



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 308-2018/MOQUEGUA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de violación sexual y determinación de la pena

Sumilla. 1. Si bien el imputado carece de antecedentes –que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal ‘a’, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos)–, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel. 2. Aun cuando el imputado no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada y a la edad de esta última la diferencia de edades es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado. 3. La sentencia de vista invocó como sustento para la medición de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cinco de junio de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.



Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto, culminada la etapa de investigación preparatoria, a fojas trece formuló acusación contra el encausado Manchego Juárez por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T.

Los hechos declarados probados por las sentencias de mérito, son los siguientes:

- A.** La menor de iniciales V.R.M.T nació el uno de setiembre de dos mil uno y conoció al imputado Juan Manchego Juárez, de veintitrés de años de edad (nació el día trece de noviembre de mil novecientos noventa), en el mes de abril de dos mil catorce en circunstancias en que éste se dedicaba al transporte público de pasajeros, dado que la menor vive en el sector “El Molino” – Tumulaca y desde allí se trasladaba regularmente hasta la ciudad de Moquegua para asistir al colegio Santa Fortunata, donde estudiaba.
- B.** Esta situación fue aprovechada por el imputado Manchego Juárez para acercarse a la menor agraviada y enamorarla. De esta manera, el día cinco de julio de dos mil quince el encausado Manchego Juárez le hizo sufrir acceso carnal a la menor agraviada V.R.M.T. en el domicilio de ésta última, ubicado en la avenida Miraflores, Manzana K, Lote cuatro – Tumulaca. La menor indicó a sus padres, con quienes se encontraba en la celebración de la fiesta de la Virgen del Carmen en el Molino Tumulaca, que deseaba ir a los servicios higiénicos, pero en realidad se dirigió a su domicilio e hizo ingresar al imputado. La madre de la menor, al regresar a su casa, encontró al procesado debajo de la cama escondido.

SEGUNDO. Que, por estos hechos, el imputado Manchego Juárez fue condenado, tanto en primera como en segunda instancia.

∞ El fundamento de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la pena impuesta, es que no existió prueba de alguna circunstancia agravante, por lo que estimó que el rango aplicable se ubica dentro del tercio inferior, consecuentemente, la pena aplicable debía ser treinta años de privación de libertad, tanto más si no se advirtió la concurrencia de alguna circunstancia atenuante.

TERCERO. Que, tras la interposición y ulterior concesión del recurso de apelación [fojas ochenta, de siete de agosto de dos mil diecisiete; y, fojas noventa, de diez de agosto de dos mil diecisiete, respectivamente], la sentencia de vista precisó, en relación a la pena, lo siguiente:

- A. Se deben tomar en cuenta los criterios de la Sentencia Casatoria número treientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, por lo que corresponde aplicar el control difuso.
- B. Al respecto, en el presente caso:
 - i. En la ejecución de los hechos no hubo violencia ni amenaza.
 - ii. La menor tenía una edad cercana a los catorce años
 - iii. No se actuó pericia psicológica que establezca afectación emocional en la víctima.
 - iv. No existe una diferencia muy alta de edad entre la agraviada y el procesado, quien tenía al momento de los hechos veintitrés años.
- C. Se debe considerar el principio de proporcionalidad.
- D. Existe un conflicto entre el referido principio de proporcionalidad y el de legalidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que la menor a la fecha de los hechos tenía trece años y diez meses de edad, cerca de los catorce, por lo que no se justifica la imposición de una pena entre treinta y treinta y cinco años, al no ser indispensable para lograr su fin de protección efectiva, al existir la posibilidad de otras penas alternativas menores de prisión para alcanzar el mismo objetivo.
- E. La pena a imponerse no debe sobrepasar la responsabilidad por el hecho punible. La imposición de la pena debe respetar sus fines (de la pena).
- F. Según la pericia psicológica el encausado no tiene desviaciones sexuales.
- G. El acusado no tiene antecedentes.

CUARTO. Que el Fiscal Superior de Moquegua en su recurso de casación de fojas ciento noventa, de once de enero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 3 y 5, del Código Procesal Penal).

Argumentó, en lo específico, que no se aplicó el artículo 45-A del Código Penal para la medición de la pena; que la Sentencia Casatoria número treientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa estableció criterios para inaplicar la pena conminada para el delito de violación sexual y en el presente caso no se observaron; que al no aplicarse el artículo 45-A del Código Penal se afectó el principio de legalidad.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal Supremo, por Ejecutoria de fojas sesenta y siete, de diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede, declaró bien concedido el citado recurso por las causales de infracción de precepto material y de apartamiento de la doctrina jurisprudencial (artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ La Fiscalía Superior impugnante precisó las razones por las que, a su juicio, la pena impuesta no se amoldó a las exigencias del ordenamiento penal. El



mínimo legal para la conducta delictiva declarada probada es de treinta años de privación de libertad, pese a lo cual, invocándose el principio de proporcionalidad, se rebajó a solo cuatro años de privación de libertad –este criterio está siendo impugnado en casación–. El recurso discute no solo lo que prevé la ley para el delito cometido, sino las reglas de medición de la pena en relación con el principio de proporcionalidad penal. De igual manera, más allá del recurso en cuestión, y ante la argumentación de la sentencia, es de evaluar la corrección jurídica de la Sentencia Casatoria número trescientos treinta y cinco – dos mil quince/El Santa, al no tratarse de una Sentencia Plenaria ni un Acuerdo Plenario.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintinueve de mayo del presente año –La Fiscalía Suprema en lo Penal presentó el correspondiente escrito en el que fijó su posición procesal con fecha veinticuatro de mayo del año en curso [fojas ochenta y dos]–, ésta se realizó con la concurrencia del señor fiscal adjunto supremo en lo Penal, doctor Sandro Mario Paredes Quiroz, parte recurrente, y de la defensa del encausado recurrido, doctor Pedro Guillermo Núñez Ventura, conforme al acta precedente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que corresponde dilucidar en esta sede la existencia o no de infracción normativa respecto de la pena impuesta por el Tribunal Superior para el delito de violación sexual de menor de edad en relación a la situación jurídica del encausado recurrido Manchego Juárez, y si la motivación de la sentencia de vista incurrió en un defecto constitucionalmente relevante.

SEGUNDO. Que la sentencia de vista, en concordancia con la sentencia de primera instancia, declaró probado que la agraviada V.R.M.T. cuando conoció al encausado Manchego Juárez tenía doce años y siete meses de edad y en la fecha en que fue abusada sexualmente contaba con trece años y diez meses de edad. Por su parte, el encausado Manchego Juárez tenía en la fecha que conoció a la víctima veintitrés años y cinco meses de edad y en la fecha del acceso carnal veinticuatro años y ocho meses de edad.



∞ Si bien el imputado Manchego Juárez carece de antecedentes –que es una circunstancia atenuante genérica (ex artículo 46, apartado 1, literal ‘a’, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente cuando los hechos)–, no consta en autos la presencia de alguna causal de disminución de la punibilidad (tentativa, eximente imperfecta, complicidad secundaria, error vencible, etc.), que determine la imposición de una pena por debajo del mínimo legal, ni una regla de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz o conformidad procesal), que permita disminuir la pena concreta en un determinado nivel.

∞ Cabe agregar que el imputado Manchego Juárez no admitió íntegramente los hechos atribuidos e incluso alegó que solo se trató de la tentativa de un acto sexual impedido por la madre de la agraviada y que la propia agraviada en su Facebook señaló que tenía dieciséis años de edad –exposición que, en todo caso, fue desestimada por los jueces de mérito–, por lo que, como es evidente, no es de aplicación la regla de reducción por bonificación procesal de confesión sincera (ex artículo 161 del Código Procesal Penal). En la sentencia de primera instancia, incluso, se precisó, sobre la base de prueba pericial, que la menor presentaba desfloración antigua y la muestra de hisopado vaginal estableció la existencia de cabezas de espermatozoides, indicadores claros de un acto sexual completo.

TERCERO. Que el artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal, según la citada Ley 30076, estipuló que (1) la pena se determina dentro los límites fijados por la ley –el principio de legalidad penal impone esta consideración previa–, para lo cual el juez debe atender (2) a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad, sin perjuicio de tomar en cuenta (i) las carencias sociales que hubiese sufrido el agente y su rol social, así como (ii) su cultura y costumbres y (iii) los intereses de la víctima, como reza el artículo 45 del Código Penal, según la referida Ley 30076.

∞ Cabe apuntar, respecto de este último punto, que el encausado Manchego Juárez tenía secundaria completa y se dedicaba al oficio de conductor de una combi, mientras que la agraviada era hija de familia y cursaba estudios de secundaria en un colegio de la ciudad de Moquegua. Ambos son de origen humilde y ciudadanos.

CUARTO. Que el delito perpetrado por el encausado Manchego Juárez está previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece –ley vigente cuando se cometió el delito–. La pena que establece es no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad.

∞ Desde ya es de puntualizar que aun cuando el imputado Manchego Juárez no ejerció violencia física o amenazas contra la agraviada V.R.M.T. para tener acceso carnal con ella, por su minoría de edad tal consentimiento resulta inexistente –en estos casos el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual–. Además, el imputado era once años mayor que la agraviada, y a la edad de esta última la diferencia etaria es relevante. La vulnerabilidad de la víctima era patente en ese entonces, de suerte que no puede aceptarse la existencia de relaciones libres, igualitarias y equilibradas entre imputado y agraviada, y menos descartarse un aprovechamiento indebido de esta situación por el imputado. El imputado conoció con anterioridad a la agraviada y, desde que la conoció hasta que le hizo sufrir el acto sexual declarado probado, transcurrió un año y tres meses; tiempo suficiente para conocerla y tomar nota de su edad, tanto más si la propia agraviada le dijo su edad [véase folio catorce de la sentencia de primera instancia].

∞ Asimismo, es de destacar que la agraviada no fue examinada por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal, de suerte que no es posible sostener que no medió afectación emocional como consecuencia de lo ocurrido. En todo caso, como ya se tiene precisado jurisprudencialmente, la pericia psicológica es un medio de prueba complementaria, pero su ausencia o que, de realizarse, en el momento del examen no arroje estresor sexual, no es relevante para la acreditación del delito de violación sexual.

∞ De igual manera, el hecho de que la pericia psicológica del imputado no concluya que presenta desviaciones sexuales tampoco excluye la comisión del delito de violación sexual. No hay una relación necesaria entre un individuo que no padezca estas afectaciones con la imposibilidad de comisión de los referidos delitos, aunque la presencia de las mismas, sin duda, lo hace más peligroso si abusa de menores de edad.

QUINTO. Que la sentencia de vista invocó como sustento para la medición de la pena la sentencia casatoria vinculante 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Empero, esta sentencia fue expresamente declarada sin efecto por la Sentencia Plenaria 1-2018/CIJ-443, de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, publicada en el diario El Peruano el veinte de dicho mes y año. Luego, no es posible sustentarse en ella porque fue expresamente excluida como precedente vinculante y como doctrina jurisprudencial.

∞ Es verdad que la Sentencia Plenaria antes aludida se profirió con posterioridad a la emisión de la sentencia de vista recurrida, empero ello no es óbice para invocarla puesto que lo que el Pleno de los Jueces Supremos en lo Penal hizo fue interpretar los alcances jurídicos de la determinación de la pena en los delitos sexuales, cuyos preceptos –de la parte general y de la parte especial– estaban vigentes cuando el delito se perpetró.



∞ En el caso concreto no existe oposición entre los principios de legalidad penal y de proporcionalidad, ambos de jerarquía constitucional. Salvo los supuestos en los que la pena es absolutamente desproporcionada, las penas fijadas por el legislador deben aplicarse dentro de los márgenes legalmente previstos, que sin duda importan en su determinación por el juez la aplicación, razonada y razonable, del principio de proporcionalidad o prohibición del exceso. En todo caso, debe estarse –si correspondiere– a las posibles excepcionalidades apuntadas en el párrafo veintinueve de la mencionada Sentencia Plenaria.

SEXTO. Que, por consiguiente, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena y el principio de proporcionalidad penal, lo que determinó la fijación de una pena ilegal e injustificada.

∞ De otro lado, las inferencias probatorias en que se sustentó, igualmente, no eran las que correspondían. Incluso desde la sentencia vinculante declarada sin efecto no era de rigor incorporar algunos criterios que indebidamente adoptó, tales como la diferencia etaria –no eran cercana–, el supuesto vínculo amoroso entre imputado y agraviada –el propio imputado, ante el perito psicólogo, vanamente mencionó que no era enamorado de la agraviada [véase folio doce de la sentencia de primera instancia]–, y la plena voluntariedad de la víctima –imposible de aceptar por su minoría de edad–. Además, los criterios adoptados, por lo anterior, resultaron siendo irracionales y con afectación al principio de dignidad de la persona, en este caso de la víctima.

∞ En tal virtud, debe ampararse al recurso de casación del Ministerio Público; y, como para decidir no es necesario un nuevo debate, corresponde emitir una sentencia rescisoria. En primera instancia se impuso el mínimo legal. Esa pena es la que corresponde imponer sin afectar el principio congruencia cuantitativa de la pena. Es de aplicación, por lo demás, el artículo 47 del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. –y no V.M.R.T como erróneamente se consignó en la sentencia de vista y calificación de la casación–, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En



consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y uno, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete. **II.** Actuando como instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas sesenta, de diecinueve de julio de dos mil diecisiete, que condenó a Juan Manchego Juárez como autor de delito de violación sexual de menor de edad en agravio de V.R.M.T. a treinta años de pena privativa de libertad. **ORDENARON** la inmediata recaptura del aludido condenado; sin costas. **III. PRECISARON** que para los efectos del cómputo de la pena privativa de libertad –que llevará a cabo el Juez de la Investigación Preparatoria una vez se recapture al imputado– se descontará el tiempo de carcelería sufrido en aplicación de las medidas de coerción personal de detención y/o prisión preventiva. **IV. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano de origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente se proceda al inicio de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **V. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/abp