



Cuaderno de Acusación Fiscal – Sobreseimiento

CAUSA N° : ██████████
JUZGADO : 1er JUZGADO INV. PREP. DE NASCA
IMPUTADO : ██████████
DELITO : ACTOS CONTRA EL PUDOR y OTRO
AGRAVIADO : MENOR DE IDENTIDAD RESERVADA
ESPECIALISTA : ██████████
JUEZ : ██████████

Resolución N° 08.-

Marcona, 14 de junio de 2020.-

AUTOS y VISTOS: La continuación del debate en audiencia virtual de control de acusación, desarrollada el día doce de junio último, y;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Posición del imputado contra la acusación.- Efectuado el traslado de la acusación fiscal, en el plazo de ley y al amparo de lo previsto en el literal d), inciso 1 del Art. 350 del Código Procesal Penal (*en adelante, CPP*) el acusado ██████████ a través de su defensa técnica, presentó -entre otros- el pedido de sobreseimiento de la causa, por lo que al constituir ello un cuestionamiento sustancial contra la acusación fiscal, de acuerdo a lo previsto en el Art. 352.4 del CPP, se sometió al contradictorio a través de la sustentación y debate entre la defensa técnica del acusado, el representante del Ministerio Público y la defensa técnica de la parte agraviada. Así, el pedido de sobreseer la causa planteada por la defensa del acusado en mención, se encuentra expedito para su resolución, en cuyo debate han participado todos los sujetos procesales presentes en la audiencia virtual, incluso ha participado la defensa de la parte agraviada, representada por la abogada del CEM - Nasca.-

SEGUNDO: Naturaleza del sobreseimiento.- Entendemos por sobreseimiento aquella figura jurídica mediante la cual el órgano jurisdiccional que conoce un proceso -en etapa intermedia- da por concluida su tramitación evitando la emisión de una decisión final sobre el fondo del asunto, no se pronuncia respecto a si el imputado es responsable o no de las imputaciones que pesan en su contra al haber concurrido alguna de las causales contenidas en la norma procesal penal -numeral 2 del artículo 344 del Código Procesal Penal-, estando facultado el Juez de la causa a aplicarla cuando concurre cualquiera de las causales enumeradas en dicha norma.-

TERCERO: Del pedido de sobreseimiento al interior de la etapa intermedia.- Si bien la norma habilita el sobreseimiento de la causa -a instancia del ente fiscal- en defecto de la acusación; no obstante, aún formulada la acusación fiscal -en el plazo de su absolución- los acusados también pueden efectuar pedidos de sobreseimiento, según así la norma lo permite en el literal d), inciso 1 del Art. 350 del CPP. Y, precisamente, en este caso el acusado ██████████, ha presentado el pedido de sobreseimiento de la causa dentro del plazo de ley y en el estadio procesal señalado en el Art. 352.4 del CPP. Por lo que, a fin de garantizar la concreción del derecho a la defensa y al debido proceso, se sometió a debate, concluida la misma y habiendo tomado nota de los argumentos de cada una de las partes, se emite la resolución de autos bajo la normativa prevista en los Art. 344, 345, 346, 350.1 y 352 del CPP. Vale precisar que la decisión de sobreseimiento -en etapa intermedia- puede dictarse incluso de oficio¹; y,

¹ Artículo 352 (...) 4. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurren los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344 (...).



contra la resolución desestimatoria no cabe recurso impugnatorio, según el Art. 352.4 *in fine* del CPP.-

Se precisa que el imputado es acusado por la presunta comisión del delito contra la libertad en las modalidades de: a).- tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores -ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 176°-A del Código Penal; y, b).- acoso sexual - delito previsto y sancionado en el artículo 176°-B primer párrafo del Código Penal, ambos delitos en agravio de una menor de iniciales [REDACTED] (04).-

CUARTO: Imputación fáctica que sustenta la acusación.-

4.1.- Con relación al delito de tocamientos, actos de connotación sexual en agravio de menores. En síntesis, la acusación fiscal atribuye al acusado lo siguiente:

Que, el día 19 de julio de 2019, al advertir que la menor agraviada se encontraba sola en su vivienda, ubicada en el [REDACTED] (su padre se encontraba laborando en una entidad pública y su madre se había dirigido a la azotea del edificio a tender prendas de vestir) el acusado [REDACTED] ingresó al interior de dicho domicilio y procedió a efectuar tocamientos a la menor [REDACTED] (4 años) a quien tocó sus nalgas, tetitas y la besó en la boca, dando así rienda suelta a sus bajos instintos.

Luego, el día 23 de julio de 2019 en circunstancias que la menor agraviada y su padre conversaban en su habitación, la menor de manera repentina se bajó su pantalón de buzo y en repetidas oportunidades dijo: "*Papá mira mi calzón*", ante ello el padre se acercó pensando que se había orinado, pero estaba seco, luego se sorprendió porque la menor seguía diciendo: "*papá mira mi calzón*", y el padre le dijo que eso no se hacía, además le preguntó si había estado jugando con alguien de ese modo, respondiéndole la menor "*que sí, el papá de may*", y a la pregunta quién era el papa de May, la menor refirió que era el señor que había ingresado a su casa hasta en cuatro oportunidades y cuando ingresó le había pateado sus juguetes y desordenado su habitación

El padre le comunicó a su esposa lo oído, quien también interrogó a su menor hija, quien le refirió de igual modo que el papá de may, había ingresado a la casa en ausencia de ella y le había agarrado las nalgas, el pecho y la había besado en la boca, ante ello los padres realizaron una serie de averiguaciones relacionado a la identificación del sujeto que había efectuado tocamientos a su menor hija, sin obtener resultado positivo hasta el 26 de julio de 2019, pues en esa fecha el padre de la menor, siendo aproximadamente las 12:00 horas, se constituyó a su domicilio, a fin de recabar documentos propios del trabajo, y cuando se encontraba en la sala de su casa, pudo observar que un sujeto de 25 años de edad aproximadamente, de tez blanca, cabello corto, contextura delgada que vestía un polo naranja, se encontraba observando a su menor hija, además de observar al interior de la vivienda, el mismo que al notar la presencia del padre de la menor, inmediatamente subió por la escalera que conduce al segundo y tercer piso del edificio, y su menor hija que había visto de manera directa a dicho sujeto, le refirió que dicha persona era el papá de May, en ese momento frente al edificio había un furgón blanco estacionado con placa de rodaje [REDACTED], unidad que tenía el logotipo de la empresa "Bímbo" cuyo conductor es el acusado, quien ingresaba al mismo domicilio a visitar a su pareja al tercer piso, mientras que la menor vive en el primero.

4.2.- Con relación al delito de acoso sexual. En síntesis, la acusación fiscal atribuye al acusado lo siguiente:



Que, días después del 19 de julio de 2019, el acusado [REDACTED] estuvo visitando el inmueble de la [REDACTED], en cuyo primer piso vive la menor agraviada [REDACTED] conjuntamente con sus padres, mientras que en el tercer piso vive la pareja sentimental del acusado, aprovechando tal situación asecha por la ventana a la menor para tener la seguridad de que se encuentra sola, con el evidente propósito de continuar dando rienda a sus bajos Instintos.

Los días sucesivos al 19 de julio pasado, el acusado bajo el pretexto de visitar la vivienda de su pareja sentimental, de manera sigilosa y tratando de pasar inadvertido, miraba hacia el interior de la vivienda de la menor, con el propósito de aprovechar su situación de vulnerabilidad cuando se quedaba sola en su casa, conducta que materializó en varias ocasiones sin ser descubierto.

El mediodía del 26 de julio de 2019, el padre de la menor se constituyó a su domicilio a fin de recabar documentos propios del trabajo, y cuando se encontraba en la sala de su casa, observó que un sujeto de 25 años de edad aproximadamente, de tez blanca, cabello corto, contextura delgada que vestía un polo naranja, se encontraba observando a su menor hija, además de observar al interior de la vivienda, quien al notar la presencia del padre de la menor, inmediatamente subió por la escalera que conduce al segundo y tercer piso del edificio, no haciendo nada el padre porque pensó que se trataba de un inquilino, sin embargo, su menor hija -quien había visto de manera directa al sujeto- le refirió que dicha persona era el papá de May, ante lo cual el padre salió en búsqueda de dicho sujeto, no logrando ubicarlo, advirtiendo en ese momento que frente al edificio había un furgón blanco estacionado con placa de rodaje [REDACTED] unidad que tenía el logotipo de la empresa "Bimbo".

Luego al indagar con relación al conductor del furgón blanco, fue informado por un vecino que dicha persona respondía al nombre de [REDACTED], que era de nacionalidad venezolana, y que éste con frecuencia visitaba el inmueble que está ubicado en el tercer piso, motivo por el cual se dirigió a la Comisaria de Nasca, donde formuló la denuncia correspondiente.

QUINTO: *De las razones que sustentan el pedido de sobreseimiento:*

5.1.- Por una parte, la defensa técnica del acusado [REDACTED] solicita el sobreseimiento de la causa respecto al delito de tocamientos, actos de connotación sexual en agravio de menores al amparo del Art. 344, inciso 2 literal a) del Código Procesal Penal, en el extremo de que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado. En síntesis, sostiene que el acusado [REDACTED] no es del entorno familiar ni amical de la familia de la menor, conformados por sus padres [REDACTED], ni mucho menos su entorno laboral que tenga acercamiento a la menor, por lo que no hay posibilidad que el hecho lo haya cometido el acusado. En la descripción que hace la menor en Cámara Gesell, se refiere a una persona cercana a la familia que ingresa con frecuencia, incluso cuando le preguntan, qué hizo la niña cuando su agresor le tocó las tetitas y la besó, dijo *"le picó con la cucaracha y la arañita"*, y en la máxima de la experiencia eso significa que le dio pellizconcitos, esa reacción es propia de alguien del entorno, de no ser así la reacción es traumática y de queja inmediata a la madre, sumado a ello la madre manifiesta que nunca deja sola a su menor hija y se dedica con exclusividad a su cuidado, los únicos días que dejó sola a su hija en su sala fueron los días 17 y 18 de julio de 2019, cuando subió a la azotea a tender ropa y a bajar la ropa, demorando entre 5 a 8 minutos y cuando bajó vio a su niña jugando en la sala, sin mayor novedades. La mamá, quien se dedica al cuidado de su única hija, no ha corroborado lo dicho por la niña cuando se refiere que el papá de Maylin ingresó a la casa y desordenó su cuarto y la de sus papás, muy por el contrario la mamá manifiesta que, cuando bajó



de la azotea todo estaba bien y no hubo ninguna observación. Han desviado la atención para no llegar al verdadero responsable, no obstante que la niña manifiesta que su amiga Maylin estudia con ella en el colegio Dorkita, y el padre ni el fiscal han solicitado que se le cite al verdadero papa de Maylin, ni mucho menos se ha intensificado la investigación citando a la profesora del colegio, pese haber sido solicitado por la defensa técnica para que informe si en efecto en el salón de la niña agraviada estudia la niña Maylin para identificar al papá de Maylin; por ello, el hecho pudo haberse cometido pero es atribuíble a alguien cercano a la familia que llega con frecuencia y no al acusado. En la acusación no se señala cuál fue el día de ocurridos los hechos, toda vez que en el requerimiento de acusación el fiscal señala el día 19 de julio de 2019, haciendo alusión a que el día señalado la menor agraviada se encontraba sola en su domicilio, mientras su madre se encontraba en la azotea tendiendo la ropa, no obstante en el Protocolo de Pericia Psicológica de fecha 27/07/2019, la madre de la menor, la señora [REDACTED], en el punto "C" Historia Familiar, en el punto Análisis de la Dinámica Familiar relata *"yo no suelo dejar sola a mi hija, pero los únicos días que la dejé sola un momento fueron dos veces el 17/07 y 18/07 la primera vez subí a tender la ropa entre las 3:00 a 4:00pm y me habré tardado 5 a 8 minutos máximo; y al día siguiente subí a recoger la ropa"*, es la misma madre quien estuvo con ella el día de los hechos, relata que el único día que subió a tender la ropa y que dejó sola a su hija, fue el día 17/07/2019 y no como erróneamente sostiene el ministerio público con relación al día 19 de julio de 2019.

5.2.- Por otro lado, en el desarrollo de la audiencia virtual, la defensa técnica del acusado [REDACTED] solicita el sobreseimiento de la causa respecto al delito de acoso sexual al amparo del Art. 344, inciso 2 literal b) del Código Procesal Penal, en el extremo de que el hecho imputado no es típico. Si bien no ha sido propuesto de manera formal en el plazo de ley, tampoco fue cuestionado su exposición y debate por el ente fiscal ni la defensa de la agraviada, pues en el sistema acusatorio son las partes los que proponen y debaten los puntos controvertidos, por lo que éste extremo solo se atenderá, si es que la causa que revela la atipicidad resulte evidente y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba o de convicción, como así lo habilita el inciso 4 del artículo 352 del Código Procesal Penal. En síntesis, la defensa alega que es atípica los hechos que se atribuye a su patrocinado, porque según lo previsto en el artículo 176°-B del Código Penal, la menor de cuatro años no puede ser sujeto pasivo del delito, sino solo menores entre 14 y 18 años de edad, además el haber mirado a la casa de la agraviada no puede ser considerado como que haya estado vigilando a la menor ni debe ser sancionado por ello, porque fue una mirada involuntaria al pasar de la puerta principal del primer piso hacia la escalera para subir al tercer piso, lugar donde vive su amante de la que salió acompañado de ella. Y, demás argumentos que esgrime.-

SEXTO: Posición de las demás partes.

6.1.- El representante del Ministerio Público. Cuya posición, se encuentra registrada en audio. En síntesis, solicita que se declare infundado ambos pedidos de sobreseimiento. Con relación al delito de tocamientos, actos de connotación sexual en agravio de menores sostiene que la fecha de la comisión del delito es el 19 de julio de 2019, día en que el acusado ingresó al domicilio de la menor agraviada, a quien aprovechando que se encontraba sola la agredió sexualmente, tocando sus tetitas, su nalga e incluso besando en la boca, además pateó sus juguetes, mientras que su señora madre se encontraba tendiendo ropa en la azotea del domicilio. La declaración de la madre de la menor no debe ser tomada en cuenta, respecto a la fecha en la que subió a tender ropa, porque la fiscalía no tomó su declaración con las formalidades de ley. La directora del centro educativo donde estudia la menor si fue citada para que declare respecto a si existe o no una niña llamada May o Maylin a cuyo padre nombra la menor agraviada,



pero no concurrió a las citaciones. En el acta de reconocimiento físico el acusado fue reconocido por la propia menor agraviada, como el autor de la agresión sexual que sufrió, por lo que no hay duda de que el día 26 de julio volvió a vigilar a la menor en su domicilio para volver a cometer el mismo delito contra la menor. Y, con relación al delito de acoso sexual, arguye que sí es una conducta típica, porque el día 26 de julio, a horas del mediodía, el acusado volvió al domicilio de la agraviada, y se acercó a la ventana del domicilio a observar a la menor, para ver si estaba sola, hecho que fue advertido por el padre de la menor, y en esas circunstancias es la propia menor quien reconoció como su agresor y avisó a su padre que el acusado era el padre de May, por lo que no hay duda de que el acusado aprovechando que la menor estaba sola y el pretexto de visitar a su amante que vive en el tercer piso ése día volvió a vigilar a su víctima, por lo que se concreta el verbo rector de vigilar a la menor agraviada y la acusación es por la comisión del 1er párrafo del artículo 176-B del Código Penal. Y, demás argumentos que esgrime, los que se encuentra registrado en audio.-

6.2.- En tanto la abogada de la parte agraviada. Cuya posición, también se encuentra registrada en audio. Solicita que se rechace los pedidos de sobreseimiento, y que es de la misma posición del señor fiscal. No obstante, con relación al delito de tocamientos, actos de connotación sexual en agravio de menores sostiene que la fecha de la comisión debió ser variada en la acusación, porque debe guardar relación con las fechas que la madre de la menor ha referido, no hay duda de que el acusado sea el autor de la agresión sexual en contra de la menor, es evidente de que el acusado -aprovechando que su amante vive en el tercer piso del mismo edificio- estuvo vigilando y frecuentando el domicilio de la agraviada y al menor descuido de su madre haya ingresado por la ventana para cometer el ilícito, tal como se corroboró con la inspección fiscal, en el que se verificó que una persona puede ingresar con facilidad por la ventana e incluso puede abrirse la puerta desde afuera, y como la menor reconoció en forma directa al acusado, no hay duda de su autoría. Por otro lado, señala que si bien la menor tiene una compañera de estudios llamada May, bien pudo confundirse con el parecido físico del imputado al llamarlo como papá de May. Y, demás argumentos que esgrime. En relación al delito de acoso sexual, sostiene que el día 26 de julio de 2019, la menor pudo ver de forma directa al acusado quien se acercó a la ventana a mirar al interior del domicilio, pese a que entre la escalera y la ventana hay una distancia de tres metros aproximado, pero el acusado se acercó junto a la ventana con el propósito de vigilar si la menor se encontraba sola para volver a cometer el delito de tocamientos indebidos, es falso que la mirada por la ventana del domicilio sea un acto involuntario o inconsciente, pues está lejos del pasillo, es más, cuando se sube por la escalera es de espaldas a la ventana y no de frente, por lo que el hecho de mirar al interior del domicilio es un acto consiente con el propósito de vigilar a la menor. Y, demás argumento que arguye registrados en audio.-

SEPTIMO: *El rol del Juez de la Investigación Preparatoria.*- En virtud a las atribuciones y funciones dadas al Juez de la Investigación Preparatoria, esto es, la dirección de la etapa intermedia y el control judicial de la acusación fiscal y la labor de filtro entre la etapa de investigación preparatoria y el de juzgamiento, corresponde efectuar el examen a la acusación fiscal a la luz de los pedidos de sobreseimiento efectuada por la defensa técnica del acusado. Esta actividad judicial es una actividad de filtro procesal, cuyo propósito es lograr el saneamiento o profilaxis de la acusación fiscal, de tal modo que pasen a la etapa del juicio oral, solo aquellos casos que merecen la atención de la justicia penal, además no ha de perderse de vista que el desarrollo y éxito del juicio oral -en cuanto a los fines del proceso- se funda en una preparación conveniente del objeto del debate fáctico y jurídico. Por tanto, el órgano jurisdiccional y las partes deben guardar el celo debido durante la etapa intermedia, sobre todo durante el examen y preparación de la acusación fiscal, la que debe superar los requisitos exigidos en el inciso 1) del Art. 349 del CPP.-



OCTAVO: Del análisis del caso en concreto.- A continuación desarrollaremos cada punto de las cuestiones controvertidas y debatidas en audiencia virtual, en primer término se dilucidará si el hecho de la agresión sexual a la menor no es atribuible al acusado, sino a un tercero; luego, si la conducta desarrollada por el acusado el 26 de julio de 2019 es atípica.

8.1.- Con relación al delito de tocamientos, actos de connotación sexual en agravio de menores.- Considerando que en éste punto se cuestiona la falta de vinculación suficiente entre el hecho ilícito de agresión con la persona del autor del delito, es pertinente recordar que toda acusación debe observar el principio de imputación básica, necesaria o concreta, tal como se desarrolla en el fundamento 10 del Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116. Y, según la jurisprudencia constitucional², la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde. Además de ello, la imputación necesaria debe contener la vinculación indubitable entre el hecho objeto de la causa y la persona de su autor. Por ello, Kelsen aseguraba que uno de los aspectos centrales de la imputación es la vinculación entre un hecho (*el objeto de la norma*) y una persona (*sujeto activo de la norma*) realizada sobre la base de una norma³, lo que quiere decir que el autor del hecho material tiene que estar plenamente individualizado en la persona a quien se acusa.-

8.1.1.- En éste caso, el hecho ilícito de la agresión sexual (*el objeto de la norma*) se encuentra válidamente sustentado en la acusación, puesto que la menor agraviada ha sido examinada por profesionales del instituto de medicina legal, y de la lectura de su relato que obra en el examen en entrevista única en cámara gesell, en el protocolo de pericia psicológica (*ver fs. 24 a 29 y 61 a 65*) y el informe psicológico particular (*ver fs. 210 a 212*), se revela que ha sufrido agresión sexual por parte de un sujeto que ella lo identifica con resolución determinada, además el suceso de la agresión a la menor se encuentra corroborada con los datos referenciales proporcionados por su padre en su declaración ante la autoridad fiscal y el acta de denuncia verbal (*ver fs. 15*). Aunque, la fecha y la hora del evento criminal no se encuentran corroboradas o precisadas con datos ciertos y objetivos, sino solo se consigna en el relato de la acusación, su averiguación precisa se relativiza porque el ataque sexual lo sufrió una menor de tan solo 4 años de edad, a quien por su temprana edad no se le puede exigir el aporte de datos específicos, respecto a la fecha y hora que sufrió la agresión, siendo suficiente su relato consistente y sostenido sobre los hechos del que fue objeto de tocamientos y actos de connotación sexual.-

8.1.2.- Sin embargo, la acusación fiscal de autos, presenta una deficiente información respecto al autor material (*sujeto activo del delito*) del hecho de agresión sexual contra la menor, a pesar que desde el inicio de la investigación el fiscal tuvo oportunidad para realizar la verificación o descarte de dos sujetos, que se evidencian como presuntos autores materiales del delito de agresión sexual en contra de la menor de autos. Además, la mayor información que respalda la acusación en este extremo ha sido obtenida solo en la etapa de investigación preliminar, en cambio es muy pobre e intrascendente la información acopiada en la etapa de investigación preparatoria, pese a que es la etapa en la que el ente fiscal debió asumir con entereza y diligencia el deber de investigar "*propriadamente dicha*" para dar con la identidad real del autor material del delito de autos. Un claro ejemplo de lo dicho es, lo siguiente, todos los medios

² Al respecto, tenemos las siguientes jurisprudencias STC n° 03987-2010- PHC/TC, STC N.° 8125-2005-PHC/TC, STC N.° 06079-2008-PHC/TC; y, STC n°s 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC.

³ KELSEN, Hans. El otro Kelsen. México, 1989, p. 308.



probatorios de carácter documental escoltados a la acusación son de fecha anterior a la formalización de la investigación preparatoria que fue el 28 de julio de 2019, lo cual quiere decir que (luego de lograr la prisión cautelar del acusado que fue el 30 de julio de 2019) durante la investigación preparatoria el ente fiscal no ha logrado ninguna prueba trascendente que corrobore la identidad del autor material del delito.-

8.1.3.- El primer sujeto a individualizar e identificar debió ser aquél a quien la menor lo nombra como *“papá de may, maylin o maggi”* porque de manera sostenida e invariable la menor lo sindicó a aquél como el autor de su agresión y, según su relato en cámara gessell, dicha persona existe y sería el padre de una compañera de estudios, dato cierto que en la audiencia virtual de autos ha sido corroborado por la defensa de la parte agraviada; no obstante, la autoridad fiscal pese a contar con la libertad probatoria o de adquisición de pruebas y con el poder coercitivo (*Art. 66 del CPP*) no hizo comparecer al referido *“papá de may, maylin o maggi”* para su debido reconocimiento en rueda por parte de la menor, ni siquiera hizo comparecer ni tomó la declaración de la madre de la menor con el propósito de identificar a dicha persona, tampoco hizo comparecer a las autoridades del centro educativo de la menor a fin de recabar mayor información sobre la identidad cierta de dicha persona. Incluso, según la menor en la data final de la entrevista única, la agresión sexual habría ocurrido también en la casa de una de sus compañeras de estudios llamada [REDACTED] y también de otra compañera llamada [REDACTED], sin embargo, estos datos no han sido bien aprovechados por el ente fiscal para investigar sobre la verdadera identidad del agresor sexual de la menor. Finalmente, del modo resuelto con que la menor identifica a su agresor hace inferir que se trata de alguien de su entorno vecinal, familiar o académica, es más, en la entrevista única la menor asegura que su mamá conoce al *“papá de maylin”* pese a ello la fiscalía no tomó la declaración de la madre para verificar ese dato.-

8.1.4.- El segundo sujeto a individualizar y vincular de manera plena e indubitable con el hecho ilícito debió ser el acusado de autos, quien el día 26 de julio de 2019 fue advertido por la menor y su padre observando el interior de su vivienda, empero, solo ése dato aislado no es suficiente para imputar al acusado la comisión de un delito acontecido el 19 de julio del mismo año, sino ése dato debió merecer su corroboración a la luz de la propia versión de la menor, quien asegura que fue víctima de agresión sexual por parte del *“papá de may, maylin o maggi”*, en lugar de realizar una verificación de identidad de manera confiable y segura, el ente fiscal optó únicamente por practicar el reconocimiento físico en rueda al acusado el día 28 de julio de 2019, en el que -como es evidente- la menor reconoció al acusado con facilidad porque 2 días antes lo tuvo a la vista, cuando el acusado observaba al interior de su vivienda, ello no asegura necesariamente que haya reconocido al autor del hecho ocurrido 9 días antes, es más, al final del 2do párrafo del acta de reconocimiento (*ver fs. 53*) la menor describe al autor de su agresión como una persona que se parece a su padre, se entiende que se refiere al aspecto físico; además, en el mismo acto de reconocimiento, indica al acusado como el *“papá de maylin”*. De lo anterior se concluye que la menor identifica, describe o compara a tres personas con el mismo o parecido aspecto físico: 1.- el *“papá de maylin”*, 2.- el acusado (*quien –según el debate- no tiene una hija de la misma edad, tampoco su pareja*), y 3.- el padre de la menor. Y, considerando que la entrevista única en cámara gesell fue el 27 de julio de 2019, fecha en que la menor reveló el dato de su agresor, al día del reconocimiento en rueda que fue el 28 de julio, el ente fiscal tuvo la opción de poner al frente de la menor a las personas de características físicas parecidas o semejantes al acusado, según lo dispone el inciso 1 del artículo 189 del Código Procesal Penal, por ejemplo debió poner junto al acusado al verdadero *“papá de maylin”* y al propio padre de la menor, porque indica que se parece a su agresor, ello para verificar o descartar las semejanzas a las que hace referencia la menor y por ende el ente fiscal; sin embargo, en el reconocimiento en rueda se colocó a personas que no presenta ningún parecido o semejanza física al acusado, incluso hay una persona de cabello



rubio y con rulos, cuando el acusado es de cabello negro y lacio. Aun así, el ente fiscal y la defensa de la parte agraviada aseguran *-en audiencia virtual-* que el acusado [REDACTED] tiene un parecido al “papá de maylin”, ello sin tener ninguna evidencia objetiva de ése dato ni haber efectuado ninguna diligencia de contraste físico o reconocimiento al verdadero padre de la compañera de estudios de la menor agraviada.-

8.1.5.- En conclusión, de todos los elementos de convicción y de prueba que respaldan la acusación fiscal no existen evidencias que el imputado haya cometido los hechos en agravio de la menor, ya que solo se tendría la sindicación del padre de la menor, basada en la referencia que hace la agraviada con otra persona, esto es, el “papá de maylin” que es una persona cierta y no vinculada a la investigación y menos al proceso, por ello dicha sindicación al acusado no se encontraría apoyada con otro elemento de convicción o de prueba que corrobore que en efecto es el “papá de maylin” o se asemeja a éste, y de los elementos de convicción presentados por el Ministerio Público no existen datos suficientes que vinculan al acusado con el hecho ilícito denunciado, así como la posibilidad de incorporar nuevos elementos de convicción a la investigación por cuanto ésta ya ha concluido, tal como lo regula el artículo 344 punto dos, literales a) y d) del Código Procesal Penal. Por lo que, debe sobreseerse de la causa al acusado en este extremo, como así también hay jurisprudencia casatoria en un caso de la misma naturaleza⁴.-

8.2.- Con relación al delito de acoso sexual.- En éste punto se cuestiona la presencia de atipicidad por la calidad del sujeto pasivo del delito, y es que según la defensa del acusado el artículo 176-B del Código Penal no contempla como sujeto pasivo del delito de acoso sexual a menores de 14 años, sino solo a menores entre 14 y 18 años de edad. Por su parte, tanto la defensa de la parte agraviada así como el ente fiscal aseguran que las menores de 14 años se encuentran comprendidas en el 1er párrafo del artículo 176-B del Código Penal, por lo que solicitan se rechace el sobreseimiento en éste extremo, debido a que el acusado el 26 de julio de 2019 realizó el acoso mediante actos de vigilancia al domicilio de la menor con el propósito de averiguar si estaba sola y reiterar su ilícito penal de tocamientos y actos de connotación sexual como lo hizo el 19 de julio de 2019.-

8.2.1.- Este punto controvertido encuentra su resolución a partir de la observancia del principio de legalidad, del que se desprende el aforismo *nullum crimen sine lege*, y la prohibición de aplicación e interpretación de las normas penales de forma extensiva y/o analógica que limitan derechos, como podría ser los casos de acusación por hechos no previstos en la norma, tal como lo previene y restringe los artículos II y III del Título Preliminar del Código Penal⁵. Por ello, suele decirse que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal sino del Derecho penal, es decir, que todo ordenamiento jurídico debe disponer medios adecuados para la prevención del delito, y también para imponer límites al empleo de la potestad punitiva (*ius puniendi*), ello para que el individuo no quede a merced de una intervención excesiva o arbitraria del Estado (*cfr. Roxin, 1997:137*). Para tal fin existen diferentes instrumentos de protección, como el principio de culpabilidad, el de proporcionalidad, el de lesividad, entre otros, y, primordialmente, el principio de legalidad, que tiende a evitar una punición arbitraria, no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa.

⁴ Casación 181-2011, Tumbes

⁵ Principio de Legalidad

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Prohibición de la Analogía

Artículo III.- No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.



Desde esta óptica, el principio opera como una garantía política para el ciudadano, en cuanto no podrá verse sometido por parte del Estado, ni de los jueces a penas que no admita la normativa penal.-

8.2.2.- Al respecto, en el caso concreto, la previsión de sobreseimiento señalado en el inciso 4 del artículo 352 del Código Procesal Penal es evidente, por la presencia de atipicidad por defecto en la calidad del sujeto pasivo del delito de acoso sexual que se imputa al acusado, además no existe razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio nuevos elementos de prueba o de convicción, porque la etapa de investigación preparatoria es preclusiva y ella ha concluido a la fecha. Y, es que la calidad del sujeto pasivo sobre quien recae el daño de la acción delictiva, cuyo bien jurídico protegido ha sido puesto en peligro o lesionado por la conducta realizada por el sujeto activo debe ser descrito de manera clara y expresa en la norma, su titularidad no puede quedar sobreentendida, máxime si como en este caso se trata de una menor de 4 años, la protección de su indemnidad frente al acoso sexual debe estar descrita como una agravante en el respectivo tipo penal, no obstante solo se protege –como agravante– a menores entre 14 y 18 años, con lo que la norma excluye a menores de 14 a 0 años como sujetos pasivos del delito de acoso sexual regulado en el artículo 176-B del Código Penal.-

8.2.3.- En concreto, aunque el ente fiscal y la defensa de la parte agraviada aseguren que la protección de los bienes jurídicos contra el acoso sexual de menores de 14 años y específico de la menor de autos de 4 años, se encuentra previsto en el 1er párrafo del artículo 176-B del Código Penal, a criterio de éste Juzgado ello es inexacto, pues aquél primer párrafo⁶ desarrolla el tipo base del delito de acoso sexual, que alcanza la protección de bienes jurídicos de personas adultas, excepto los de la población vulnerable, por tanto la protección de bienes jurídicos de menores de edad contra el acoso sexual debiera estar en el tipo agravado del delito que, en este caso, se encuentran desarrollados en los párrafos siguientes de la misma norma⁷, sin embargo como es de verse solo alcanza la protección a menores entre 14 y 18 años. Asumir la posición del ente fiscal, supondría que la norma es más benigna con el autor de acoso sexual a menores de 0 a 14 años, pues el 1er párrafo solo castiga con penas de 3 a 5 años; y, más drástica con el autor del acoso sexual a menores de 14 a 18 años, porque impone una pena de 4 a 8 años, lo cual no resiste el menor análisis normativo de lógica.-

8.2.4.- El hecho de que en el artículo 176-B del Código Penal no se haya contemplado la protección de los bienes jurídicos de los menores de 14 a 0 años frente al delito de acoso sexual, estaría justificado porque la norma pretende erradicar toda forma violenta de acercamiento a las personas con capacidad y ejercicio de su libre albedrío sexual por parte de sujetos agresivos interesados de establecer contactos o relaciones de connotación afectiva, sentimental o sexual, en tanto, dicha libertad de contacto o relaciones afectivas o interés de connotación sexual no detentan los menores entre 14 y

⁶ "Artículo 176-B.- Acoso sexual

El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36. (...)”

⁷ "(...) La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36, si concurre alguna de las circunstancias agravantes:

1. La víctima es persona adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o es persona con discapacidad.
2. La víctima y el agente tienen o han tenido una relación de pareja, son o han sido convivientes o cónyuges, tienen vínculo parental hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. La víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten espacios comunes de una misma propiedad.
4. La víctima se encuentra en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente.
5. La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima.
6. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.”



0 años de edad. Por lo que, el caso de autos debe ser sobreseído por la evidente presencia de atipicidad en la acusación fiscal en este extremo. Lo cual releva de análisis las cuestiones referidas al hecho imputado al acusado respecto al día 26 de julio de 2019, fecha en la que se detuvo frente al domicilio de la menor para, según el ente fiscal, vigilar y reiterar la agresión sexual, no obstante, el hecho aislado de la observación, por sí sola, no importa un acto de vigilancia, máxime si no se ha acreditado que tal hecho -el de la observación- haya sido sistemático, repetitivo, con un patrón de conducta guiado por un horario, momento o lugar específico de observación o vigilancia.-

NOVENO: Del carácter definitivo del sobreseimiento.- Es el artículo 347 punto 2, del Código Procesal Penal que prescribe que el sobreseimiento tiene carácter definitivo e importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte. Asimismo, prescribe que en dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado. Y, en el numeral 3 del mismo artículo precisa que contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación, pero que su impugnación no impide la inmediata libertad del imputado a quien favorece. Siendo así, corresponde ordenar el levantamiento de las medidas coercitivas, personales y reales que pesa sobre el acusado de autos y, como quiera que se encuentra privado de su libertad vía la medida cautelar vinculado al presente caso, debe disponerse su inmediata libertad.-

Por lo expuesto y conforme a lo previsto en los Art. 344, 345, 346, 347 y 352.4 del Código Procesal Penal,

SE RESUELVE:

Primero.- Declarar **FUNDADO** los pedidos de sobreseimiento y sustentados en audiencia virtual por la defensa técnica del acusado [REDACTED] por la presunta comisión del delito contra la libertad en las modalidades de: a).- tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores -ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 176°-A del Código Penal; y, b).- acoso sexual - delito previsto y sancionado en el artículo 176°-B primer párrafo del Código Penal, ambos en agravio de la menor de iniciales [REDACTED]

Segundo.- En consecuencia, **SOBRESEASE** de la causa al referido imputado de la acusación fiscal respecto a los delitos ya citados.

Tercero.- Se Dispone **LEVANTAR** las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado [REDACTED] como consecuencia de su vinculación con el presente caso. Siendo así, se ordena su **INMEDIATA LIBERTAD** del Establecimiento Penal Cristo Rey de Ica, **siempre que no posea otra medida de detención cautelar o condena con pena privativa de libertad** proveniente de otro proceso. **OFICIANDOSE** para tal fin a la autoridad penitenciaria.-

Cuarto.- Y, consentida o ejecutoriada que sea la presente decisión **Archívese** los de la materia.

Quinto.- Dejando a salvo la prerrogativa fiscal de iniciar la investigación penal contra quien resulte -realmente- el autor material de la agresión sexual a la menor agraviada de autos

Así la pronuncio en la Sala de mi Despacho. **Tómese Razón y Notifíquese.**-