



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1496-2018
LIMA NORTE

LA AUSENCIA DE AUXILIO EN LA VÍCTIMA NO DESMERECE LA SINDICACIÓN.

Sumilla. La versión de una menor de edad (doce años), debe ser analizada con especial consideración, tomando en cuenta la forma en que acontecieron los hechos, el grado de consumación, la posición privilegiada y ventajosa del autor en dominar la voluntad o resistencia inútil que pueda haber manifestado la víctima, como el grado de confianza vulnerado, justamente por el contexto en que facilitó al autor pueda cometer un acto de agresión sexual sin obstáculo para imposibilitar su consumación; igualmente la ausencia de auxilio por la víctima no desmerece la imputación, pues, según las máximas de la experiencia, todo menor de edad, ante una agresión sexual, puede tener tanto, una inmediata reacción activa o una pasiva, según sea su personalidad.

Lima, treinta de octubre de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ (folio trescientos ochenta y cinco), contra la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (folio trescientos cuarenta y tres), en el extremo que lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor, en perjuicio de la menor con iniciales E. D. M. H. P., a ocho años de pena privativa de la libertad.

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

CONSIDERANDO

§. AGRAVIOS PLANTEADOS POR EL IMPUGNANTE

PRIMERO. La defensa técnica del encausado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ fundamentó el recurso de nulidad (folio trescientos ochenta y cinco), instando la absolución de su patrocinado. Señaló que:



39

1.1. El relato de la menor agraviada es inverosímil, pues en un primer momento señaló que su defendido le habría bajado su pantalón y tocado sus nalgas, lo cual no es coherente, pues sus padres estaban a dos metros, y en otro momento, precisó que su patrocinado retornó al cuarto con intención de tocarla, lo que no se realizó por estar envuelta en sabanas, indicándole sope un incienso que portaba, siendo que aquella nunca pidió auxilio en el instante que habría acontecido la agresión sexual.

1.2. Se vulneró el debido proceso al no existir el relato de la menor en Cámara Gesell, como tampoco la pericia psicológica, siendo este examen necesario para verificarse si la menor fue manipulada o influenciada por su madre para efectuar la sindicación.

1.3. La menor no manifiesta la verdad de los hechos, pues el médico legista, en juicio oral, sostuvo que debió evidenciarse alguna lesión en su integridad cuando efectuó su evaluación en dicha agraviada.

§. IMPUTACIÓN FÁCTICA

SEGUNDO. Conforme se desprende de la acusación fiscal (folio doscientos veintidós) y la requisitoria oral expuesta en los debates orales (folio trescientos treinta y siete) se imputa al procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ, haber agredido sexualmente a la menor perjudicada con iniciales E. D. M. H. P. -doce años de edad- en circunstancias que siendo aproximadamente la medianoche del día once de enero de dos mil dieciséis, en el domicilio de aquella sito en prolongación Sánchez Cerro número trescientos sesenta y cuatro, el Progreso, distrito de Carabaylo, le realizó tocamientos indebidos con intento de abuso sexual; para lo cual ingresó al interior del cuarto de la menor donde descansaba, aprovechando la confianza de sus padres, llegó a tocarle la nalga, intentó abrirla el ano e introducirle su pene, para lo cual la menor lo botó



40

de su habitación; luego de unos minutos, el procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ regresó e intentó vejlarla nuevamente, dado que la menor se cubrió con una frazada protegiéndose de aquel, por lo que este después se llegó a retirar de la habitación.

§. ARGUMENTOS DE LA CONDENA IMPUGNADA

TERCERO. En la sentencia condenatoria recurrida, se afirma que:

- 3.1. Existe ausencia de incredulidad subjetiva entre la menor y el procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ, y si bien este señala una influencia de la madre de aquella por pretender ocultar una infidelidad de su padre, no existen evidencias de un conflicto, odio o rencor anterior; en cuanto a la verosimilitud existe coincidencia entre lo dicho por la menor y el imputado en el sentido que estaba ebrio, y realizaba una "limpia" en la casa de aquella; y, en la persistencia concurre constancia en el relato de la menor que diera a nivel preliminar y en el plenario, respecto a los tocamientos indebidos que denuncia, donde primero le saca la ropa y realiza tocamientos, para luego retornar al cuarto a tratar de desenvolverla de una frazada, llegándole a tocar sus senos y partes íntimas.
- 3.2. La perito ratificante de la pericia psicológica del imputado precisó que las personas cometen la agresión sexual a menores, entre otros, por la ingesta de alcohol, siendo que aquel y el padre de la víctima habían consumido licor.
- 3.3. Atendiendo a la desvinculación de la acusación fiscal, no existen pruebas de un delito de violación sexual de menor de edad tentado; por tanto, debe corresponder la condena por el delito de actos contra el pudor de menor de edad.



§. CUESTIONES DOGMÁTICAS

• CRITERIOS LEGALES SOBRE LA PRUEBA EN DELITOS SEXUALES

CUARTO. En las Reglas setenta y setenta y uno de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, se sostiene que "(...) no es causal de absolución la denominada "declaración única" y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas"¹. También se precisó que en lo "(...) referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas) –véase Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis–"².

De otro lado, la Casación número un mil ciento setenta y nueve-dos mil diecisiete-Sullana³, sostuvo que "(...) en los denominados delitos de clandestinidad, en que las conductas de violación sexual se suelen producir en un contexto de opacidad, sin más testigos que las personas involucradas, resulta determinante la declaración del testigo-víctima y la existencia de corroboraciones periféricas externas que abonen la versión inculpativa".

• SOBRE EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR

QUINTO. Debe señalarse que "(...) La diferencia entre el delito de violación sexual y los actos contra el pudor, aun cuando ambos protegen la libertad sexual, fundamentalmente estriba que el atentado contra el pudor no exista la intención de hacer sufrir el acto sexual a la víctima, sino únicamente someterla a tocamientos lúbrico somáticos en zonas sexuales con el fin de obtener satisfacción erótica, es por ello que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, además de la integridad personal sexual de una menor, primordialmente está dirigida a proteger su inocencia, cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por dichos actos libidinosos"⁴.

¹ Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. *Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.* Fundamento sétimo.

² Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. *Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.* Fundamento veintidós.

³ Fuente www.pj.gob.pe (Jurisprudencia Sistematizada)

⁴ CARO JOHN, José Antonio. *SUMMA PENAL. Penal-Procesal Penal-Penitenciario*. Lima: Nomos & Thesis, 2017, Segunda Edición, p. 417.



42

§. CUESTIÓN PRELIMINAR

SEXTO. De la revisión de los actuados, se verifica que:

6.1. Los hechos fueron denunciados y calificados, por el titular de la acción penal, como delito de violación sexual de menor en grado de tentativa; así consta en la formalización de denuncia (folio setenta y ocho), auto de apertura de instrucción (folio ciento uno) y acusación fiscal (folio doscientos veintidós); fijando el fundamento legal dentro de los alcances del artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, inciso dos, del Código Penal en concordancia con el artículo dieciséis del mismo cuerpo de leyes; ante ello, la fiscalía solicitó la sanción de treinta años de pena privativa de la libertad.

6.2. Sin embargo, el Colegiado Superior, en el acta de sesión de audiencia oral del doce de enero de dos mil dieciocho (folio trescientos treinta y seis), comunicó a las partes procesales la posibilidad de que los hechos se readequen al delito de actos contra el pudor de menor previsto en el artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal –modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro publicado el cinco de abril del dos mil seis–; no existiendo observación alguna, por lo cual se prosiguió con el juicio.

6.3. Al expedir la sentencia impugnada –fundamento dieciocho– (folio trescientos cuarenta y tres), la Sala de Mérito se desvinculó de la acusación fiscal y determinó que el hecho fáctico se adecua al delito de actos contra el pudor de menor dentro de los alcances del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal –modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro publicado el cinco de abril del dos mil seis–; es por ello que se le condenó por tal delito, imponiéndosele la sanción de ocho años.



43

§. ANÁLISIS DEL CASO

SÉTIMO. Delimitada la imputación fáctica y de la revisión de los actuados se tiene probada la materialidad del delito de tocamientos indebidos de menor de edad, en base al contexto de la imputación efectuada el día de los hechos en circunstancias que la menor dormía en su cuarto, el recurrente, en instantes que rondaba el domicilio de aquella –por estar prendiendo incienso–, llegó a su dormitorio y, en una primera oportunidad, levantó la frazada para bajarle el pijama y ropa interior hasta la altura de la pierna, le tocó la nalga, comenzó con sus dedos a abrirla el ano, acercó y rozó su pene, llegándose a retirar; mientras que al pasar tres minutos, regresa tal imputado y luego que la menor se envolviera con una frazada y oponer resistencia a quitarle la frazada, es que llega a ser tocada en su nalga y senos; sindicación que cuenta con los requisitos señalados en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis; así tenemos:

SOBRE LA VEROSIMILITUD

7.1. No hay discusión que el procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ estuvo en el domicilio de aquella prendiendo incienso por los alrededores de la vivienda –en la hora y fecha de los hechos–, conforme al relato de Roxana Palacios Agüero –madre de la menor– (folios diez, ciento noventa y ocho y doscientos ochenta y tres), Armandina Salazar Vásquez –conviviente del imputado– (folios veintitrés y ciento cincuenta y tres), además del propio reconocimiento de dicho procesado (folios diecisiete, ciento dieciséis y doscientos cuarenta y siete), de haber estado en dicho lugar y realizando tal circunstancia –prendido incienso–; esto determina que la versión de la menor sea veraz y creíble, de que el procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ se aproximó a su dormitorio



44

para realizar los tocamientos indebidos generando convicción del cargo atribuido.

7.2. Igualmente, la menor indicó dos momentos de actos de tocamientos de corta duración –entre uno y otro por el espacio de tres minutos– en que aconteció dichos actos indebidos; lo cual se corrobora con las declaraciones de los testigos –Roxana Palacios Agüero y Armandina Salazar Vásquez– quienes sostuvieron un asunto coincidente que el imputado tardó diez minutos en recorrer el domicilio con el incienso prendido, esto es, que en tal lapso de tiempo, este estuvo fuera del ámbito de visión de aquellas, periodo que coincide con lo señalado por la menor, al decir que luego del primer tocamiento, transcurrieron unos tres minutos para acontecer el otro momento ilícito denunciado.

7.3. Respecto a la edad de la menor, como factor típico y descriptivo de la norma penal denunciada sobre que a la fecha de los hechos –once de enero del dos mil dieciséis– contaba con la edad de doce años, es verificable conforme al acta de nacimiento (folio ciento noventa) que describe su nacimiento el día cinco de abril del dos mil tres.

SOBRE LA PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN

7.4. Es verificable que el relato que hiciera la menor agraviada con iniciales E. D. M. H. P., en etapa preliminar con presencia fiscal (folio treinta) es coincidente a lo que señalara en juicio oral (folio doscientos setenta y ocho); en ambos relatos se menciona los dos momentos en que el procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ ingresó al cuarto y realizó los actos libidinosos contrarios al pudor en su zona anal y en sus senos.



405

SOBRE LA AUSENCIA DE INCREDBILIDAD SUBJETIVA

7.5. En autos, no se aprecia que haya existido, antes de los hechos, rencillas u otros aspectos que denotan una animadversión entre la menor agraviada y el imputado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ, de modo tal que la denuncia interpuesta ostente una circunstancia subjetiva del caso. Tampoco concurre, siendo el caso un delito sexual en la cual está involucrado un menor de edad, datos o indicios manifiestos que los padres de esta, tengan cierta animosidad con aquel procesado o su entorno cercano y/o familiar, del cual pueda restarse credibilidad alguna en la sindicación.

OCTAVO. Frente a lo antes expuesto y considerando la clandestinidad de los delitos sexuales que se cometen, en donde solo existen testimonios -muchas veces- antagónicos entre el agresor y la víctima, la versión de una menor de edad (doce años), debe ser analizada con especial consideración, tomando en cuenta la forma en que acontecieron los hechos, el grado de consumación, la posición privilegiada y ventajosa del autor en dominar la voluntad o resistencia inútil que pueda haber manifestado la víctima, como el grado de confianza vulnerado, justamente por el contexto en que facilitó al autor pueda cometer un acto de agresión sexual sin obstáculo para imposibilitar su consumación; a ello se abona que la ausencia de auxilio por parte de la víctima no es un dato que implique desmerecer la imputación, pues, según las máximas de la experiencia, todo menor de edad, ante una agresión, puede tener tanto, una inmediata reacción activa o pasiva, según sea su personalidad.

8.1. En el caso particular, la sindicación de la menor es verosímil, persistente y no contiene dato alguno que reste fiabilidad en su contenido; tomándose en cuenta que el imputado JORGE GUSTAVO



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1496-2018
LIMA NORTE

DÍAZ VÁSQUEZ –por el hecho realizar una “limpia” con incienso en el hogar de la menor–, contó con apta facilidad para estar a solas –durante diez minutos aproximadamente– con la menor y en su dormitorio proceder, en dos momentos, a realizar tocamientos indebidos en su zona anal y sus senos, como aproximar su miembro viril en las nalgas de aquella; siendo que aquel imputado tuvo amistad cercana a la familia de la menor, aspecto que proporcionó un escenario de acercamiento al dormitorio de esta, lugar en que, también, pernoctaba la hija del agresor que estaba al costado de la víctima –como su amiga– en el momento exacto del hecho; lo cual estando a la intensidad y grado de temor fundado en la menor agraviada, imposibilitó efectuara gritos de auxilio, pese a que sus padres llegaron a estar en ambientes contiguos a su habitación.

8.2: Todas estas circunstancias descritas, abonan en consolidar el contexto de la imputación fáctica señalada en la acusación; empero, es de rigor ratificar la calificación realizada por la Sala de Mérito, que viene a ser contraria a la postulada por el Ministerio Público de violación sexual en grado de tentativa –artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, inciso dos del Código Penal en concordancia con el artículo dieciséis del mismo cuerpo de leyes–; en efecto, la condena impuesta señalando que los hechos se adecuan al delito de actos contra el pudor de menor tipificado en el artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal –modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro publicado el cinco de abril del dos mil seis–; resulta ser una postura correcta al caso, dada la forma y circunstancias en que se cometieron los hechos denunciados.

NOVENO. En cuanto a los agravios manifestados por la defensa del procesado JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ, se tiene que:



9.1. La versión de la menor, pues por la forma en que el procesado actuó y acudió al dormitorio de la menor donde –en un lapso de diez minutos– realizara los tocamientos indebidos son verosímiles, siendo intrascendente alegar una falta de auxilio para desmerecer la sindicación, pues el contexto de estar frente a una persona amiga de los padres de la víctima, generó un espacio de confianza que –según el pasar de los minutos coetáneos a la agresión– logró ser disminuido, no descartándose un estado de impresión que pudo generar cierto miedo porque un menor de edad, según las máximas de la experiencia, reacciona de modo distinto a una persona adulta en esta clase de hechos.

9.2. Resulta errado señalar que era necesario contar con la entrevista en Cámara Gesell y pericia psicológica de la menor para verificar si fue manipulada por su señora madre, dado que estos actos en mención no tienen como fin determinar tal aspecto, sino corroborar o descartar la imputación; no obstante, esta alegada influencia hacia la menor no ha sido demostrada.

9.3. Igualmente a lo alegado, es intrascendente evaluar y/o examinar sobre alguna lesión en la integridad de la menor, pues el hecho denunciado fue determinado como actos contrarios al pudor; ilícito que no necesariamente requiere tal circunstancia médica a valorar para su configuración.

DÉCIMO. Por tanto, atendiendo a la naturaleza del caso respecto a que los delitos sexuales son de clandestinidad, la sindicación de la agraviada resultó suficiente para ratificar las conclusiones de culpabilidad expuestas por la Sala de Mérito en la condena impugnada; siendo que los agravios, alegados en el orden de inocencia sobre los cargos



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1496-2018
LIMA NORTE

48

imputados, no son suficientes para enervar su responsabilidad penal demostrada.

DECIMOPRIMERO. Se observa que el delito objeto de condena debe ser especificado como actos contra el pudor en menores, conforme así está establecido en la lectura del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal; aspecto que debe especificarse en la presente Ejecutoria Suprema.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (folio trescientos cuarenta y tres), en el extremo que condenó a JORGE GUSTAVO DÍAZ VÁSQUEZ como autor del delito de actos contra el pudor en menores, en perjuicio de la menor con iniciales E. D. M. H. P., a ocho años de pena privativa de la libertad. Con lo demás que contiene. Y los devolvieron.

Interviniendo el juez supremo BERMEJO RÍOS por licencia del juez supremo LECAROS CORNEJO.

S. S.

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

PACHECO HUANCAS

BERMEJO RÍOS

CE/rcsj

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yuranieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA