



22

RECONDUCCIÓN DE VIOLACIÓN SEXUAL A ACTOS CONTRA EL PUDOR (VICTIMA MENOR DE EDAD)
SUMILLA. De lo actuado y probado se tiene que la conducta del imputado y las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, permiten concluir, válidamente, que su accionar se subsume al tipo penal de actos contra el pudor y no al de violación sexual, por lo que corresponde reconducir la calificación jurídica postulada por la Fiscalía (violación sexual de menor de edad) en su acusación.

Lima, veinticinco de junio de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del **MINISTERIO PÚBLICO** contra la sentencia del once de mayo de dos mil diecisiete (folio trescientos cuarenta y tres), que absolvió a Pepe Pereyra Saboya por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales A. M. L. G. (siete años de edad).

Intervino como ponente el juez supremo **CASTAÑEDA ESPINOZA**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

El representante del Ministerio Público fundamentó su recurso de nulidad (folio trescientos setenta y nueve) en los siguientes argumentos:

- 1.1. Los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida contienen vicios insubsanables vinculados a la valoración integral de la actividad probatoria, pues estos contienen una errónea valoración y compulsión de los medios probatorios actuados en el proceso, además de una afectación al principio de motivación de las resoluciones judiciales.



23

- 1.2. La Sala de Mérito consideró que las declaraciones de la agraviada y su progenitora resultan insuficientes para enervar la presunción de inocencia del acusado, ya que carecían de verosimilitud y persistencia en la incriminación de conformidad con lo establecido en el Acuerdo Plenario N. ° 2-2005/CJ-116, lo que no es compartido por el recurrente, ya que si bien la agraviada en el juicio oral manifestó no recordar los hechos, esto es consecuencia natural de haber declarado después de diecisiete años. Por otro lado, el hecho de no recordarlo no significa que no haya ocurrido.
- 1.3. Se tiene la declaración de Gladis García Tananta, madre de la menor agraviada, quien ha persistido en la incriminación en contra del procesado, lo cual se encuentra corroborado con el Informe Médico realizado el veintisiete de diciembre de dos mil, el cual indica que la menor presenta ruptura de himen y una infección de vaginosis bacteriana.
- 1.4. Por último, se debió valorar que al momento de realizarse la pericia la menor contaba con seis años de edad y no tenía la misma fluidez y facilidad para narrar los hechos que un niño de diez años, por ejemplo. Si bien existe un certificado médico anterior que dio como resultado que la menor presentó desfloración antigua y después un informe médico que diagnosticó que la menor presentaba ruptura de himen reciente, es necesario observar que el examen es válido.

SEGUNDO. IMPUTACION FÁCTICA.

Conforme con el dictamen acusatorio (folio cincuenta y dos) y su aclarado (folio ciento setenta y siete), se imputa al procesado Pepe Pereyra Saboya el haberse aprovechado sexualmente de la menor perjudicada, cuando la madre de esta se encontraba cocinando en la casa de la vecina, pues la lluvia había mojado su



cocina y, como faltaba manteca para la comida, mandó a su domicilio a la menor para traer dicho producto, ocasión que aprovechó el imputado para realizar el acto sexual. El hecho ocurrió el veintidós de diciembre de dos mil, a las quince horas aproximadamente, cuando la perjudicada tenía siete años de edad.

TERCERO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD

- 3.1. En atención a los agravios planteados por el recurrente y al delito por el que se lo juzgó y sentenció, este Tribunal Supremo (en virtud al principio de legalidad) efectuará un juicio de tipicidad sobre los hechos imputados.
- 3.2. La tipicidad penal es la adecuación del acto humano voluntario efectuado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito.
- 3.3. En ese sentido, se tiene en cuenta que si la conducta del sujeto activo se subsume en la norma jurídico-penal prevista por el legislador, se le atribuirá el delito tipificado en la ley (principio de legalidad). Esta tarea, normalmente, la efectúa el representante del Ministerio Público como titular de la acción penal y defensor de la legalidad, la cual concretiza en su denuncia y acusación; sin embargo, dicha labor está sometida al control del juzgador, quien (dependiendo de cada caso) podrá desvincularse de la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía (siempre y cuando advierta errores en la misma) con la condición de no variar los hechos fácticos. En otras palabras, la acusación contiene una premisa fáctica (referida a los hechos imputados), una jurídica (calificación jurídica) y una pretensión penal; y el juzgador (en virtud a la función como garante del principio de legalidad) está facultado a variar solo la premisa jurídica, sin modificar los hechos imputados y garantizando el derecho de defensa.



25

CUARTO. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

La sentencia recurrida del once de mayo de dos mil diecisiete (folio trescientos cuarenta y tres), emitida por la Sala Penal Superior, absolvió de la acusación fiscal a Pepe Pereyra Saboya por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales A. M. L. G. Para ello, se calificó el hecho imputado bajo esta premisa jurídica (violación sexual de menor de edad), en base a la declaración de la menor agraviada, el examen Psicológico N.° 000163-2017-PSC-DCLS y el certificado médico legal N.° 001168-PF-HC que suscribieron, por lo cual se concluyó lo siguiente:

4.1. La declaración de la menor de iniciales A. M. L. G. no ha sido verosímil en el curso del proceso, pues a nivel policial señaló en dos oportunidades que el imputado Pepe Pereyra Saboya, el día veintidós de diciembre de dos mil, solo le sobó con el pene su vagina; sin embargo, a nivel judicial señaló que en dicha fecha el procesado le metió el pene en su vagina; y, por último, en la declaración en juicio oral indicó que no recuerda qué es lo que pasó el día veintidós de diciembre de dos mil, solo recuerda lo que le ha hecho el papá de sus hermanitos cuando tenía cinco o seis años de edad, no recuerda si el señor Pepe la ultrajó sexualmente, ni tampoco si la rozó con su pene en la vagina. Debido a ello, su declaración no cumple con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N. ° 2-2005/CJ-116 para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, tampoco con virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado.

4.2. El examen Psicológico N. ° 000163-2017-PSC-DCLS (folio doscientos noventa y tres), practicada a la menor agraviada, por la psicóloga Sandra Mónica Ríos



26

Arenas, quien luego de revisarla concluyó que no se evidencia indicadores de afectación emocional compatible a materia de investigación.

- 4.3. El Certificado Médico Legal N. ° 001168-PF-HC post-facto (folio trescientos tres), practicado a la menor agraviada, el cual concluyó que, según la evaluación médico ginecológico realizada a la menor, hubo hallazgos compatibles con vulvitis y vaginosis bacteriana. La menor fue tratada con el Programa de Control de Enfermedades de Transmisión Sexual y SIDA (PRO CETSS) y no requirió incapacidad médico legal.
- 4.4. La declaración del procesado Pepe Pereyra Saboya, quien en el curso del proceso señaló no conocer a la menor agraviada, ya que el día veintidós de diciembre de dos mil vivía en San Fernando. Adicionalmente, declaró que mucho menos ha ultrajado sexualmente a la menor agraviada.

QUINTO. ANÁLISIS DE LA IMPUTACION FÁCTICA Y JURÍDICA DEL CASO

De los fundamentos del recurso de nulidad planteados por el representante del Ministerio Público, en el análisis valorativo de la sentencia recurrida, se determina que la ~~substitución~~ ~~de~~ los hechos bajo la hipótesis delictiva de violación sexual de menor de edad, efectuada por la Sala Superior, no se adecua al tipo penal previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, debido al análisis y valoración de los medios de pruebas recabados y actuados en el curso del proceso.

Por el contrario, los hechos históricos denunciados corresponden al delito de actos contra el pudor, cuya calificación y consecuencia jurídica se encuentra tipificada en el artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal, que suscribe que "el que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, comete un acto contrario al pudor en una persona menor de catorce años, será reprimido con



pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. [...]”. En tal sentido, en estricta legalidad, corresponde efectuar la respectiva reconducción del tipo penal; sin embargo, la fecha de la comisión de los hechos que, según la versión primigenia de la menor, fue el veintidós de diciembre de dos mil –descrita en la acusación fiscal y estando al *quantum* de la pena prevista para el delito reconducido (actos contra el pudor de menor)– ha prescrito el derecho de perseguir por parte del Estado, lo que de oficio se aplicará en atención del artículo cinco de Código de Procedimientos Penales. Conforme se aprecia en lo siguiente:

5.1. La sindicación de la menor agraviada de iniciales A. M. L .G., en su declaración referencial contra Pepe Pereyra Saboya, la cual constituyó el sustento fáctico de la acusación fiscal, fue modificada sustancialmente por ella misma, al punto de rectificarse en aspectos sustanciales de su sindicación primigenia. En efecto, en su declaración a nivel policial (folio siete) señaló que “el veintidós de diciembre de dos mil, a las quince horas, aproximadamente, cuando se encontraba en su casa, ingresó su vecino Pepe, quien le bajó el short y el calzón, para luego arrodillarse sobre el piso y empezó a sobarle el pene en su cocona (vagina), manchándose el calzón con un poquito de sangre, pero no le introdujo el pene a la vagina [sic]”. En su ampliatoria (folio ocho) mantuvo esa versión, pero con algunos matices; señaló que “su vecino Pepe o Pedro ingresó a su domicilio, le ofreció darle un caramelo, luego la cogió de la mano y la jaló hasta el medio de su cuarto y cerró la puerta, donde le bajó el short y calzón, para luego arrodillarse y empezar a sobarle su pene en su vagina [sic]”. Sin embargo, en su declaración a nivel judicial (folio treinta y dos) varió totalmente y afirmó que “el día veintidós de diciembre de dos mil, se encontraba en la casa de su



vecina Nelly, madre del inculpado, con su madre, quien estaba cocinando, la misma que le mandó a la casa a traer manteca, y cuando entró a su vivienda, el inculpado había estado escondido dentro, la agarró, le tapó la boca y le bajo el short y el calzón y le metió el pene a la vagina y salió sangre y le dolió, luego le amenazó diciendo, que si avisaba algo, les iba a matar a ambas". Finalmente, en el juicio oral (folio doscientos sesenta y ocho) señaló lo siguiente:

No recuerda qué es lo que ha pasado el día veintidós de diciembre del año dos mil, solo recuerda lo que le ha hecho el papá de sus hermanitos cuando tenía cinco años de edad, pero no recuerda si el señor Pepe le haya ultrajado sexualmente o le haya tocado sus partes íntimas, tampoco recuerda si su calzón tenía sangre, no recuerda si el señor Pepe le haya hecho rozar su pene en su vagina [...].

5.2. Igualmente, en autos obran elementos probatorios que corroboran la declaración primigenia brindada por la menor en la etapa policial, en el sentido que solo hubo actos libidinosos, es decir, que el procesado realizó actos contrarios al pudor al haber sobado su miembro viril por los alrededores de la parte íntima de la menor agraviada. Ello se corrobora con:

a) El Certificado Médico Legal N.º 001168-PF-HC post-facto (folio trescientos tres), practicado a la menor agraviada, el cual concluyó que, según la "evaluación medico ginecológico realizada a la menor, se encontraron hallazgos compatibles con vulvitis y vaginosis bacteriana. La menor fue tratada en PROCETSS y no requirió incapacidad médico legal. Es decir, no se da cuenta de desgarros o de signos de actos contra natura que pudieran haber ocasionado el dolor que la menor agraviada señaló haber sentido preliminarmente.



b) El Protocolo de Pericia Psicológica N.º 000163-2017-PSC-DCLS (folio doscientos noventa y tres) practicada a la menor agraviada, por la psicóloga Sandra Mónica Ríos Arenas, quien luego de revisarla concluyó que no se evidencia indicadores de afectación emocional compatible a materia de investigación.

5.3. De lo expuesto, adquieren consistencia y se refrendan probatoriamente las declaraciones primigenias efectuadas por la menor agraviada de iniciales A. M. L. G., en relación al trato sexual que mantuvo con el procesado Pepe Pereyra Saboya el día de los hechos: hubo frotamientos en las partes íntimas y no la penetró. Tales afirmaciones resultan congruentes con los elementos probatorios anteladamente citados y el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 0003.4-2017-PSC (folio trescientos trece) practicado al procesado, el cual concluyó que respecto al área sexual había escasa información sexual, limitada a aspectos más básicos de la sexualidad (ignorancia y desconocimiento sexual); deseo sexual e impulsos sexuales conservados; y represión físico y psicológica.

5.4. De lo precedentemente acotado se desprende que la conducta delictiva realizada por el procesado Pepe Pereyra Saboya se encuentra establecida en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal. Mediante el cual se sanciona a la persona que, sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, comete un acto contrario al pudor en una persona menor de catorce años (actos contra el pudor de menores). Y es en dicho tipo penal en el cual se subsumen los hechos probados en la presente causa.

5.5. Bajo este matiz y conforme se aprecia en líneas anteriores, se debe tener presente que el principio constitucional de legalidad penal sustancial,



30

previsto como garantía de un debido proceso en el literal d, del inciso veinticuatro, del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, obliga a este Supremo Tribunal a realizar una labor de subsunción del hecho punible imputado.

SEXTO. ADECUACIÓN AL DELITO PENAL DE ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENORES

6.1. En tal sentido, corresponde a este Tribunal Supremo calificar correctamente la conducta incriminada al imputado Pepe Pereyra Saboya dentro del tipo penal que corresponde y no como fue acusado y juzgado (por violación sexual). Esta recalificación no afecta los hechos incriminados y mucho menos al derecho de defensa del encausado, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación, de tal forma que la imputación fáctica atribuida al procesado no ha sido modificada.

6.2. De acuerdo a cómo acontecieron los hechos y se desarrolló el evento delictivo, según la versión primigenia de la menor, la conducta del acusado se subsume en el delito de actos contra el pudor de un menor, previsto en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal¹. Este tipo penal se configura cuando el agente, sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, realiza sobre un menor de catorce años un acto contrario al pudor.

Esta readecuación no solo tiene sustento en el principio de legalidad, sino también en el delito de violación sexual de menor de edad por el que se le

¹ Artículo 176-A. El que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, comete un acto contrario al pudor en una persona menor de catorce años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si la víctima está en algunas de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173, la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años.



acusó y el delito de actos contra el pudor de menores, el cual protege como bien jurídico específico la intangibilidad o indemnidad sexual de la menor, en tanto que se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, pues lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

- 6.3. Si bien el hecho probado no es exactamente el hecho atribuido en la acusación fiscal, la recalificación jurídica no sobrepasa la imputación fáctica, con lo cual de modo alguno se infringe lo establecido en el numeral uno del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales. La degradación del *factum* no vulnera el principio de correlación entre acusación y sentencia, siempre que los hechos o circunstancias que se tengan por acreditados sean parte o se desprendan de la acusación y resulten favorables al imputado. En tal sentido, se justifica y corresponde que esta Sala Suprema realice la desvinculación procesal del delito de violación sexual de menor de edad al de actos contra el pudor en menor de edad.

SÉTIMO. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Determinada la existencia del delito de actos contra el pudor, corresponde evaluar, en primer término, si la acción penal continúa vigente. Después de ello, de ser el caso, el análisis estará circunscrito a la responsabilidad que se le atribuye al encausado. En este sentido, para determinar si la acción penal ha prescrito, se debe determinar, en el presente caso: **i)** la pena máxima que establece la ley para el delito imputado al procesado y **ii)** la fecha en que deberá efectuarse el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal para el delito imputado. Al respecto, se tiene de los actuados que:



32

7.1. El delito que se atribuye al procesado Pepe Pereyra Saboya es el delito de actos contra el pudor en menores, normado en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal, vigente a la fecha, que tipifica lo siguiente:

El que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, comete un acto contrario al pudor en una persona menor de catorce años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si la víctima está en algunas de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173, la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Por lo que la pena máxima que establece la ley para el delito imputado, en contra del procesado, es de seis años de pena privativa de libertad, vigente al momento de la comisión del delito.

7.2. Resulta necesario establecer la fecha en la que deberá efectuarse el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal para el delito de actos contra el pudor de menor. Al respecto, según la acusación fiscal, se le imputa al procesado Pepe Pereyra Saboya que, en circunstancias en que la madre de la menor agraviada se encontraba cocinando en la casa de la vecina, puesto que la lluvia había mojado su cocina, y como faltaba manteca para la comida, mandó a su domicilio a la menor agraviada para traer dicho producto, ocasión que aprovechó el imputado para realizarle los actos libidinosos. El hecho ocurrió el veintidós de diciembre de dos mil, a las quince horas, aproximadamente. Por tanto, deberá tomarse en cuenta, para computar el plazo de prescripción, el momento en que ocurrieron los presentes hechos, esto es, el veintidós de diciembre de dos mil.

7.3. Por lo antes expuesto se advierte que desde la fecha indicada (que determina el inicio de los plazos prescriptorios) a la actualidad ha



transcurrido en exceso el tiempo establecido en la norma procesal para que se cumpla el plazo extraordinario de prescripción para el delito de actos contra el pudor de menor, que en el presente caso es de nueve años; por tanto, ha operado la acción liberatoria del tiempo de manera extintiva (trascurrieron, hasta la actualidad, diecisiete años, seis meses y tres días), pues no existen causas de suspensión de la acción penal.

7.4. En atención a lo expuesto, habiendo operado la prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo, resulta inoficioso, al pronunciarse sobre el mérito de la impugnación formulada por el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria dictada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del once de mayo de dos mil diecisiete (folio trescientos cuarenta y tres), la que absolvió a Pepe Pereyra Saboya por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales A. M. L. G. (siete años de edad), y **REFORMÁNDOLA: RECONDUJERON** la calificación jurídica postulada por el representante del Ministerio Público a la hipótesis delictiva prevista en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal (delito de actos contra el pudor de menor de edad). En consecuencia, de oficio declararon **EXTINGUIDA** la acción penal por prescripción a favor del imputado Pepe Pereyra Saboya, en lo seguido por el delito la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales A. M. L. G. y **MANDARON** se anulen los antecedentes



34

policiales y judiciales generados en este proceso, y el archivo definitivo de los actuados. Y los devolvieron.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

CE/aaa

[Handwritten signatures in blue ink for Lecaros Cornejo, Salas Arenas, Quintanilla Chacón, Chaves Zapater, and Castañeda Espinoza]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Handwritten signature]
Diny Yuriana Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

Lpderechito.pe