Reconducción de violación sexual a actos contra el pudor (víctima menor de edad)

Sumilla. De lo actuado y probado, se tiene que el encausado, teniendo la posibilidad de continuar con su propósito criminal de acceso carnal con la menor agraviada, en un momento determinado optó por abandonar dicho cometido mediando en ello centralmente su voluntad (desistimiento voluntario). No obstante, tocó las partes íntimas de la menor agraviada y frotó su miembro viril sobre su cuerpo en circunstancias en que se encontraba echada en la cama. La naturaleza sexual y/o lasciva de tales acciones es manifiesta. Por regla, es jurídicamente inexistente cualquier consentimiento brindado por una víctima con edad inferior a catorce años respecto a dichas acciones (el bien jurídico específico protegido es la indemnidad sexual). Ello se desprende de la conducta delictiva establecida en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal (delito de actos contra el pudor en menores). Es en dicho tipo penal en el cual se subsumen los hechos probados en la presente causa, y al cual corresponde reconducir la calificación jurídica postulada por la Fiscalía (violación sexual de menor de edad) en su acusación.

Lima, dieciocho de enero de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por la defensa técnica de **Javier Céspedes Llaguento** contra la sentencia expedida el quince de agosto de dos mil dieciséis por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria del Distrito de San Juan de Lurigancho, que resolvió lo siguiente: **i)** reconducir la calificación jurídica postulada por el representante del Ministerio Público a la hipótesis delictiva prevista en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en grado de tentativa; y **ii)** condenar al referido encausado como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales [redacted] e imponerle,

entre otras consecuencias jurídicas del delito, quince años de pena privativa de libertad.

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa técnica del sentenciado sostiene lo siguiente:

1.1. No se tuvo en cuenta la versión su patrocinado, quien, desde la etapa judicial, declaró que solo realizó tocamientos a la menor y que no tuvo la intención de mantener relaciones sexuales con ella. Desconocía la edad de la agraviada. Precisa también que lo que aparece en su manifestación policial no fue lo que narró.

1.2. La gravedad de la pena debe ser proporcional al delito cometido. En el presente caso, ha habido drasticidad con el hecho acontecido y se ha soslayado la proporcionalidad de la pena.

1.3. De conformidad con el examen médico practicado a la menor agraviada, no se verifica el delito de violación sexual. No se tuvieron en cuenta las declaraciones de la menor agraviada y de la madre de ella, brindadas en el juicio oral. Los hechos determinan que el delito cometido es el de actos contra el pudor.

SEGUNDO. OPINIÓN FISCAL[1]

Mediante el Dictamen fiscal número mil doscientos noventa y cuatro-dos mil diecisiete-MP-FN-1°FSP, el representante de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal **OPINÓ** que se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.

[1] Fojas treinta a treinta y siete del cuaderno de recurso de nulidad.

Lpderecho.pe

TERCERO. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN[2]

3.1. HECHO IMPUTADO[3]

El cinco de octubre de dos mil catorce, a las doce horas con veinte minutos, aproximadamente, en circunstancias en que el encausado Javier Céspedes Llaguento se encontraba en el interior de su domicilio, ubicado en la manzana C-cero cuatro, lote cuatro, asentamiento humano Santa Fe de Totorita, distrito de San Juan de Lurigancho, conjuntamente con la menor agraviada de iniciales [redacted] (su sobrina), de trece años de edad, aprovechó que se encontraban solos y que la menor se disponía a limpiar la mesa con la finalidad de hacer sus tareas, para cargarla y llevarla a su habitación (la del encausado), donde la recostó en la cama, la puso boca abajo, le bajó su pantalón y trusa, y le acarició su cintura y sus nalgas. Hizo caso omiso a la negativa de la víctima, y trató de introducirle su miembro viril por el ano y la vagina. Ante los gritos de la menor agraviada por el dolor que sintió, y al escuchar, el procesado, ruidos en la puerta de entrada, procedió a soltarla, y ella optó por irse a su cuarto. Luego contó lo ocurrido a su madre, [redacted]. Finalmente, procedieron a realizar la denuncia correspondiente. El encausado fue intervenido cerca de su domicilio, en circunstancias en que pretendía darse a la fuga.

3.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Art. 173. Violación sexual de menor de edad (Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada en el diario oficial *El Peruano* el veintidós de julio de dos mil siete):

[2] Fojas doscientos dieciséis a doscientos veintiuno.
[3] Cfr. el dictamen fiscal supremo citado en la nota a pie de página número uno de la presente Ejecutoria.

Lpderecho.pe

> El que 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, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
>
> [...]
>
> 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
>
> [...]
>
> Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

El representante del Ministerio Público, por los referidos hechos y delito (violación sexual de menor de edad agravada en grado de tentativa), solicitó que Céspedes Llaguento sea sancionado con treinta años de pena privativa de libertad y, asimismo, se fije en mil soles el monto que deberá pagar a favor de la parte agraviada como reparación civil.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

La responsabilidad penal del condenado por los hechos materia de acusación se determinó, centralmente, con base en lo siguiente:

1.1. La manifestación preliminar de la menor agraviada, quien, en presencia de su madre y del representante del Ministerio Público, narró

los hechos materia de acusación. Esta es sólida, coherente y tiene capacidad corroborativa.

1.2. Si bien la menor agraviada en su declaración brindada en el juicio oral se rectifica, se advierten contradicciones. Al momento de dicha declaración ya había transcurrido más de un año de la ocurrencia delictiva, y no es sólida.

1.3. Si bien lo expresado por la madre de la menor agraviada en el juicio oral se orienta a respaldar la rectificación efectuada por su menor hija, su versión carece de capacidad corroborativa en atención a los hechos.

1.4. Las acreditaciones referidas a que la menor agraviada y el procesado vivían en la misma casa por un tiempo superior al año, que los unía un vínculo de afinidad y que los actos de tocamientos, previos a la comisión del delito materia de acusación, ocurrieron desde el mes de junio de dos mil catorce.

1.5. La manifestación preliminar de Céspedes Llaguento, en la cual, en presencia del representante del Ministerio Público, aceptó el trato sexual con la menor agraviada.

1.6. La pericia psiquiátrica correspondiente al encausado y su ratificación, en sede de instrucción, por parte del perito Víctor Guzmán Nerón.

1.7. Los hechos se subsumen en el supuesto delictivo propuesto en la acusación fiscal, aunque en grado de tentativa.

1.8. No está acreditado el vínculo familiar que uniría al procesado con la menor agraviada. Si bien sí se verifica la afinidad entre ambos, no se

ha corroborado que el encausado, como tío de la menor, haya abusado de su autoridad para someterla sexualmente. Así lo determinan las declaraciones de la menor, brindadas a lo largo del proceso. Por lo que la circunstancia agravante específica invocada en la acusación no se ha probado.

SEGUNDO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

El presente pronunciamiento se circunscribe a determinar si corresponde disminuir la pena privativa de libertad impuesta al encausado en virtud de la reconducción del delito materia de condena a la hipótesis delictiva de actos contra el pudor.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Los criterios y fundamentos de la valoración de la prueba penal tienen como base normativa, en primer lugar, el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d, de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los Jueces con criterio de conciencia[4].

3.2. La apreciación de la prueba se realiza sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo–, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que les son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia

[4] Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco-CJ/ciento dieciséis, de fecha treinta de septiembre de dos mil cinco, fundamento jurídico sexto.

–determinadas desde parámetros objetivos– o de la sana crítica, razonándola debidamente[5].

3.3. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, reconoce al Juez la potestad de otorgar el mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva, el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes[6].

3.4. En el presente caso, analizados los fundamentos del recurso de nulidad, la sentencia impugnada y otros actuados, se determina que la subsunción de los hechos en la hipótesis delictiva de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, efectuada por el *Ad quo*, no se funda en derecho en atención a lo probado. La tipicidad lo es respecto al delito de actos contra el pudor. Por lo que corresponde efectuar la respectiva reconducción de tipo penal y, consecuentemente, disminuir la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado.

3.5. La sindicación de la menor agraviada efectuada en su manifestación policial contra Céspedes Llaguento[7], la cual constituyó el sustentó fáctico de la acusación fiscal, fue modificada progresivamente por ella misma, al punto de rectificarse en aspectos sustanciales de su sindicación primigenia.

[5] *Ibíd.*, fundamento jurídico sexto.
[6] *Ibíd.*, fundamento jurídico séptimo.
[7] Fojas trece a quince.

3.6. En efecto, en su declaración referencial[8], recabada durante la instrucción, no se ratificó integralmente respecto a su manifestación policial. Señaló que el encausado no la cargó u obligó a nada, que lo sucedido fue con su consentimiento porque ella quería estar con él. Fueron al cuarto, se abrazaron y besaron, sintió un roce en su vagina, pero no llegaron a tener relaciones sexuales porque ella tuvo miedo y le dijo a él: "Mejor ya no". Él se sorprendió, la comprendió y le ofreció disculpas. Trataba al encausado como un amigo. Luego, en su declaración brindada en el juicio oral[9], aseveró que su madre es bien impulsiva, que esta, en una oportunidad, le pidió que hiciera cosas que ella (la menor agraviada) no deseaba. El día de los hechos, por iniciativa de su madre, planificaron hacerle una trampa al encausado. Como era día de votaciones, todos se fueron a votar por la tarde, a excepción de él, quien por la tarde estuvo en la casa. El plan consistía en simular un intento de violación, para lo cual ella, conforme a lo previamente planificado, tenía que seducirlo. Lo tomó de la mano como si fuera su enamorado, lo abrazó, besó y se fueron al cuarto. La rozó con la ropa puesta y como estaba avergonzada le dijo que no, salió del cuarto y se fue al suyo. Precisa también que ella se bajó el pantalón, se echó en la cama y que el encausado se echó sobre ella, frotó su miembro viril sobre su cuerpo, aunque no lo hizo sobre su vagina. Niega haber sido penetrada por Céspedes Llaguento, que haya llorado de dolor y que el encausado le haya realizado tocamientos antes de los hechos.

3.7. Si bien el Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once, estableció en su fundamento jurídico veinticuatro que "la retractación como obstáculo

[8] Fojas ciento veinte a ciento veintidós.

Lpderecho.pe

al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo", también precisó –en el mismo fundamento jurídico– que la declaración inculpatoria o sindicación primara ante la retractación siempre que se verifique ausencia de incredibilidad subjetiva, una versión inculpatoria de la víctima no fantasiosa y coherente; y, asimismo, mínima corroboración periférica.

3.8. En el presente caso, no se advierte que, respecto a la sindicación de la menor agraviada, expresada en su manifestación policial, en el extremo que atribuyó al encausado, contra la voluntad de ella, haberla cargado hacia el cuarto, hacerla echar en la cama, bajarle su pantalón, que no la soltó a pesar de que se lo pidió y que le hizo doler al colocarle el pene en su ano y vagina, no existen corroboraciones periféricas suficientes. El Certificado médico legal número cero sesenta y cinco mil quinientos ochenta y seis-E-IS, correspondiente al examen médico que se practicó a la menor agraviada[10] [11], no da cuenta de desgarros o de signos de actos contra natura que pudieron haber ocasionado el dolor que la menor agraviada señaló haber sentido preliminarmente. Del mismo modo, no se le practicó la respectiva pericia psicológica pese a haber sido dispuesta u ordenada durante el proceso e incluso haberse ampliado el plazo de instrucción para tal efecto[12]. Consecuentemente, adquieren consistencia y se refrendan probatoriamente, de cierto modo, las rectificaciones parciales efectuadas por la menor agraviada en torno a que el trato sexual que

[9] Fojas trescientos cuarenta y siete a trescientos cuarenta y nueve.
[10] Foja veintitrés.
[11] Oralizado en el juicio oral en la sesión de audiencia del ocho de agosto de dos mil dieciséis –fojas trescientos noventa y cuatro a trescientos noventa y cinco–.
[12] Fojas sesenta, sesenta y seis, ciento cuatro a ciento cinco, ciento cincuenta y siete a ciento cincuenta y ocho, y ciento sesenta y cinco a ciento sesenta y seis.

mantuvo con el encausado el día de los hechos fue consentido y no la penetró (cfr. considerando tres punto seis de la presente Ejecutoria). Tales afirmaciones resultan congruentes con la declaración brindada por su madre en el juicio oral[13], en la cual señaló que los hechos que denunció obedecieron a una trampa que preparó con la intervención de su menor hija en virtud de que el encausado le mentía y no cumplía con sus obligaciones de padre; y, asimismo, con lo expresado por el encausado en sus declaraciones instructiva y a nivel de juicio oral[14], de las cuales se tiene que refirió libremente que al llegar a la casa del mercado solo estaba la menor agraviada, fue abrazado por ella, se besaron y se fueron caminando a la cama. Reconoció haber tenido la intención de penetrarla, pero niega haberlo hecho. Se detuvo porque la menor agraviada se incomodó. Reconoce haber realizado tocamientos a la menor agraviada en sus partes íntimas cuando ella se encontraba echada en la cama.

3.9. El artículo dieciocho del Código Penal prevé la figura del desistimiento voluntario. Señala lo siguiente: "Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí **otros delitos**" (resaltado nuestro).

Como se puede advertir, de verificarse actos que constituyan el inicio de la ejecución de un determinado delito (tentativa) y el abandono *motu proprio* de la actividad criminal, cuando aún se encontraba en ejecución, por parte del agente, el hecho será sancionado siempre que la conducta desplegada sea subsumible en un tipo penal diferente.

[13] Fojas trescientos cuarenta y cinco a trescientos cuarenta y siete.
[14] Fojas trescientos treinta y dos a trescientos treinta y tres.

3.10. De lo actuado y probado, se tiene que el encausado, teniendo la posibilidad de continuar con su propósito criminal de acceso carnal con la menor agraviada, en un momento determinado optó por abandonar dicho cometido mediando en ello centralmente su voluntad. No obstante, tocó las partes íntimas de la menor agraviada y frotó su miembro viril sobre su cuerpo en circunstancias en que se encontraba echada en la cama. La naturaleza sexual y/o lasciva de tales acciones es manifiesta. Por regla, es jurídicamente inexistente cualquier consentimiento brindado por una víctima con edad inferior a catorce años respecto a dichas acciones (el bien jurídico específico protegido es la indemnidad sexual). Ello se desprende de la conducta delictiva establecida en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal, mediante el cual se sanciona a la persona que "sin propósito de tener acceso carnal […] realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor" (actos contra el pudor en menores). Y es en dicho tipo penal en el cual se subsumen los hechos probados en la presente causa.

3.11. El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, en su fundamento jurídico doce, contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se aparte de la calificación jurídica del Ministerio Público. Se indica lo siguiente:

> Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario–, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa. […] En estos casos, como regla básica del principio acusatorio, el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal

> materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes".

3.12. De conformidad con lo expresado en considerando tres punto ocho de la presente Ejecutoria, es el propio encausado quien reconoce que tocó las partes íntimas de la menor agraviada. Es más, su defensa técnica en escrito referido a los fundamentos de su recurso de nulidad[15] sostuvo expresamente que el delito atribuible a su patrocinado es el de actos contra el pudor, razón por la cual pidió que el *quantum* punitivo sea reducido. En el delito de violación sexual de menor de edad por el que se acusó a Céspedes Llaguento (artículo ciento setenta y tres, numeral dos, del Código Penal) y el delito de actos contra el pudor en menores (artículo ciento setenta y seis-A del mismo cuerpo punitivo) se protege como bien jurídico específico la intangibilidad o indemnidad sexual del menor, ello en tanto que se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, siendo lo protegido las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad[16] [17]. Si bien el hecho probado no es exactamente el consignado en la acusación, también es cierto que no se sobrepasa la imputación fáctica, con lo cual de modo alguno se infringe lo establecido en el numeral uno del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales. La degradación del *factum* no vulnera el principio de correlación entre acusación y sentencia siempre que los hechos o circunstancias que se tengan por acreditados sean parte o se desprendan de la acusación y

---

[15] Fojas cuarenta a cuarenta y seis del cuaderno de nulidad.
[16] Cfr. Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once, fundamento jurídico decimosexto.
[17] Cfr. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de derecho penal. Parte especial* (6.ª edición). Lima: Editorial San Marcos, 2013, p. 262.

resulten favorables al imputado[18] [19], tanto más si este los ha reconocido libremente. En tal sentido, se justifica y corresponde que esta Sala Suprema realice la desvinculación procesal del delito de violación sexual de menor de edad al delito de actos contra el pudor en menor de edad.

3.13. Respecto a la pena privativa de libertad a imponer a Céspedes Llaguento, en primer lugar, debe señalarse que el delito de actos contra el pudor en menor cuya edad es entre diez e inferior a catorce años se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Ahora bien, de los actuado no se advierte que el encausado presente antecedentes penales[20]. Entre sus circunstancias personales se observa que no tiene estudios de educación secundaria concluidos[21]; asimismo, se evidencia que a lo largo del proceso, desde su manifestación policial[22], el encausado ha aceptado haber realizado acciones lascivas con la menor agraviada, lo cual determina que se le reduzca adicionalmente la pena por bonificación procesal. De manera que esta Sala Suprema considera que la pena privativa de libertad a imponer a Céspedes Llaguento debe ser de cuatro años de prisión efectiva. Dicho *quantum* punitivo y su modalidad de ejecución obedecen a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, a la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y a las condiciones personales del agente.

[18] Cfr. Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, fundamento jurídico ocho.
[19] Cfr. como pauta de interpretación, el numeral uno del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Penal de dos mil cuatro.
[20] Fojas cuatrocientos nueve vuelta.
[21] Foja trescientos treinta y tres.
[22] Fojas dieciséis a dieciocho.

DECISIÓN

Por lo expuesto, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo:

I. **DECLARARON HABER NULIDAD** en la sentencia expedida el quince de agosto de dos mil dieciséis por la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria del Distrito de San Juan de Lurigancho, que resolvió lo siguiente: **i)** reconducir la calificación jurídica postulada por el representante del Ministerio Público a la hipótesis delictiva prevista en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal (delito de violación sexual de menor de edad), en grado de tentativa; y **ii)** condenar a Javier Céspedes Llaguento como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales [redacted] e imponerle quince años de pena privativa de libertad.

II. **REFORMANDO: RECONDUJERON** la calificación jurídica postulada por el representante del Ministerio Público a la hipótesis delictiva prevista en el numeral tres del primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal (delito de actos contra el pudor de menor de edad). En consecuencia, **CONDENAR** a Javier Céspedes Llaguento como autor del delito contra la libertad sexual-actos contra el pudor de menor de edad, e **IMPONERLE** cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, la cual, realizado el cómputo respectivo desde el cinco de octubre del dos mil catorce (día en que le fue notificada su detención –

foja diez–), vencerá el veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve. Se considera en el cómputo que el mandato de detención se varió a comparecencia restringida sujeta a detención domiciliaria –foja trescientos doce– y que con dicha medida el encausado se mantuvo por ochenta y dos días.

III. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene la referida sentencia.

IV. MANDARON que se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber. Intervino el señor Juez Supremo Cevallos Vegas por periodo vacacional del señor Juez Supremo Príncipe Trujillo.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CEVALLOS VEGAS

IASV/JIQA

Lpderecho.pe