo mínimo. Así, al haberse configurado un supuesto de legítima defensa imperfecta, correspondería una sanción hasta límites inferiores al mínimo legal. No obstante, aquella disminución es potestativa y no imperativa.

3.2.8. La pena impuesta ya se halla en el extremo menor y no concurren fundamentos para reducirla cuantitativamente. Sin embargo, sí surge el escenario para evaluar la suspensión de la condena, conforme a las reglas estipuladas en el artículo cincuenta y siete del Código Penal, el cual

concede al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena siempre que concurran los siguientes requisitos:

- Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor a cuatro años, requisito que concurre conforme a lo antes anotado.
- Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente permitan inferir al Juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. En principio, la agresión por la que ahora es juzgado Llactahuamán Barboza se produjo en el marco de un supuesto de legítima defensa imperfecta a favor de tercero. Al menos esta es la interpretación y valoración *pro reo* que se concede a partir de las descripciones iniciales de los actores. No se trata de una conducta criminológicamente relevante de agresión, desdén e irrespeto a la salud e integridad física de las personas. La racionalidad del proceder de Llactahuamán Pañahua ya fue criminalizada con la imperfección de la eximente de responsabilidad; por ello, no se puede valorar doblemente la racionalidad para determinar que la conducta es una de naturaleza criminológica lesiva, unilateral, pues fue en defensa de tercero. En tal sentido, concurre el supuesto de pronóstico favorable.
- Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. La pretensión penal –delito y sanción a imponer– es postulada por la representación procesal del Ministerio Público. En el presente caso, el titular de la acción penal no ha demandado que al encausado se le asigne la

circunstancia agravante cualificada de reincidente; por tanto, el Tribunal –por el esquema procesal en el que se produce la presente impugnación en la que solo recurre el sentenciado y en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor– no puede operar contra reo y asignar esta condición. Así, esta exigencia también concurre.

3.2.9. Como consecuencia de lo mencionado, corresponde reformar la pena impuesta únicamente en el carácter cualitativo, variándola de efectiva a una de carácter suspendido, por lo cual resulta la nueva pena de cuatro años de privación de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de tres años, sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta:

i) Prohibición de frecuentar al agraviado Franz Ronald Mayanga Pañahua y a la persona de identidad reservada con las iniciales Y. B. F. LL.

ii) Prohibición de ausentarse del lugar en el que reside sin autorización del Juez.

iii) Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.

iv) Reparar los daños ocasionados por el delito de lesiones y cumplir con el pago de la reparación civil en la forma que determine el Juzgado de ejecución competente.

v) Prohibición de poseer objetos punzocortantes, armas de fuego e instrumentos que potencialmente generen peligro a la sociedad.

vi) Someterse al tratamiento cognitivo conductual de agresividad, según la determinación que imparta la autoridad de ejecución.

3.3. RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN FORMULADA POR EL SEÑOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.3.1. Los términos sobre los que se estructuró la acusación panorámicamente sostienen que:

i) El ahora sentenciado Eduard Llactahuamán Barboza, sin razón alguna –desestimando la legítima defensa a favor de tercero–, arremetió físicamente contra Franz Ronald Mayanga Pañahua.

ii) La desestimación de circunstancias de exención de responsabilidad del representante del Ministerio Público, entimemáticamente, implica que no hubo un supuesto de acometimiento sexual violento que se quería evitar.

iii) Por tanto, la persecución penal no resulta consistente, pues en una sola imputación pretende a la vez criminalizar y no criminalizar un hecho: negar la configuración de la legítima defensa y por inexistencia de agresión ilegítima y con posterioridad conceder que esta existió. Así se estructuró la acusación, conforme consta en los folios trescientos catorce a trescientos veintidós.

3.3.2. Conforme se sostuvo en las consideraciones preliminares de la parte considerativa de esta Ejecutoria, el contenido tanto de la acusación como de la sentencia deben ser coherentes; lo contrario implicaría insubsistencia en los

términos de imputación. Sin embargo, en el presente caso, a partir de datos objetivos, como las lesiones causadas por Llactahuamán Barboza a Mayanga Pañahua, se determinó la responsabilidad penal del primero sobre la base de un acto en el que concurre una eximente imperfecta.

3.3.3. En atención a ello y con la declaración de la agraviada recabada en juicio oral, sometida a contradicción de las partes –conforme consta en el acta de la sesión de juicio oral llevada a cabo el veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete–, cuando menos, surge un supuesto de insuficiencia probatoria –que determina duda en la configuración de la acción y a la vez error en la comprensión de los hechos por parte de Llactahuamán Barboza– respecto al delito de acometimiento sexual violento en agravio de menor de edad en grado de tentativa, dado que la agraviada revocó el sentido de sus declaraciones iniciales.

3.3.4. Asimismo, introdujo un nuevo elemento de valoración para desestimar un supuesto de violación sexual: el error en el que habría incurrido Franz Ronald Mayanga Pañahua respecto a la edad de esta, aspectos que no se evaluaron suficientemente en primera instancia, tanto más si el Ministerio Público no cuestionó el razonamiento expresado por el Tribunal Superior respecto a la valoración de la nueva declaración que emitió la presunta agraviada en juicio oral, pues se limitó a efectuar un recuento de los medios probatorios que determinarían su condena, y no expresó con precisión los defectos de la decisión pronunciada en primera instancia que le generen agravio. Por tanto, corresponde ratificar la decisión expedida a nivel superior

por insuficiencia probatoria, que genera duda en la configuración de la acción.

3.3.5. De otro lado, respecto a la condena por la presunta comisión del delito de incitación de menor de edad a práctica de actos obscenos, se debe precisar lo siguiente:

3.3.5.1. El tipo penal imputado se halla previsto en el inciso dos del segundo párrafo del artículo ciento ochenta y tres del Código Penal, el cual sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años a quien incite a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a prostíbulos u otros lugares de corrupción.

3.3.5.2. Tanto en la acusación como en la sentencia, los operadores jurisdiccionales se limitaron a mencionar el número del texto normativo en el que se tipifica la conducta materia de juzgamiento, mas no precisaron la modalidad o supuesto típico atribuido a Monteza Llactahuamán y no realizaron un adecuado juicio de tipicidad.

3.3.5.3. Por la descripción fáctica se entiende que se acusa a Monteza Llactahuamán de que incitó a la menor de iniciales Y. B. F. Ll. a actos obscenos. Estos últimos se hallan vinculados a la sexualidad del menor de dieciocho años de edad.

3.3.5.4. El término "obsceno", en su acepción común prevista en el diccionario de la Real Academia Española, significa "impúdico, torpe, ofensivo al pudor"; por tanto, la acción que debería haber realizado el imputado habría de tratarse de una conducta lesiva de instigación o

incitación para efectuar un acto no tolerado por las reglas de una sociedad en un tiempo y espacio determinados. Corresponde al Ministerio Público, en aplicación del principio acusatorio, proponer a la judicatura la comprensión del término "obscenidad" en una sociedad y tiempo determinados, dado que la comprensión de ciertas conductas puede diferir dependiendo de la zona geográfica o las costumbres de una población.

3.3.5.5. En las fotografías obrantes en los folios sesenta y tres a sesenta y seis, se aprecia a dos personas de sexo diferente. El contraste es que la mujer posa en diminutas prendas y en determinadas posturas; en cambio, el varón luce la integridad de sus prendas de vestir.

3.3.5.6. Como se indicó precedentemente, la determinación de lo obsceno obedece exclusivamente a las formas de vida de una determinada sociedad en un tiempo y lugar determinados. El Ministerio Público, al efectuar su pretensión acusatoria, y la sentencia de instancia tuvieron que definir el carácter obsceno de la imputación de fotografiar a una menor de edad en diminutas prendas y en posiciones sugerentes. Empero, no obraron de ese modo. Por ello, erradamente, el Tribunal Superior, en la redacción de sus considerandos, para la absolución invocó programas *realities,* en los que da cuenta de que la conducta de quienes intervienen en ellos es socialmente aprobada. Sin embargo, dicha referencia no resulta adecuada, dado que el contenido de dichos programas no se halla regulado y en ellos

algunas veces se cometen excesos o deficiencias que no se condicen con un estándar común de vida en sociedad y no gozan de aceptación general por la población como medio y modelo de educación; y algunos hechos son apreciados como exóticos y en sí mismos generan controversia y cuestionamiento del comportamiento estereotipado de sus participantes. Una muestra de la falta de control se tiene en la carencia de regulación de los contenidos en horario familiar para personas en etapa de formación. Por tanto, este extremo en el que los integrantes de la Sala Penal invocan tales programas para aseverar que esta conducta es socialmente aceptada debe ser revocado, pues la racionalidad de un fallo implica un análisis sistemático de los efectos que generan sus considerandos como pauta de interpretación de las normas penales en la sociedad en la que se aplican.

3.3.5.7. Superado ello, se aprecia un deficiente caudal probatorio en determinar un proceder doloso de corrosión o exposición de la menor de edad ante la sociedad a través de actos obscenos. Las fotografías mostradas no fueron difundidas en redes sociales públicas o privadas. Al menos no se tiene prueba de ello, y la menor categóricamente, en juicio oral, ha sostenido que las tomas fotográficas fueron realizadas a pedido de ella y que no fue influenciada por el ahora encausado. En tal sentido, por insipiencia probatoria, corresponde ratificar la decisión emitida a nivel superior.

DECISIÓN

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

I. **DECLARAR NO HABER NULIDAD** en la sentencia expedida el diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete por los integrantes de la Segunda Sala Penal Liquidadora de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho en los extremos que: **i) ABSOLVIERON** a **Will Monteza Llactahuamán** de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito contra la libertad, en la modalidad de incitación a menor de edad a exhibiciones obscenas, tipificado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Penal; **ii) ABSOLVIERON** a **Franz Ronald Mayanga Pañahua** de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal; y **iii) CONDENARON** a **Eduard Llactahuamán Barboza** como autor del delito de lesiones graves, previsto en el primer párrafo, inciso tres, del artículo ciento veintiuno del Código Penal, en agravio de Franz Ronald Mayanga Pañahua.

II. **DECLARAR HABER NULIDAD** únicamente en el extremo referido a la pena impuesta a **Eduard Llactahuamán Barboza** de cuatro años de privación de libertad efectiva; **REFOMÁNDOLA CUALITATIVAMENTE**, le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sometido al cumplimiento de las reglas de conducta fijadas en el considerando tres punto dos punto nueve de la presente Ejecutoria Suprema; y, en consecuencia,

DISPUSIERON LA INMEDIATA LIBERTAD de Eduard Llactahuamán Barboza, siempre que en su contra no obre mandato de detención u orden de captura expedida por autoridad jurisdiccional competente; oficiándose para tal efecto, en el día, a la Corte de origen, bajo responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos encargados de su ejecución.

III. DISPONER que se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

IASV/WHCh