Fundada de oficio la excepción de naturaleza de acción

Sumilla. Este medio técnico de defensa puede declararse fundado de oficio conforme con lo dispuesto por el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, cuando procede el hecho denunciado no constituye delito y cuando el hecho no es justiciable penalmente.

Lima, nueve de diciembre de dos mil catorce

VISTO: el recurso de nulidad –concedido vía recurso de queja excepcional– interpuesto por el procesado [redacted] contra la sentencia vista de fecha dieciséis de enero de dos mil doce, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la Libertad-ofensas al pudor público, en la modalidad de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con iniciales D. M. U. C. a cuatro años de pena privativa de libertad. De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.
Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

Primero. Que el procesado, al formalizar su recurso de nulidad mediante escrito de fojas novecientos sesenta y ocho, alegó que el Tribunal Superior no ha valorado que, la conducta que se le atribuye resulta atípica, de conformidad con los alcances del Acuerdo Plenario número cero cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, puesto que las personas con más de catorce años de edad dejan de tener indemnidad sexual y solo se protege la libertad sexual, por lo cual debe declararse fundada la excepción

Lpderecho.pe

de naturaleza de acción que planteó. Añade que tampoco se advierte que el propio dictamen acusatorio precisó que no se logró probar el supuesto envío de mensajes con carácter pornográfico al teléfono celular de la agraviada, vulnerándose así el principio de correlación entre acusación y sentencia. Igualmente no se valoró que la agraviada no ha comparecido a rendir su declaración preventiva para ratificarse en su denuncia; además, la presunta conversación por *messenger* entre las partes constituye un documento apócrifo, conforme lo ha reconocido el Informe Técnico número doscientos cincuenta y uno-dos mil diez-DIRINCRI-PNP/DIVINDAT-DAAT.

Segundo. Que se atribuye en la acusación fiscal de fojas cuatrocientos cuarenta, que el encausado [redacted] envío mensajes escritos de contenido pornográfico, así como imágenes con el mismo contenido, a través de su correo electrónico, a la menor agraviada identificada con las iniciales D. M. U. C., con lo que afectó el pudor de la misma. Dicho hecho ocurrió desde el mes de enero hasta el mes de marzo de dos mil ocho; además, la agraviada detalla que el encausado le envió mensajes con contenido obsceno del correo electrónico *noize_and_confusion@hotmail.com*, a su correo denominado *aome_12@hotmail.com*. Al enterarse el progenitor de la agraviada de lo ocurrido, realizó la denuncia pertinente ante la autoridad policial, con lo que se logró determinar que tales mensajes eran realizados por el recurrente.

Tercero. Que si bien es cierto el presente recurso de nulidad se debió a que este Supremo Tribunal declaró fundado el recurso de

Lpderecho.pe

queja excepcional, al considerar que se había afectado el principio de legalidad penal y el debido proceso –a este respecto ver Ejecutoria Suprema de fecha siete de diciembre de dos mil doce, que corre en el principal a fojas mil ciento quince– no es menos cierto, que el bien jurídico protegido por el artículo ciento ochenta y tres, inciso uno, del Código Penal, constituye un adelanto de las barreras de punibilidad, pues más allá de proteger los actos contrarios al pudor público, busca tutelar incluso el desarrollo y formación sexual de los menores.

Al respecto, cuando el capítulo XI, del Título VI, del mencionado texto sustantivo, versa sobre los delitos contra la Libertad, dicho capítulo XI lo hace específicamente respecto a "Ofensas contra el pudor público", entendido este en nuestra jurisprudencia nacional como un bien social que consiste en el concepto medio de decencia y buenas costumbres, en cuanto se refiere a cuestiones sexuales y debe estar de acuerdo con los hábitos sociales, que varían según la sociedad y aun de pueblo en pueblo, dentro de una misma sociedad; no obstante ello, cuando el legislador estableció circunstancias agravantes trató de prevenir el despertar sexual anticipado de los menores, por lo menos fue así hasta antes de su modificación, mediante Ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, de fecha ocho de junio de dos mil cuatro, pues a través de esta estableció que también pueden ser sujetos pasivos de esta agravante, los menores entre catorce y dieciocho años de edad.

Cuarto. Que por lo acotado precedentemente, no se puede soslayar la existencia de un claro corte moralista, que resulta incoherente, pues si la propia legislación constitucional y civil

Lpderecho.pe

reconoce a dichos menores la capacidad de autodeterminarse en materia sexual, y con ello resulta permitido que puedan sostener relaciones sexuales, no se entiende por qué el acceso a material obsceno o a lugares en los que se practica este tipo de actos, resulte reprimible penalmente; más aún si en nuestra sociedad actual los menores reciben a diario contenidos sexuales a través de las pantallas de televisión, incluso en horarios de protección al menor. Lo acotado es una posición asumida de manera coincidente por la doctrina nacional, al señalar que la conducta descrita en el inciso uno, del artículo ciento ochenta y tres, del Código Penal, protege "el desarrollo y formación sexual de menores de catorce años", teniendo en cuenta, además, la versión original de este numeral, antes de su mencionada modificación. Así lo sostienen, Luis Alberto Bramont-Arias Torres[1], Raúl Peña Cabrera[2] y Tomás Aladino Gálvez Villegas[3].

Asimismo, esta situación también fue ratificada por la jurisprudencia a través de los Acuerdos Plenarios números siete-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis y cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil siete y dieciocho de julio de dos mil ocho; uno dos mil doce/CJ-ciento dieciséis, todos ellos constitutivos de la doctrina legal vinculante, expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República; que guardan estrecha relación con la sentencia del Tribunal Constitucional expedida en la demanda de inconstitucionalidad correspondiente al expediente cero cero cero ocho-dos mil doce-PI/TC, contra el

[1] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal*. Lima: Editorial San Marcos. Tercera edición, 1997, p. 268.
[2] PEÑA CABRERA, Raúl. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*. Lima: Ediciones Guerrero, 2002, p. 188.
[3] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, 2011, p. 599.

Lpderecho.pe

inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, respecto al delito de violación sexual contra víctimas entre catorce y dieciocho años de edad, determinó que el objeto de protección en agraviados con esta edad, es la libertad sexual y no así la indemnidad sexual.

Consecuentemente, al realizar un análisis e interpretación sistemática de nuestro Derecho Penal nacional, nos revela que el bien jurídico protegido es la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años. A quienes tienen una edad superior se les protege su libertad de aceptar o rechazar este tipo de documentos de índole sexual, por lo cual dicha figura típica, en todo caso, sería adecuada al delito de injuria, comprendida en el artículo ciento treinta del Código Penal, pues no se puede soslayar que el legislador no la ha regulado todavía con precisión y exactitud, mediante otra circunstancia agravante, en atención al principio de legalidad.

Quinto. Que lo cierto es que del examen de los actuados se tiene, que la propia agraviada no solo reconoció su edad en la fecha de los hechos, por cierto, superior a los catorce años, sino también que está suficientemente probado que las partes mantuvieron comunicación vía Internet y que para ello subsistió el consentimiento de la agraviada; así se desprende de su manifestación policial de fojas setenta y uno, rendida en presencia del representante del Ministerio Público, en donde acepta haberse comunicado con el acusado unas quince veces, aproximadamente, desde el mes de enero hasta que fue descubierta por su padre. De ahí que surgen dos detalles relevantes que demuestran el tácito consentimiento de la

Lpderecho.pe

agraviada; primero, que la agraviada ha sostenido que nunca fue amenazada por el procesado, pero sobre todo, que ella no denunció el hecho, contrariamente fue su padre quien lo hizo luego de descubrir, por casualidad, dichas comunicaciones. Por lo tanto, el hecho materia de proceso no es justiciable penalmente, debido a su no justiciabilidad penal del hecho, esto es, por incurrir en aquellos supuestos vinculados con el elemento sistemático "punibilidad" o "penalidad", que se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de política criminal, vinculados a la necesidad de la pena. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias son causas de restricción de la pena, que entran en funcionamiento cuando ya se han constatado todos los elementos del delito y la culpabilidad del autor, de ahí que resulta plenamente satisfactorio incluirlos, procesalmente, dentro del supuesto de no justiciabilidad penal, resultando de aplicación los alcances del artículo cinco del Código de Procedimientos Penales[4]; y relevando a este Supremo Tribunal de realizar mayor cometarios respecto a los demás agravios planteados.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia vista de fecha dieciséis de enero de dos mil doce, en el extremo que condenó a [redacted] como autor del delito contra la Libertad-ofensas al pudor público, en la modalidad de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con iniciales D. M. U. C. a cuatro años de pena

[4] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Editora Jurídica Grijley. Segunda edición. 2003, p. 399.

Lpderecho.pe

39

privativa de libertad. **REFORMÁNDOLA**, declararon de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción a favor de [redacted] como autor del delito contra la Libertad-ofensas al pudor público, en la modalidad de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada como D. M. U. C. **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales, generados como consecuencia del citado ilícito; así como el archivamiento del proceso. Los devolvieron.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

SALA ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

RT/hch

23 ABR. 2015

Lpderecho.pe