



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 1734-2019
ICA**

Actos contra el pudor y responsabilidad restringida

- I. Existen suficientes fundamentos, argumentos y razonamiento para sostener la condena impuesta.
- II. El artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, al ser una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo a algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad, garantizado por el artículo 2, inciso 2, de nuestra Constitución.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, quince de marzo de dos mil veintidós

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **Danilo Rodrigo Peña Cortez** contra la sentencia de vista del cinco de julio de dos mil diecinueve, que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho, que lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor en menor de edad, en perjuicio del niño identificado con las iniciales A. P. P. C., y como tal le impuso once años de privación de libertad y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto por reparación civil a favor de la víctima.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento acusatorio (foja 1) formulado contra Danilo Rodrigo Peña Cortez por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menor de edad, integrado a foja 17, se aprecia lo siguiente:



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 1734-2019
ICA**

El 30 de noviembre del 2010 en circunstancias que el denunciante Pedro Martín Peña Márquez fue a visitar a sus menores hijos —el agraviado y su hermana— a su colegio Carlos Cueto Fernandini, llevándolos al domicilio de la madre de éstos Luz Vanessa Cortez Flores, ubicado en la calle Las Acacias lote 37, urbanización San Isidro de Ica, siendo el caso que durante el trayecto el menor agraviado empezó a llorar, ante lo cual la menor —su hermanita— le manifestó al denunciante que su hermano, el acusado Danilo Rodrigo Peña Cortez, le habría estado realizando tocamientos indebidos en diferentes partes del cuerpo, motivo por el cual dicho denunciante se apersonó a la comisaría pertinente a sentar la denuncia, manteniendo a los menores con él.

Por lo que, al recibirse la declaración referencial del menor agraviado, este refirió que su hermano el acusado Danilo Rodrigo Peña Cortez “le hacía mañoserías, le bajaba el pantalón” con el propósito de realizarle tocamientos indebidos y que los mismos eran de conocimiento de su madre Luz Vanessa Cortez Flores; asimismo, se tiene que dichos tocamientos empezaron entre los meses de agosto y septiembre del 2010 hasta noviembre del mismo año, tal como se establece en el informe policial número 998-2010, practicado al menor, en el cual relató que su hermano Danilo es mañoso, “le hace tocar sus partes o que chupe su pájaro, le tocaba su potito, si no lo hacía lo iba a matar”; relato que es corroborado con el protocolo de pericia psicológica número 8531-2010 practicado a la menor S. J. P. C., en el cual refirió que su hermano Danilo, le tocaba las partes íntimas a su hermanito.

La madre Luz Vanessa Cortez Flores, en su declaración refirió que, efectivamente, en el mes de diciembre del 2010 su hija le manifestó que su hermano Danilo le había hecho algo a su menor hijo (el agraviado), por lo que al consultarle a su hijo este le dijo que Danilo lo violó, por lo que habló inmediatamente con el acusado y él negó tajantemente los hechos, ante lo cual señala que agredió a su hijo Danilo llevada por la cólera, después de lo cual sus menores hijos se fueron a vivir con su padre; siendo que el acusado ya no vive con ella desde el mes de julio del 2011 desconociendo su paradero, acotó que desde el mes de junio del 2011, tanto el menor agraviado como su hermanita viven con la declarante.

El tipo penal objeto de acusación está previsto en el artículo 176-A último párrafo del Código Penal; **asimismo, se debe tener en cuenta que al momento**



de los hechos el acusado Danilo Rodrigo Peña Cortez contaba con 18 años de edad, por lo que es un agente de responsabilidad restringida, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Código Penal [énfasis nuestro].

Agregó el Representante del Ministerio Público que se acreditará la configuración del delito investigado así como la responsabilidad del procesado; que el delito en cuestión establece una pena mínima de 10 y máxima de 12 años de privación de libertad; por lo que, estando no solo al contenido del informe policial número 998-2010, sino también a la referencial del menor agraviado A. P. P. C, como la declaración del denunciante Pedro Martín Peña Márquez, se advierte que se ha comprobado no solo la comisión de los tocamientos indebidos al menor, sino también la autoría de los mismos; lo que se corrobora con el protocolo de pericia psicológica número 8536-2010 practicado al menor y el protocolo de pericia psicológica número 8531-2010 realizado a la menor S. J. P. C. en el cual esta relató que su hermano Danilo le tocaba las partes íntimas a su hermanito; siendo el caso que el vínculo fraterno entre el acusado y el menor agraviado, se corrobora con las declaraciones tanto del denunciante y de la madre del imputado, así como con el protocolo psicológico número 8531-2010; y con respecto a la situación del acusado se tiene que a la fecha de cometido los hechos contaba con 18 años, por lo que a su favor opera la figura de responsabilidad restringida, debiendo atenuarse la pena a solicitar contra el citado acusado, incluso por debajo del mínimo establecido para dicho ilícito penal; por tales razones se ha solicitado se le imponga 8 años de pena privativa de libertad y el pago de 2000 soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la parte agraviada.

Segundo. El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria (foja 22), mediante la resolución del dos de mayo de dos mil trece, declaró formalmente válidos y saneados sustancialmente la acusación fiscal y el requerimiento integratorio oralizado en acto público de audiencia preliminar. Dictó auto de enjuiciamiento contra Danilo Rodrigo Peña Cortez. Señaló como pretensión punitiva que el Ministerio Público petitionó la imposición de once años de pena privativa de libertad, ya



que el hecho fue subsumido en el delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor, y como pretensión resarcitoria S/ 2000 (dos mil soles), que el procesado deberá abonar a la parte agraviada. Declaró fundado el requerimiento de comparecencia con restricciones.

Tercero. Con fecha veintisiete de mayo de dos mil trece, el Juzgado Penal Colegiado citó a juicio oral para el nueve de agosto de dos mil trece (foja 28), y se notificó la presente resolución. El cuaderno de debates se puso a disposición de las partes en la oficina de la asistente de causas jurisdiccionales por el plazo de cinco días para la revisión y/o solicitud de copias de los actuados y para las incorporaciones o exclusiones de piezas procesales que resultaran pertinentes.

Cuarto. Mediante la resolución del treinta de julio de dos mil catorce, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Ica, se declaró reo contumaz al procesado Danilo Rodrigo Peña Cortez (foja 56). Posteriormente, la Policía Judicial, por medio del Oficio número 4530-2014, comunicó la detención del procesado Peña Cortez.

Quinto. Por resolución del siete de noviembre de dos mil catorce, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial-Sede Módulo Penal de Ica, se señaló como fecha para el inicio del juicio oral el diez de noviembre de dos mil catorce (foja 61).

Sexto. El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur, mediante la sentencia del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 147), condenó a Danilo Rodrigo Peña Cortez como autor del delito de actos contra el pudor en menor de edad, en perjuicio del niño identificado con las iniciales A. P. P. C., y le impuso once años de



privación de libertad y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto por reparación civil a favor de la víctima. Invocó los siguientes argumentos:

6.1 Evaluados los medios probatorios de forma individual y conjunta, el Colegiado concluyó más allá de toda duda razonable que el acusado Danilo Rodrigo Peña Cortez es autor del delito de actos contra el pudor en menor de edad en mérito a lo siguiente: **a)** la inicial incriminación del menor agraviado ha sido contradicha por él mismo, quien en sesión de audiencia de juicio oral ha pretendido decir que no se acordaba de lo que había declarado, para después señalar que había dicho eso porque quería estar cerca de su progenitor. En presencia del menor se ha permitido actuar su declaración, contenida en la Pericia Psicológica número 8536-2010, por existir contradicciones; sin perjuicio de lo señalado, este órgano jurisdiccional se va a pronunciar en su oportunidad sobre el valor de la retractación del menor; **b)** la declaración del menor agraviado ante el perito psicólogo constituye una versión incriminatoria, la cual ha sido ingresada a juicio oral mediante el protocolo de pericia psicológica antes señalado, realizado el quince de diciembre de dos mil diez, donde señaló lo siguiente: "Mi hermano Danilo es mañoso, me hace tocar mis partes o me hace chupar su pájaro, me dijo si no le chupaba me iba a matar, él me tocaba mis partes, mi poto, le tengo miedo, él se ponía algo que no sé cómo se llama, como un plástico y me lo metía, me hacía gritar, pienso que no voy a poder sentarme, mi mamá me maltrataba [...] ella no quería que visitara a mi papá porque sabía que se iba a dar cuenta de lo que me hacía Danilo, me bajaba el pantalón, me metía su pájaro en mi poto, le conté a mi papá y a la policía también"; **c)** el relato incriminatorio del menor, a consideración del órgano jurisdiccional, es un relato espontáneo, coherente y no contradictorio sobre los hechos materia de incriminación,



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 1734-2019
ICA**

concretamente sobre los tocamientos indebidos que realizaba el acusado contra el agraviado, versión que ha sido corroborada en forma periférica con otros medios probatorios; **d)** en la pericia psicológica suscrita por Sevillano Palacios y leída en audiencia después de evaluar al menor se concluyó que “se encuentra afectado por situación estresante con su hermano, secuela de agentes estresantes en su dinámica disfuncional familiar y por situación vivenciada con su hermano mayor, el menor examinado presenta indicadores de afectación emocional por posible abuso sexual de su hermano, según refiere”, y requiere urgente tratamiento psicológico; **e)** la incriminación del menor agraviado contra el acusado ha sido vertida en forma inicial con fecha primero de diciembre de dos mil diez ante el médico legista y en presencia solo de la fiscal de familia, lo que descarta cualquier influencia del padre u otra persona, y en la data del documento el citado menor señala lo siguiente: “Mi hermano me mete su pájaro”; **f)** el informe psicológico suscrito por Treviño Zevallos, que señala que el agraviado al momento de la asistencia evidenciaba estado emocional tenso, anímicamente triste, retraimiento e inseguridad probablemente asociada a los acontecimientos que son materia de investigación; asimismo, aparentemente expuesto a situaciones de negligencia en la crianza y violencia familiar, constituyéndose una personalidad frágil y vulnerable, teniendo en cuenta su corta edad; **g)** el Informe de Seguimiento Social número 51-2011/MP/-UDAVIT-ICA-SOC/MLFV-II, suscrito por el profesional Fernández Vivanco, que sugiere, a fin de asegurar el bienestar físico y mental del menor agraviado, que se brinde asistencia psicológica, realizar visitas inopinadas al domicilio, informar a la Fiscalía de Familia con el objeto de garantizar la integridad física y moral del menor,



seguimiento social permanente y oportuno según lo amerite, y **h)** la declaración del testigo Peña Márquez, quien es padre del menor agraviado y del acusado, que presenta la denuncia y en su declaración en la etapa de investigación ratifica lo que su menor hijo le contó respecto a los abusos sexuales a los que era sometido por parte de su hermano el acusado, declaración testimonial que corrobora la inicial incriminación del agraviado a pesar de que ha pretendido ser desestimada en la declaración en juicio.

- 6.2** La declaración del agraviado cuenta con las garantías de certeza, que son ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación; entre el menor agraviado y el acusado no se ha acreditado que existiera odio, resentimiento o algún sentimiento espurio que invalide la incriminación; la imputación ha sido confirmada con medios periféricos de corroboración; si bien es cierto que se ha pretendido sostener que la versión incriminatoria del menor ha sido inventada para acercarse a su padre, esa versión es poco creíble, pues si bien cualquier persona mayor o menor de edad puede inventar hechos de diversa índole e incluso penales es imposible que esta mentira logre engañar a peritos psicólogos, que son dos, quienes vieron al menor, y una asistencia social; respecto a la persistencia en la incriminación, el menor agraviado señaló que le contó a su padre lo sucedido; sostuvo su versión incriminatoria, lo cual se acredita con lo dicho ante el perito médico y el perito psicólogo, y existe de esa manera persistencia.
- 6.3** Respecto a la retractación del menor en juicio oral, se debe tener presente que el agraviado es hermano del acusado, por lo que es comprensible, desde todo punto de vista, que el menor por



influencia de su familia pretenda exculpar a su agresor, quien es parte de su círculo familiar más cercano e íntimo; sin embargo, esto no debe ser óbice para que no se imponga una sanción a una persona que, teniendo mayoría de edad, como el acusado, ha vulnerado en su integridad sexual y psicológica a una persona que por su corta edad y cercanía familiar era la más vulnerable, lo que ha ocasionado serios conflictos psicológicos en el menor agraviado, como señalan las pericias respectivas.

- 6.4** Para la determinación judicial de la pena, se señaló que el Ministerio Público no ha acreditado que el acusado, a pesar de ser su hermano mayor, haya ejercido sobre el agraviado una especial posición de autoridad, por lo que no se le puede aplicar la agravante. Asimismo, por el tipo de delito imputado, no se le puede aplicar la responsabilidad restringida.

Séptimo. Seguidamente, el procesado Danilo Rodrigo Peña Cortez interpuso recurso de apelación (foja 168) y solicitó que se revoque la sentencia impugnada y, reformándola, se le absuelva de los cargos que contiene la acusación fiscal, bajo los siguientes agravios:

- 7.1** En el proceso no obra la declaración del menor en cámara Gesell, diligencia que habría permitido la intervención de la defensa, con lo que se inobservaron las reglas que instituye el nuevo modelo procesal, conforme lo prescribe el artículo 375, inciso b), del Código Procesal Penal —en lo sucesivo CPP—.
- 7.2** El menor agraviado ha concurrido al plenario, donde ha relatado de manera fehaciente y contundente que Danilo Rodrigo Peña Cortez nunca lo tocó, que nadie le ha dicho que cambie su versión inicial; tampoco recuerda haber señalado que el imputado le haya hecho tocamientos, y que dicho argumento fue



con la intención de acercarse a su papá, con quien no vivía, porque estaba separado de su madre.

7.3 El Protocolo de Pericia Psicológica número 8036-20, del quince de diciembre de dos mil diez, suscrito por Karla Sevillano Fernández, no ha sido ratificado, pues se prescindió de la concurrencia de la referida psicóloga al juzgamiento.

7.4 Del contenido del requerimiento de integración de la acusación que obra en el cuaderno de debates, de fecha nueve de abril de dos mil trece, formulado por el representante del Ministerio Público, **se observa que solicita la imposición de ocho años de pena privativa de libertad**, respecto a lo cual el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante la resolución del dos de mayo de dos mil trece, declaró formalmente válidos y saneados sustancialmente la acusación y el requerimiento integratorio oralizado en el auto de audiencia preliminar, y luego se dictó el auto de enjuiciamiento; **sin embargo, la resolución impugnada establece una pena por encima del requerimiento fiscal.**

Octavo. Mediante la sentencia de vista del cinco de julio de dos mil diecinueve, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Ica, se confirmó la sentencia de primera instancia del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho, que condenó a Danilo Rodrigo Peña Cortez como autor del delito de actos contra el pudor en menor de edad, en perjuicio del niño identificado con las iniciales A. P. P. C., y le impuso once años de privación de libertad y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto por reparación civil a favor de la víctima, bajo los siguientes argumentos:

8.1 Se verifica que la incriminación contra el procesado se sustenta básicamente en la declaración del menor agraviado, plasmada



en el protocolo de pericia psicológica, pues nos encontramos frente a un supuesto que en la doctrina y praxis judicial se denomina “declaración testimonial de la víctima”, y corresponde remitirnos a los parámetros que sobre el particular ha establecido el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, que determina las garantías de certeza para que una declaración sea considerada como prueba válida de cargo para enervar la presunción de inocencia del imputado.

- 8.2** La pretensión impugnatoria del procesado se sustenta básicamente en cuestionar el protocolo de pericia psicológica practicado al menor, pues afirma que sus imputaciones son falsas y contradictorias. Dicho ello, corresponde determinar si el testimonio de la víctima cumple con las garantías de certeza que permita dotarlo de plena credibilidad como prueba de cargo. Así, tenemos lo siguiente: **a)** verosimilitud interna: la versión de los hechos ofrecida por el menor agraviado contiene referencias precisas y objetivas que descartan un relato con datos manifiestamente inverosímiles o contrarios a la lógica; el menor narró de manera pormenorizada el modo, la forma y las circunstancias en que se suscitaron los hechos en su agravio; así se evidencia de lo declarado por el agraviado en los diversos estadios procesales respecto a los tocamientos efectuados por el acusado Danilo Rodrigo Peña Cortez; también se tiene la declaración referencial del menor efectuada en sede policial, quien en presencia del representante del Ministerio Público señaló lo que sigue: “Me hacía mañoserías, me bajaba el pantalón para que me meta el pájaro, siempre me hacía lo mismo [...] me dijo que me iba a matar si hablaba y todo ello sucedía en la casa de mi madre”; dicha versión



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 1734-2019
ICA

incriminatoria fue reiterada ante el perito psicólogo y fue ingresada a juicio oral, y al brindar su declaración ante la psicóloga Karla Sevillano Fernández señaló lo siguiente: “Mi hermano Danilo es mañoso, me hace tocar mis partes o me hace chupar su pájaro, me dijo que si no le chupaba me iba a matar, yo me escapé, él me tocaba mis partes, mi poto me tocaba [...] le tengo miedo, tengo pesadillas con él, me sueño que él iba a matar a mi papá”; **b)** verosimilitud externa: se cuenta con la declaración testimonial de Pedro Martín Peña Márquez, padre del menor agraviado, quien en juicio oral manifestó que la madre ha ejercido violencia familiar en agravio de sus menores hijos; a raíz de esa situación, no le permitía que los visite, ni una llamada de teléfono; entonces tenía que arreglárselas para visitarlos a las escuelas, y la última vez que visitó a su hijo en el colegio este le dijo que le habían estado tocando y, como su hija también se encontraba presente, le preguntó y le dijo que no vio nada; por ello, presentó la denuncia; de la testimonial detallada se aprecia que el testigo Pedro Martín Peña Márquez, padre del menor agraviado y del acusado, corrobora la tesis inicial incriminatoria del agraviado, evidenciándose que la versión dada por el menor es creíble en cuanto a los hechos suscitados en circunstancias en que su madre se ausentaba del domicilio, lo cual fue aprovechado por el sentenciado para efectuarle tocamientos indebidos en sus partes íntimas; **c)** respecto a la persistencia en la incriminación, se advierte que la inicial sindicación del agraviado en términos de suficiencia y naturalidad se muestra ausente de ambigüedades y contradicciones, y denota ser uniforme y concreta, habiendo mantenido incólume no solo la precisión de las circunstancias concomitantes al delito, sino también la sindicación directa en contra del procesado. Si bien es



cierto que el menor agraviado en juicio oral se ha retractado, no es menos cierto que la prueba admitida y actuada durante el proceso judicial ha demostrado todo lo que se imputa al sentenciado, y **d)** ausencia de incredibilidad subjetiva de la sindicación: no se evidencian en el proceso judicial elementos de prueba objetivos admitidos conforme a los parámetros que establece el CPP para su valoración que determinen que la imputación efectuada contra el acusado haya sido producto de algún móvil espurio o ruin, de manera que no existen evidencias objetivas, actuales ni pasadas, que permitan colegir razonablemente un resentimiento u odio del hermano menor en contra del imputado.

- 8.3** Si bien es cierto que la defensa del procesado alegó que los hechos que se le atribuyen a su patrocinado son falsos, ya que ello se debe a que el menor agraviado quería irse a vivir con su padre, dicha argumentación no ha podido ser corroborada con algún medio de prueba idóneo con el objeto de dotarla de virtualidad probatoria que enerve las pruebas de cargo precedentemente meritadas.
- 8.4** Es relevante considerar que el objetivo fundamental de la declaración de la víctima en cámara Gesell es evitar la revictimización, y no existe norma legal que sancione con nulidad el testimonio de la víctima cuando esta declaración es transparente, objetiva y fue prestada ante la autoridad correspondiente, con las garantías procesales que exige un proceso penal garantista; por lo tanto, queda descartado que haya existido alguna influencia de los padres de la víctima de abuso sexual que pudiera dar lugar a un relato contaminado.



- 8.5** Precisa que, en el caso concreto, se evidencia del cuaderno de debates de fecha dos de mayo de dos mil trece que se dictó auto de enjuiciamiento contra el procesado Danilo Rodrigo Peña Cortez, habiéndose admitido los medios probatorios tanto de cargo del Ministerio Público como de descargo de la defensa técnica del imputado, resolución que no obstante haber sido notificada debida y oportunamente a todas las partes procesales no fue impugnada; aunado a ello, se verifica que se cumplió con emitir el auto de citación a juicio oral, en el que se reiteran los medios de prueba a actuarse en juicio y se otorgaron cinco días para su revisión y/o incorporación o exclusiones de piezas procesales que resultaran pertinentes, sin que el Ministerio Público, el acusado o su defensa hayan objetado ello; por lo tanto, esta resolución tiene la calidad de cosa juzgada.
- 8.6** Respecto a la retractación, en el caso concreto se tiene de la declaración efectuada por el menor agraviado en la audiencia del veinticuatro de julio de dos mil diecisiete, es decir, siete años después de ocurridos los hechos en su agravio, que no recuerda los hechos acontecidos y que con su hermano Danilo Peña Cortez siempre mantiene comunicación; al respecto, se evidencia que aún existe contacto entre el agresor y la víctima, lo cual ha originado que por el transcurrir de los años y la familiaridad que existe entre ellos se cause arrepentimiento en la víctima con la finalidad de mantener unido el vínculo familiar, lo cual justifica de alguna manera la presunta contradicción que existe entre la declaración policial y la declaración judicial efectuada por el agraviado.



8.7 La defensa técnica cuestionó el protocolo de pericia psicológica practicado al menor argumentando que este no ha sido ratificado, pues se prescindió de la concurrencia al juzgamiento del referido psicólogo. En ese sentido, el Protocolo de Pericia Psicológica número 8536-2010 fue admitido como prueba documental y fue oralizado en la audiencia del trece de agosto de dos mil dieciocho, y no se verificó cuestionamiento alguno por la defensa técnica del acusado en su oportunidad.

Noveno. Posteriormente, el procesado Danilo Rodrigo Peña Cortez interpuso recurso de casación bajo la causal prevista en el inciso 2 del artículo 429 del CPP —inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad—. Señaló lo siguiente:

9.1 La sentencia de vista gira en torno al Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, el que ha sido aplicado erróneamente en el caso en concreto, en razón de que la actuación del Ministerio Público no fue convincente como defensor de la legalidad, ya que no basta que se prueben los hechos presuntamente ocurridos, sino que se llegue a probar la vinculación del encausado con el hecho. La actuación fiscal tuvo el ánimo de culpar al recurrente, sin atender a la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano.

9.2 En el juzgamiento, el agraviado sostuvo que su hermano nunca lo tocó ni recuerda haberle imputado que lo tocó en sus partes íntimas, lo que no fue materia de cuestionamiento por parte del Ministerio Público, que en ningún momento incorporó al juicio la declaración primigenia de la víctima ni le dio lectura; de allí que, atendiendo al principio de inmediación, los jueces debieron valorar lo declarado en juicio y no otro medio de prueba, más aún



si no se realizó la declaración en cámara Gesell, lo que le ha generado indefensión al recurrente.

- 9.3** Tampoco se tomó en cuenta lo declarado por su padre, Pedro Martín Peña Márquez, quien ratificó en el plenario lo dicho por el agraviado respecto a que no lo tocó. No se ha hecho un test para determinar que tanto el agraviado como el testigo estuvieran mintiendo, lo que evidencia vicios en la sentencia.
- 9.4** Se ha vulnerado el artículo II del Título Preliminar del CPP y con ello la garantía constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional, lo que genera nulidad en el proceso, de conformidad con los artículos 150 y 151 del CPP.

Décimo. Mediante la resolución del cinco de agosto de dos mil diecinueve, emitida por la Segunda Sala Superior Penal de Apelaciones y Liquidadora de Ica (foja 228), se concedió el recurso de casación interpuesto y se elevaron los actuados a la Corte Suprema de Justicia.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Undécimo. Este Supremo Tribunal, mediante la resolución de calificación del treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por la causal establecida en el inciso 2 del artículo 429 del CPP y precisó lo siguiente:

- 11.1** La defensa cuestiona la inobservancia de reglas procesales, en específico por haberse valorado la declaración primigenia de la víctima —en la que no intervino la defensa—, que no fue incorporada a juzgamiento conforme a lo estipulado por el CPP, y por lo tanto no correspondía su valoración.
- 11.2** En atención al planteamiento propuesto, se advierte que, en efecto, el Colegiado Superior ha hecho alusión en los acápites 2.6,



2.8, 2.10, 2.13 y 2.16 a la referencial que la víctima habría proporcionado en sede policial, valorándola y otorgándole calidad de prueba, pese a que, según se advierte del control de acusación y en el desarrollo del juzgamiento, no fue introducida a juzgamiento conforme a las reglas que prevén los artículos 375, 378 y 383 del CPP, por lo que en apariencia es posible la existencia de un vicio que podría acarrear la nulidad; no obstante, esto se determinará atendiendo al resto de los medios de prueba que fueron introducidos al juzgamiento conforme a ley, por lo que corresponde admitir el recurso casatorio.

11.3 De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación del recurso de casación bien concedido.

III. Audiencia de casación

Duodécimo. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el dieciséis de febrero de dos mil veintidós (foja 59 del cuadernillo formado en esta instancia). Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

IV. Fundamentos de derecho

Decimotercero. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional se haya tutelada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, así como por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.



Decimocuarto. El recurso de casación, por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Decimoquinto. El delito de actos contra el pudor se presenta cuando el sujeto activo realiza tocamientos lúbrico-somáticos en el cuerpo de la víctima; estos pueden consistir en la palpación, el tocamiento o el manoseo de las partes genitales. En cuanto al tipo subjetivo, el hecho siempre se comete a título de dolo; además, en este también se presenta un propósito lascivo de satisfacción de parte del agente. Como se sostuvo, necesariamente se requiere la presencia del dolo. El agente, con el ánimo de satisfacer sus apetencias sexuales y sin tener el propósito o la intención de realizar el acceso carnal sexual o análogo, realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o sobre un tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos o eróticos contrarios al pudor, el recato o la decencia. Salinas Siccha, citando a Bramont-Arias Torres y García Cantizano, señala que “se requiere necesariamente el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar actos contrarios al pudor, con exclusión del propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, es decir, de violar, lo que permite distinguir un acto contrario al pudor de una tentativa de violación”¹.

Decimosexto. El derecho a la prueba, que es parte implícita del derecho a la tutela judicial efectiva, garantiza que las partes puedan ofrecer las pruebas que sean útiles y pertinentes al objeto del proceso. En ese marco, el derecho a probar está en relación directa con que, una vez ofrecido el medio probatorio, este debe ser actuado e

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. (2018). *Derecho penal. Parte especial* (7.ª edición, volumen 2). Lima: Editorial Iustitia, p. 1085.



incorporado al plenario para ser valorado en esa dirección, conforme a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional (Expediente número 00862-2008-PHC/RC).

V. Análisis del caso concreto

Decimoséptimo. Los hechos atribuidos señalados precedentemente fueron calificados como constitutivos del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menor de edad, previsto en el artículo 176-A, último párrafo, del Código Penal, el cual sanciona tal conducta con una pena conminada no menor de diez ni mayor de doce años.

Decimooctavo. La Sala de mérito ha señalado que la incriminación contra el procesado se sustenta básicamente en la declaración del menor agraviado plasmada en el protocolo de pericia psicológica; sin embargo, esta no puede tomarse como una declaración propiamente dicha, sino que es solo la información que el profesional ha requerido al agraviado y de modo unilateral este ha brindado; por el contrario, un testimonio es el que se brinda en el proceso y está sujeto al contradictorio, es decir, al examen por las partes, circunstancia que lo legitima; empero, el mérito acreditativo que se desprenda de él finalmente lo determina el juez.

Decimonoveno. Analizadas las pruebas actuadas en el presente proceso, se advierte que existen suficientes elementos probatorios que acreditan la responsabilidad penal del procesado Danilo Rodrigo Peña Cortez:



- 19.1** La declaración del menor A. P. P. C. en juicio, que fue confrontada con la declaración referencial (ingresando así al plenario, conforme lo señala el artículo 383, inciso 2, del CPP)².
- 19.2** Por lo tanto, si el menor estaba declarando en juicio, ya no era necesario oralizar su declaración inicial, ya que esta ingresó al plenario al ser examinado sobre aquella; asimismo, cabe resaltar que el menor no niega haber prestado su declaración preliminar, sino que lo hizo con el fin de quedarse con su padre, de modo que fue sometida al contradictorio, formando parte del caudal probatorio a valorar por el órgano jurisdiccional.
- 19.3** Ahora bien, introducida la declaración primigenia y estando a lo referido por el agraviado en el juicio oral, si bien es cierto que existen dos versiones de los hechos, la primera en la que el menor sindicó al procesado como su agresor y la segunda donde se retracta señalando que no ha tenido problemas con su hermano Danilo y que su relación es buena e incluso lo llama por teléfono y que no recuerda haber señalado que él le haya hecho tocamientos, luego refiere que en una oportunidad dijo que su hermano le hacía tocamientos en sus partes íntimas, lo cual no es cierto, y que dijo ello porque lo vio en la televisión y se le ocurrió para acercarse a su papá, ya que en la casa de su madre no se sentía contento.
- 19.4** Se observa, pues, que la versión brindada por el agraviado no fue uniforme. Corresponde, entonces, utilizar —como en efecto se hizo— la herramienta jurisprudencial pertinente. Así, se tiene en cuenta lo

² Artículo 383, inciso 2, del Código Penal:

“2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor”.



dispuesto en el Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, fundamento 26, que establece los presupuestos de validez de la retractación de la víctima, los cuales se reproducen:

26°. La validez de la retractación de la víctima está en función de los resultados, tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración inculpativa y la corroboración coetánea -en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

19.5 A efectos de verificar la solidez o debilidad de la declaración del menor agraviado, se advierte que la versión inculpativa se apoya y corrobora con los siguientes medios de prueba:

- a.** La denuncia realizada por el padre del menor agraviado, quien a su vez es progenitor del procesado, que denunció que sus menores hijos S. J. P. C. y A. P. P. C. fueron víctimas de violencia familiar, maltrato físico y psicológico por parte de su hermano Danilo Rodrigo Peña Cortez, y que los hechos se suscitaron desde el mes de agosto de dos mil diez en el domicilio de su señora madre.
- b.** El Informe Policial número 998-2010-XV-DIRTEPOL-RPI-CM-SVF, del primero de diciembre de dos mil diez, en el cual se señala



que Pedro Martín Peña Márquez presentó la denuncia contra Danilo Rodrigo Peña Cortez.

- c.** La declaración voluntaria de Pedro Martín Peña Márquez (foja 7), quien señaló que el treinta y uno de noviembre de dos mil diez fue a recoger a sus hijos al colegio para poder conversar con ellos; en dicha ocasión le manifestaron que habían sido víctimas de violencia por parte de su hermano Danilo y que habiéndole comunicado a su madre ella no hizo nada al respecto; fue allí donde su menor hijo le indicó que no solo los insultaba y que también los golpeaba, por lo cual decidió recogerlos porque ellos no querían volver a vivir con su madre y se los llevó a su casa, y puso una constancia en la comisaría explicando las circunstancias que venían ocurriendo; luego, el primero de diciembre de dos mil diez llegó a su domicilio la madre de sus hijos en compañía de su abogado y la representante del Ministerio Público, los cuales le indicaron que había sustraído a sus hijos contra su voluntad, lo cual era totalmente falso; como prueba de ello, la fiscal se entrevistó con ambos y en forma neutral indicaron a la fiscal que querían vivir con su papá, ya que estaban siendo víctimas de agresiones físicas y psicológicos por parte de su hermano Danilo Rodrigo Peña Cortez.
- d.** El protocolo de pericia psicológica practicado al menor agraviado A. P. P. C. (foja 16), en el cual el perito concluyó que el menor evidenciaba indicadores emocionales de maltrato psicológico, así como indicadores de afectación emocional por posible abuso sexual de su hermano mayor.



Así pues, existe prueba suficiente e idónea que corrobora la versión inculpativa del menor agraviado, lo que permite concluir que tal versión es verosímil y merece mayor convicción que la retractación, y es correcto el razonamiento del órgano jurisdiccional de segunda instancia, en mérito al cual se fundó la condena impuesta. Por lo tanto, no se presenta la causal invocada como fundamento de la casación y debe declararse infundado en este extremo.

Vigésimo. Por otro lado, como se ha señalado precedentemente, el tipo penal imputado es el delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, que se encuentra previsto en el artículo 176-A, último párrafo, y tiene una pena no menor de diez ni mayor de doce años. En ese sentido, cabe precisar que la Segunda Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Ica, al emitir la sentencia de vista confirmando la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur de Ica, no ha tenido en cuenta que al procesado Danilo Rodrigo Peña Cortez se le debió aplicar la figura de responsabilidad restringida al momento de determinar la pena, ya que este, al momento de la comisión del delito, contaba con dieciocho años de edad, según su ficha Reniec obrante a foja 18; sin embargo, la Sala señaló escuetamente que “no se le aplica dicha figura por el tipo de delito imputado”.

Vigesimoprimer. El artículo 22 del Código Penal prevé la disminución de la pena del agente que cuenta con una edad mayor de dieciocho y menor de veintiún años o si es mayor de sesenta y cinco años. Este dispositivo legal ha sido modificado a fin de restringirse dicha atenuación en razón de la comisión de algunos delitos que son considerados graves —violación sexual, tráfico ilícito de drogas, entre otros—.



Así, paulatinamente, se ha ido incrementando un listado de delitos cuyos autores o partícipes no serían acreedores de esta atenuación de la pena —integrante de una organización criminal, robo agravado, extorsión, secuestro, homicidio calificado, entre otros—.

Esta norma ha sido objeto de reiterados pronunciamientos considerando que sería inconstitucional, pues afecta el principio de igualdad y es discriminatoria. En esa línea, las Salas Penales de la Corte Suprema emitieron el Acuerdo Plenario número 4-2016, en el cual se estableció como doctrina legal la imposibilidad legal de la exclusión de la regla general de atenuación de la responsabilidad restringida. De modo que los jueces penales ordinarios no deben aplicarla. Asimismo, la Sentencia Plenaria número 1-2018/CJ establece la imposibilidad de aplicar la exclusión de la atenuación por responsabilidad restringida en función del tipo de delito.

Vigesimosegundo. Sobre tal asunto, este Supremo Tribunal ha emitido abundante jurisprudencia a fin de reducir la sanción punitiva. Como ejemplo, tenemos la Casación número 335-2015/Del Santa³ (fundamento jurídico cuadragésimo segundo), en la que se señala lo siguiente:

El artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, **siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos**; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [STC número 751-2010-PHC/TC, del quince de junio de dos mil diez, foja 4], ha preservado la facultad del juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la **responsabilidad restringida** para la determinación judicial de la pena.

³ Emitida por la Sala Penal Permanente el primero de junio de dos mil dieciséis.



Vigesimaltercero. En consecuencia, en el caso en análisis, es de ineludible aplicación la atenuación de la pena por concepto de responsabilidad restringida del agente. De igual modo, debe tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena, que exige a los poderes de Estado —Legislativo, Judicial y Ejecutivo—, como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen, y que en el ámbito penal reclama que toda pena, sea privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. Asimismo, este principio no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces, y por expreso mandato constitucional se precisa que por “su independencia, solo están sometidos a la Constitución y la ley” —previsto en el artículo 146, inciso 1, de la Constitución Política del Perú—.

Vigesimalcuarto. Por lo tanto, a efectos de realizar la determinación de la pena, en el caso, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la pena conminada para el tipo penal imputado: no menor de diez ni mayor de doce años. Luego, la pena correspondiente al encausado se ubicaría en el primer tercio inferior y esta sería de diez años, ya que ha de tenerse en cuenta que a la fecha de la comisión del delito aquel no contaba con antecedentes penales. Asimismo, le correspondería disminuir prudencialmente la pena, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Código Penal. Así pues, se le tiene como agente de responsabilidad restringida. Por lo tanto, le corresponde una disminución de tres años. En consecuencia, la pena concreta quedaría fijada en ocho años de privación de libertad.



Vigesimoquinto. En ese orden de ideas, estando a lo expuesto *ut supra*, este Tribunal Supremo advierte, por un lado, que no se han inobservado normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad y, por ende, no se configura la causal de casación invocada por el recurrente; sin embargo, sí se observa que se ha infringido una norma material, como es la aplicación al caso de la institución de la responsabilidad restringida, por lo que debe declararse parcialmente infundada la casación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. DECLARARON FUNDADO EN PARTE el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **Danilo Rodrigo Peña Cortez** contra la sentencia de vista del cinco de julio de dos mil diecinueve, que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho, que lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor en menor de edad, en perjuicio del niño identificado con las iniciales A. P. P. C., y le impuso once años de privación de libertad y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto por reparación civil a favor de la víctima. En consecuencia **CASARON** la sentencia de vista en el extremo de la pena y, **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA**, revocaron la sentencia de primera instancia del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho en el extremo en el que impuso al procesado **Danilo Rodrigo Peña Cortez** once años de pena privativa de libertad y, reformándola, le **IMPUSIERON** ocho años de pena privativa de libertad. **DECLARARON INFUNDADO** en los demás extremos el recurso de casación.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 1734-2019
ICA**

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes.

III.MANDARON que, cumplidos los trámites, se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en la Corte Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ISA