



104

**Violación sexual de menor de edad:
Acceso carnal**

Sumilla. El acceso carnal bucogenital previsto en el artículo 173 del Código Penal no solo comprende el ingreso del miembro viril a la boca del sujeto pasivo, sino también que el procesado se haga introducir en la boca el miembro viril del menor.

Lima, nueve de mayo de dos mil diecisiete

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado **RODOLFO HOMERO HINOJOSA RIVERA** contra la sentencia de dos de julio de dos mil quince (a fojas quinientos cinco), que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor, en perjuicio del menor con identidad reservada (de trece años de edad), a quince años de pena privativa de la libertad y al pago de dos mil quinientos soles de reparación civil. Intervino como ponente el señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

CONSIDERANDO

Primero. En su recurso formalizado (a fojas quinientos cuarenta y cinco), la defensa del encausado Hinojosa Rivera instó se le absuelva de los cargos materia de condena, con los siguientes argumentos:

- 1.1. El tipo penal aplicado no se adecúa al hecho incriminado por el cual fue condenado, a pesar de que está prohibida constitucionalmente la aplicación analógica de la ley penal.
- 1.2. El procesado no introdujo ningún objeto por la vía bucal del menor; al contrario, se imputa que el menor introdujo su pene en la boca del procesado.
- 1.3. No se realizó una interpretación de los hechos y su configuración típica acorde a la ley y el pronunciamiento denota homofobia.



1.4. No se valoró su solicitud de desvinculación ni las pruebas aportadas, como la Evaluación Médico Psiquiátrica. En todo caso, se le debió condenar por el delito de actos contra el pudor, previsto en el artículo ciento setenta y seis del Código Penal, pues según el Certificado Médico Legal, el menor no tiene lesiones ni signos de coito contranatura.

Segundo. Conforme con la acusación fiscal (a fojas doscientos cuarenta y cinco), el día veintiocho de agosto de dos mil doce, a las diecinueve horas, aproximadamente, el menor agraviado (entonces, de trece años de edad) retornaba del colegio hacia su domicilio, para lo cual transitaba por la avenida Ricardo Palma, en la provincia de Jauja, departamento de Junín, cuando vio al procesado RODOLFO HOMERO HINOJOSA RIVERA parado cerca de la puerta de su salón de belleza Erika, ubicado en el jirón Huancayo, a quien saludó.

En ese momento, el procesado lo tomó del brazo, lo obligó a entrar al salón de belleza y cerró la puerta; luego, lo condujo por la fuerza hasta el segundo piso, donde se encontraba su dormitorio.

En dicho lugar, lo obligó a bajarse el pantalón y como el menor no obedecía, lo empujó hacia la cama y le quitó el pantalón, ropa interior y los zapatos. Además, le preguntó si tenía novia, pero el menor no le contestó porque se encontraba asustado.

Entonces el procesado procedió a besarle el rostro y el cuello, luego le cogió el pene y lo comenzó a succionar. Ante la negativa del menor, el procesado le cogió los pies con ambas manos y continuó practicándole sexo oral.

Tercero. Es preciso mencionar que, en el presente caso, existe un pronunciamiento de este Tribunal Supremo (a fojas trescientos setenta y siete), que rechazó la desvinculación del tipo penal efectuada por la Sala (de violación sexual a actos contra el pudor), declaró nula la sentencia absolutoria



recaída (a fojas trescientos veintinueve) y ordenó la realización de un nuevo juicio oral, a fin de que se practiquen las siguientes diligencias:

- 3.1. Declaración de menor agraviado ante el plenario.
- 3.2. Pericias psicológicas y psiquiátricas al menor agraviado (a efectos de determinar eventuales secuelas).
- 3.3. Pericia psiquiátrica al procesado Rodolfo Hinojosa Rivera (con objeto de determinar su perfil sexual).
- 3.4. Otras diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Cuarto. Dichas diligencias fueron oportunamente actuadas en el marco del segundo juicio oral, luego del cual la Sala Superior declaró probada la imputación y la responsabilidad del procesado, sobre la base de las siguientes pruebas:

- 4.1. Sindicación del menor, la cual se mantuvo de manera uniforme durante todo el proceso, pues sindicó al procesado como la persona que lo forzó a recibir el acto bucogenital, en la fecha y circunstancias descritas en la acusación. Así, se aprecia en sus declaraciones preliminares con presencia fiscal (a fojas quince y dieciocho), preventiva (a fojas ciento treinta y uno) y en juicio oral (a fojas cuatrocientos cuarenta y nueve).
- 4.2. Declaración de Maribel Sonia Vivanco Hinojosa, madre del agraviado. Quien a nivel preliminar (con participación fiscal) y en su testimonial (a fojas trece y ciento veintisiete, respectivamente), narró que el treinta y uno de agosto de dos mil doce, luego de una cena familiar, su menor hijo se dirigió a su habitación y le contó el hecho ocurrido en su agravio por el encausado, mientras lloraba. Por ello, la testigo se lo contó a su esposo y se dirigieron a la comisaría para presentar la denuncia.
- 4.3. Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001570-2012-PSC practicado el cuatro de septiembre de dos mil doce (a fojas veintidós), al menor agraviado. Concluyó que el menor presentaba síndrome ansioso reactivo compatible con violencia sexual, personalidad con rasgos de



evitación; y recomendó terapia psicológica individual y familiar, además de tratamiento especializado en psiquiatría.

La perito psicóloga Juana Antonia Luján Mucha se ratificó de su evaluación, durante la instrucción (a fojas ciento veinticinco).

- 4.4.** Protocolo de Pericia Psicológica N.º 005798-2015-PSC practicado al menor agraviado, del once de mayo de dos mil catorce (a fojas cuatrocientos treinta y uno). Concluyó que este presentaba personalidad en estructuración y un trastorno de estrés postraumático como resultado de evento sexual vivido.

Este examen fue ratificado por la psicóloga Norka Elvira Yupanqui Bonilla (a fojas cuatrocientos cuarenta y seis).

- 4.5.** Evaluación Psiquiátrica N.º 028942-2015-PSQ practicada al menor, del mes de mayo y junio de dos mil quince (a fojas cuatrocientos setenta y tres). Concluyó que el menor presentaba –entre otros– personalidad en estructuración. Comportamiento pasivo y síndrome ansioso por agresión psicosexual, recomendó que reciba psicoterapia cognitiva-conductual, con mayor intensidad a fin de superar sintomatología de ansiedad, para lo cual se debe coadyuvar con psicofármacos.

En juicio oral, la psiquiatra Elba Placencia Medina ratifica su evaluación (a fojas cuatrocientos sesenta y cinco).

- 4.6.** Protocolo de Pericia Psicológica N.º 001857-2012-PSC, del veintiséis de octubre de dos mil doce (a fojas doscientos treinta y seis), practicada al procesado, en la que se concluyó que presenta personalidad con rasgos inmaduros y de pedofilia.

- 4.7.** Evaluación Psiquiátrica N.º 0032015 PSQ practicada al procesado, con fecha cuatro de mayo de dos mil quince (a fojas cuatrocientos veintitrés), concluye que presenta personalidad de rasgos inmaduros y disociales; en relación al perfil sexual: homosexual egosintónico y comportamiento paidofílico. No presenta disfunciones sexuales y tiene capacidad eréctil conservada.



Esta evaluación fue ratificada por la psiquiatra Elba Yolanda Placencia Medina en juicio oral (a fojas cuatrocientos sesenta y uno).

4.8. Acta de Nacimiento del agraviado (a fojas treinta). En la que se indica que nació el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, por lo que al momento de los hechos tenía trece años de edad.

Quinto. Este Colegiado Supremo verificó que la versión incriminatoria brindada por el menor agraviado es persistente, coherente y presenta indicios periféricos de corroboración, así como no se desprende que exista entre las partes una relación basada en el odio, resentimientos o enemistad; por lo que constituye una prueba de cargo válida, conforme con los alcances del Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116.

El menor agraviado acudió ante la autoridad policial en dos oportunidades para ratificar su sindicación, se presentó ante el órgano judicial a nivel de instrucción y concurrió al último juicio oral que se ordenó. En ninguna de estas diligencias se contradijo o rehusó declarar.

Además, su relato es lógico y no presenta inconsistencias, ya que en todo momento detalló cómo se produjo el acto sexual en su agravio e incriminó al encausado RODOLFO HOMERO HINOJOSA RIVERA como el sujeto que lo sometió forzosamente al acto bucogenital.

Sexto. Los indicios de corroboración, por lo demás, nacen de la declaración testimonial persistente de la madre respecto a las circunstancias en que el menor decide contar los hechos, en un contexto familiar y de rechazo de los actos ocurridos en su perjuicio; así como con las múltiples evaluaciones psicológicas y psiquiátrica prácticas al menor agraviado en distintas etapas del proceso, que coinciden en resaltar la afectación con secuelas postraumáticas relacionadas con el evento sexual sufrido (el cual presenta, además, una narración acorde con sus declaraciones referenciales).



109

Séptimo. Si bien en el Certificado Médico Legal N.º 001579-LS, del cinco de septiembre de dos mil doce (a fojas veintiuno), practicado al agraviado se precisó que no tenía lesiones en el pene ni escroto, tampoco presentaba signos de coito contranatura; se debe recordar que los hechos imputados se refieren al acto de sexo oral practicado al menor por el procesado, mas no a penetración anal alguna o algún acto que pudiera ocasionarle lesiones físicas (pues el tipo penal no exige el uso de violencia física o amenaza para su configuración), por lo que el cuestionamiento de la defensa sobre este aspecto no resulta pertinente ni se condice con las circunstancias del caso.

Octavo. Por su parte, el procesado RODOLFO HOMERO HINOJOSA RIVERA reconoció haberle practicado sexo oral al menor, tanto en su declaración policial (en presencia de su abogado y del fiscal) como en su instructiva (a fojas nueve y ochenta y seis, respectivamente); aunque en el nuevo juicio oral (a fojas cuatrocientos quince) se retractó e indicó que solo besó al menor y le acarició sus genitales sobre la ropa; al respecto, sostuvo que cambió la versión de los hechos porque le sugirieron que de ese modo le bajarían la pena.

No obstante, esta última versión carece de mayor corroboración y, en todo caso, corresponde a un argumento de defensa que no resulta suficiente para quebrantar la virtualidad de la prueba testimonial y pericial de cargo.

Tanto más si la evaluación psicológica y psiquiátrica del encausado coincidió en señalar que este manifiesta rasgos de pedofilia en el área psicosexual, lo que se condice con el hecho imputado.

Noveno. Respecto a la configuración normativa de los hechos imputados, se debe precisar que el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en artículo ciento setenta y tres, inciso segundo, del primer párrafo del Código Penal¹, prevé como hecho punible el acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o mediante actos análogos introduciendo objetos o partes del

¹ Conforme el texto legal de la modificación de la Ley 28744, publicada el cinco de abril de dos mil seis.



cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad comprendido entre los diez y catorce años.

Es preciso destacar que, como se resaltó en la previa ejecutoria suprema recaída en este caso², la prohibición típica del referido delito comprende el hecho de involucrar a un menor de edad en un acto sexual, y en el ámbito bucogenital, se refiere no solo al ingreso del miembro viril por la boca del agraviado, sino también a la situación en la que el procesado introduce a su boca el miembro viril del menor.

Se resaltó que la interpretación teleológica sobre la configuración de este delito no atenta contra el principio de legalidad; sino que permite reconocer en la consumación de este ilícito las diversas manifestaciones sexuales a través de las cuales concurre el acceso carnal en perjuicio de un menor de edad.

Décimo. La suficiencia de pruebas permite concluir que el encausado RODOLFO HOMERO HINOJOSA RIVERA forzó un acto sexual en perjuicio de un menor de edad, al hacerse introducir su pene en la boca, por lo que la condena deberá confirmarse.

La Sala Superior impuso quince años de pena privativa de libertad al procesado y fundamentó su decisión en la carencia de antecedentes penales, la inexistencia de violencia física, uso de armas, su grado de instrucción y la presencia de un trastorno (desviación sexual)³, conforme con el considerando noveno de la sentencia recurrida.

Este Colegiado Supremo verifica que ninguna de esas circunstancias conlleva legalmente a la reducción tan drástica, por debajo del mínimo legal previsto (treinta años); sin embargo, ya que el presente recurso fue presentado solo por el procesado (y este extremo no fue cuestionado por el

² Recurso de Nulidad N.º 4029-2013 JUNÍN, de fecha veintiuno de octubre de dos mil catorce (a fojas trescientos setenta y siete).

³ Conforme con las pruebas periciales, el procesado presenta un comportamiento pedofílico o pedofílico; y la alusión a un trastorno o desviación sexual no debe ser confundido con un reproche a su identidad sexual.



representante del Ministerio Público), solo corresponde confirmar la pena impuesta, conforme con lo previsto en el artículo trescientos, inciso uno, del Código de Procedimientos Penales y el principio de no reforma en peor.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon, por mayoría: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de dos de julio de dos mil quince (obran a fojas quinientos cinco), que condenó a **RODOLFO HOMERO HINOJOSA RIVERA** como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor, en perjuicio del menor con identidad reservada (de trece años de edad); a quince años de pena privativa de la libertad, y fijó en dos mil quinientos soles el monto por concepto de reparación civil. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema; y los devolvieron.

Intervino la señora jueza suprema Chávez Mella, por licencia de la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SILDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHÁVEZ MELLA

PT/wgi

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2644-2015
JUNÍN

LA SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS, TIENE EL SENTIDO SIGUIENTE:

Lima, nueve de mayo de dos mil diecisiete

1. En el primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28704, publicada el cinco de abril de dos mil seis, vigente en el momento de los hechos, se consideraba que incurría en la conducta de violación sexual quien:

Tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad [...].

En el *Diccionario de la Lengua Española*, la acepción de *acceder* es: "Entrar en un lugar o pasar a él"¹; de ello se deriva que el acceso carnal consiste en la introducción del miembro viril por las vías vaginal, anal o bucal, acción que debe realizar el sujeto activo en la violación².

2. En el caso concreto, según la acusación fiscal, el procesado don Rodolfo Homero Hinojosa Rivera obligó al menor a entrar al salón de belleza de su propiedad llamado "Erika" y lo condujo mediante la fuerza al segundo piso, hacia el ambiente que utilizaba como dormitorio, donde lo empujó para que cayera sobre la cama, aprovechando la situación para quitarle el buzo³ (chándal), ropa interior y zapatos, sin que el agraviado desarrolle conducta defensiva alguna ante el temor infundido, luego le besó el rostro y cuello, y con posterioridad sujetó el pene de la víctima para hacerle una felación, y ante el rechazo del menor lo sujetó de ambos pies para seguir realizándole el sexo oral.

¹ Tercera acepción del *Diccionario de la lengua española* para el concepto de *acceder*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=0K1XBn0>

² Ello, sin perjuicio del empleo de objetos análogos por parte del sujeto activo para introducirlos en la cavidad anal del varón o cavidades anal o vaginal en la mujer víctima.

³ Término coloquial para referirse al chándal que la RAE define como ropa deportiva que consta de un pantalón y una chaqueta o jersey amplios. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=8YBVPwJ>



3. Tal acción no es asimilable como acceso carnal en perjuicio del menor, puesto que no se materializó la conducta activa de acceder (introducir o penetrar); sin embargo, dicho proceder no es inocuo ni intrascendente para el Derecho Penal y califica como acto contra el pudor en perjuicio de menor de edad.

4. La posición según la que resulta indiferente el acceder o la situación inversa (dejarse o hacerse acceder)⁴, para considerar configurado el delito de violación sexual de menor, constituye una interpretación que no comparto, dado que en materia penal, bajo el principio de legalidad, es inadecuado extender el tipo por interpretación desfavorable, por quebrantar la prohibición de analogías contra reo (principio rector en el artículo III, del Título Preliminar).

5. Aunque la calificación jurídica de los hechos fue asentada en el delito de violación sexual de menor de edad, cabe la posibilidad de la variación conforme con el sentido del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, dado que se ha establecido que existió la estimulación bucal del pene (como partes íntimas del adolescente) del adolescente, conducta desplegada por el procesado según lo establece el artículo 176-A del Código Penal, que existe homogeneidad del bien jurídico tutelado con el delito de actos contra el pudor; los hechos y pruebas no varían, y el derecho de defensa del acusado se ha preservado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **MI VOTO ES** porque: **1. Se declare HABER NULIDAD** en la sentencia

⁴ El tribunal español, por mayoría, consideró en el Pleno no jurisdiccional de veinticinco de mayo de dos mil cinco que es equivalente acceder a hacerse acceder, emitiéndose resoluciones al respecto. V. gr. ROJ: STS 8772/2006, con opiniones discordantes de los magistrados don José Antonio Martín Pallín y don Perfecto Andrés Ibáñez al considerar que al admitir que es igual la penetración sexual que hacerse penetrar podría ampliarse esta figura inversa a figuras penales con resultados incongruentes: hacerse robar, hacerse estafar, etc., cuyo resultado genera modalidades delictivas distintas.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2644-2015
JUNÍN

lp

de dos de julio de dos mil quince, en la parte que condenó a don Rodolfo Homero Hinojosa Rivera como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio del adolescente de identidad reservada, a quince años de privación de la libertad. **2. SE ADECÚE** por desvinculación de los hechos al tipo penal de actos contra el pudor de menor de edad. **3. SE REFORME** y declare a don Rodolfo Homero Hinojosa Rivera autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad, delito previsto en el inciso 3, del primer párrafo, del artículo 176-A del Código Penal, en agravio del menor de identidad reservada, y se le impongan siete años de privación de la libertad. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema.

S. S.

SALAS ARENAS

DINY YURIANIEVA CHÁVEZ VETAMENDI
SECRETARIA (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

LPderecho