



Violación a la inversa en el delito de violación sexual de menor de edad y responsabilidad restringida por la edad

Sumilla. En este sentido, es pertinente mencionar que si bien una de las modalidades del delito de violación sexual de menor de edad consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (previsto en el artículo 173 del Código Penal); también puede configurarse cuando la víctima es obligada a realizar el acceso carnal de forma activa, lo que en la doctrina se denomina como “violación a la inversa”. Dicha interpretación teleológica es admisible, en tanto el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menor de catorce años es la indemnidad sexual, es decir, la intangibilidad de las condiciones sexuales y psicológicas del menor; por lo que se sanciona la actividad sexual *per se* en sus diversas modalidades ejercida contra un menor.

Lima, veintidós de marzo de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado **Jorge Luis Tuanama Ipushima** contra la sentencia (Resolución del treinta de enero de dos mil veinte, folio 486) emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor con iniciales A. J. G. H. (cinco años), y le impusieron la pena de cadena perpetua, así como fijaron en la suma de S/ 10 000,00 (diez mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado. De conformidad, en parte, con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el juez supremo **Brousset Salas**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

Primero. De conformidad con la acusación fiscal del treinta de setiembre de dos mil diecinueve (folio 247) se imputa al procesado



Jorge Luis Tuanama Ipushima que en el mes de abril de dos mil nueve habría abusado sexualmente del menor agraviado con iniciales A. J. G. H., actos llevados a cabo en el domicilio del imputado (ubicado en el lote 3 de la manzana D del sector Viva El Perú en el asentamiento humano Rodrigo Franco del distrito de Surco). El acusado hizo que el menor le introduzca el pene en su ano, lo que trajo como consecuencia que le transmitiera al menor la enfermedad sexual conocida como gonorrea, de acuerdo con la hoja de referencia del Ministerio de Salud DISA Lima Sur (foja 19).

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Segundo. La Sala Superior, mediante la Sentencia del treinta de enero de dos mil veinte (folio 486), concluyó en la condena a Jorge Luis Tuanama Ipushima en atención a los siguientes fundamentos:

- 2.1.** Mediante el Informe Médico DISA II LIMA SUR RED.BOG.CHO.SCO.MICRO RED SURCO emitido por el Ministerio de Salud y la Hoja de Referencia N.º 76, se acredita fehacientemente que el menor agraviado fue contagiado de gonorrea. En dicha hoja de referencia se consignó que el menor agraviado acudió con secreción uretral verdosa, la cual presentó nueve días antes; por lo que la fecha en que acontecieron los hechos data de abril de dos mil nueve.
- 2.2.** El menor agraviado en la entrevista de cámara Gesell refirió que el acusado lo llevó al mencionado inmueble. Describió que en el cuarto había dos camas, una de Jorge y otra de Yeri Tuanama Ipushima (hermano de Jorge) y que el piso era de color plomo, descripción del inmueble que se condice con lo manifestado por el procesado en la tercera sesión de audiencia de juicio oral, quien señaló que en



dicho lugar había dos camas para las visitas y el piso era de color plomo. Además, el menor narró de forma coherente y sólida. Describió las características del inmueble y señaló que entre Yeri Tuanama Ipushima (hermano del procesado) y su papá existe una relación de amistad. Indicó que Jorge le cogió su “huevito” y lo puso en su ano. El menor no presentó signos de actos contranatura, lo que acredita lo referido por el menor.

- 2.3. El menor examinado presenta perturbación de sus emociones compatible con violencia sexual y requiere tratamiento psicológico.
- 2.4. A fin de determinar si el procesado tenía conocimiento o no de sufrir o haber sufrido de gonorrea con anterioridad a la fecha en que se suscitaron los hechos (abril de dos mil nueve), se solicitó hasta en dos oportunidades que se recabe su historia clínica; sin embargo, a la fecha dicho documento no fue presentado ni adjuntado al presente expediente.
- 2.5. Surgen dudas respecto a que el acusado haya tenido conocimiento de ser poseedor de la gonorrea, puesto que no existen suficientes medios probatorios que lo acrediten (como la historia clínica del procesado); por lo que deberá absolverse por el delito de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa. Sin perjuicio de ello, debe precisarse que sí se encuentra acreditado que el procesado mantuvo relaciones sexuales con el menor y le transmitió la gonorrea.

DELIMITACIÓN DE AGRAVIOS

Tercero. La defensa del encausado Jorge Luis Tuanama Ipushima, en su recurso de nulidad del trece de febrero de dos mil veinte (folio 504), solicitó se revoque la sentencia materia de grado.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 792-2020
LIMA

Puntualizó lo siguiente:

- 3.1.** Los exámenes médicos son contradictorios. No se demostró científicamente que el acusado estaba enfermo de alguna enfermedad de transmisión sexual que le transmitió al menor.
- 3.2.** La madre del menor se contradice respecto a la fecha en que el agraviado habría sido abusado y da dos versiones contradictorias.
- 3.3.** El acusado no tiene antecedentes, es primario y tiene un trabajo conocido.

FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Cuarto. Conforme con los agravios expuestos por la defensa del recurrente, se aprecia que estos están dirigidos a cuestionar la valoración de los medios de prueba efectuados por el Tribunal Superior, los que considera insuficientes para enervar su presunción de inocencia y acreditar su responsabilidad penal.

Las máximas de la experiencia demuestran que los delitos contra la libertad sexual generan lesividad emocional a las víctimas, lo que puede ocasionar dificultades en la percepción exacta de las circunstancias coetáneas al evento; por lo que el tratamiento adecuado en valoración de la prueba personal en este tipo de delitos no exige la enunciación fáctica idéntica entre declaraciones. No obstante, deberá verificarse la concurrencia de puntos esenciales que se constaten incólumes en la investigación.

Quinto. Se advierte que en la sentencia impugnada se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116, en lo referido a determinados criterios orientados a dotar de certeza e incuestionable aptitud probatoria a la versión brindada por el agraviado. Estos son:



ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio, persistencia en la incriminación y existencia de corroboraciones externas a esa declaración incriminatoria.

Sexto. En cuanto a la verosimilitud interna, la sindicación efectuada por el menor agraviado en contra del recurrente, en suma, es coherente en cuanto a lo que es objeto de imputación: el abuso sexual. Se recibió su declaración a nivel preliminar mediante entrevista única en cámara Gesell (foja 12) efectuada con intervención del representante del Ministerio Público cuando el menor contaba con cinco años. En dicha diligencia, al ser consultado por algún vecino a cuya casa haya concurrido, respondió en los siguientes términos: “Jorge [...] (es) malo, es maricón. [...] Ha agarrado mi huevito [...] en su casa, [...] fui con mi amigo Dany [...]. Yo fui entré al cuarto de Jorge [...] (estaba) tapado en su cama [...], me dijo pon tu huevito en mi pote [...]. Aldair ponme tu huevito en mi pote”. Describió que Jorge se encontraba solo pese a que vive con Yeri Tuanama y que dicho suceso se produjo en dos oportunidades en casa del acusado, donde había dos camas, las paredes no estaban pintadas y el piso era de color plomo. Asimismo, que también lo besó en la boca y lo tocó con su mano. Añadió que durante la noche le dolía su zona íntima, por lo que lo contó a su madre, quien denunció al acusado.

Séptimo. En cuanto a esta sindicación, el recurrente ha señalado como agravio que esta sería incoherente y existirían contradicciones; por lo que carecería de credibilidad. Al respecto, debemos indicar que el menor en su oportunidad narró los hechos de forma espontánea y propicia para su edad en la cual puntualizó el hecho sustancial materia de acusación, sin ingresar a brindar información en abundancia, pues el desarrollo cognitivo propio de su niñez no se lo permitía. Así, el núcleo central y sustancial de la



incriminación se ha mantenido incólume, dado que el menor incriminó que el acusado hizo que la víctima introdujera el pene en su ano, lo cual es materia de imputación. En este sentido también se ha establecido una línea jurisprudencial por esta Suprema Corte¹:

Exigir a una adolescente la precisión del número de veces y una detallada indicación de la forma en que fue ultrajada, es un requerimiento impropio que no tiene en cuenta el conjunto de traumas que una violación genera y la intensidad de la afectación síquica que produce, en la que tiene una importancia decisiva la estructura de la personalidad de la víctima y el contexto sociocultural.

Octavo. Aunado a ello, los detalles brindados por el menor agraviado respecto a la descripción sobre el lugar donde se produjo el abuso sexual en su agravio, coincide con la versión que sostuvo el acusado durante el plenario (véase acta de la tercera sesión de juicio oral del cinco de diciembre de dos mil diecinueve, folio 336).

Como se puede apreciar, las versiones esgrimidas corroboran la información proporcionada por el menor respecto a la orientación sexual del acusado (homosexual), el interior de la habitación del acusado (dos camas) y el color del pavimento (plomo). Asimismo, no existe cuestionamiento respecto a que el acusado vivía en el domicilio de su prima Judith, el cual se ubicaba cerca a la casa del menor (a una cuadra).

Noveno. En lo que respecta a la verosimilitud externa, de la actividad probatoria trascienden corroboraciones periféricas, de cuya valoración conjunta se genera convicción razonable respecto a la atribución criminal precedente. Respecto a la materialización del delito, esta se acredita con la copia certificada del acta de nacimiento (folio 20) con la cual se colige que el agraviado nació el

¹ Casación N.º 1394-2017/Puno del veintiséis de julio de dos mil dieciocho expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento de derecho quinto.



veintinueve de octubre de mil tres; por lo que a la data de los hechos (abril de dos mil nueve) el menor contaba con cinco años.

En los certificados médicos legales números 028355-CLS (folio 17) y 043265-CLS (folio 59) practicados al menor, se concluyó que no presentó signos de actos contranatura, resultado que permite determinar que no se produjo una penetración hacia el menor conforme con su relato, en tanto la víctima describió un acto de penetración inversa, es decir, la conducta a través del cual el agente buscó la introducción del pene de la víctima en su cavidad anal; por lo que las circunstancias del caso concreto deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.

Décimo. En este sentido, es pertinente mencionar que si bien una de las modalidades del delito de violación sexual de menor de edad consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (previsto en el artículo 173 del Código Penal); también puede configurarse cuando la víctima es obligada a realizar el acceso carnal de forma activa, lo que en la doctrina se denomina como “violación a la inversa”. Dicha interpretación teleológica es admisible, en tanto el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menor de catorce años es la indemnidad sexual, es decir, la intangibilidad de las condiciones sexuales y psicológicas del menor; por lo que se sanciona la actividad sexual *per se* en sus diversas modalidades ejercida contra un menor.

Decimoprimer. Ahora bien, fluye de la acusación fiscal que la noticia criminal se suscitó cuando el menor presentó dolor del tracto urinario; por lo que su progenitora lo condujo al establecimiento de salud DISA II Lima Sur Micro Red Surco (Ministerio de Salud) en donde de conformidad con la Hoja de Referencia N.º 76 (folio 19), ratificado durante el plenario por la médico que lo suscribió (folio 397) y el



Informe Médico Psiquiátrico (folio 65) ratificado durante el plenario (folio 373) fue diagnosticado con gonorrea (enfermedad de transmisión sexual) tras el examen de secreción uretral.

Decimosegundo. En el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 042462-2009-PSC (folio 60), practicado al agraviado, se consignó: “Respecto a su discurso es claro y directo. En cuanto al contenido es fiable, válido carente de contenidos fantasiosos. En el área sexual evidencia alteración emocional por experiencia precoz, temeroso. Perturbación de sus emociones compatible a violencia sexual”; instrumental incorporado mediante oralización durante el plenario (véase acta de séptima sesión de juicio oral, folio 425). Producto de dicho análisis es posible determinar elementos objetivos que se relacionan a consecuencias psicológicas negativas por la violencia vivida, presentando indicadores coherentes a una afectación y al proceso que describe.

Decimotercero. Asimismo, su progenitora Gladys Concepción Huashuayo indicó a nivel preliminar (folio 10) que el agraviado presentó dolor al orinar, por lo que al llevarlo a la posta del sector y tras realizarle un análisis, lo diagnosticaron con gonorrea, por lo que interpuso la denuncia. Durante el plenario (véase acta de la octava sesión de juicio oral del veintiocho de enero de dos mil veinte, folio 464) ratificó su declaración y agregó que el menor acudía a la vivienda del encausado a jugar con niños de su edad; sin embargo, cuando su menor hijo agraviado le contó que fue obligado por el encausado a realizarle actos de connotación sexual, le reclamó al procesado, quien en su oportunidad no negó los hechos; por el contrario, su hermano hizo lo propio, luego de lo cual lo dejó de ver.

Decimocuarto. La versión de la víctima se encuentra corroborada por elementos periféricos recabados durante el presente proceso. Dichos medios de prueba determinan que el agraviado sufrió abuso sexual; por lo que se cumple, en tal virtud, la garantía de certeza referida al parámetro de verosimilitud.



Decimoquinto. En cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, en el caso concreto no se han incorporado evidencias tangibles e inequívocas que permitan establecer que los cargos que le formuló el menor agraviado al recurrente se encuentren motivados, única y exclusivamente, por el odio o rencor que esta haya concebido contra su agresor precedentemente al hecho denunciado. El sentenciado recurrente no ha señalado durante el proceso que tuvo problemas con el menor.

Decimosexto. En atención a lo anterior, la defensa del encausado cuestiona que no se haya demostrado que fuera portador de la enfermedad de transmisión sexual (gonorrea) ni que haya contagiado al menor agraviado. Al respecto, conforme se expuso precedentemente se logró demostrar que el menor fue contagiado de gonorrea producto de los actos de connotación sexual a los que fue obligado por el encausado, ello en consideración a que su sindicación cumple con las garantías de certeza exigidas en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116. Asimismo, se aprecia que el acusado fue correctamente notificado en sede preliminar; sin embargo, este no concurrió (folios 27-29), por lo que su incomparecencia no hizo posible que se haya sometido a los exámenes médicos para determinar o descartar si era portador de la enfermedad de transmisión sexual.

Finalmente, de la revisión de las declaraciones vertidas por la progenitora del agraviado, Gladys Concepción Huashuayo Curi, se advierte que tanto a nivel policial (foja 10) como en juicio oral (véase acta de octava sesión de juicio oral del veintiocho de enero de dos mil veinte, foja 464) no refirió la data en que ocurrieron los hechos (cuestionamiento central de la defensa); por lo que se evidencia la ausencia de la alegada contradicción.

Decimoséptimo. En consecuencia, se generó un estado de convicción respecto del testimonio del menor agraviado; el cual se consolidó al cumplir con los criterios de verosimilitud (interna y



externa), persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva, a la que se contrae el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 del treinta de septiembre de dos mil cinco, emitido por las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República. A lo que se aúna que, entre la actividad probatoria desplegada y la naturaleza de las evidencias de cargo actuadas y valoradas, existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica, deducida de la sucesión de los hechos declarados probados y por no existir una hipótesis acreditada alternativa al curso causal de los acontecimientos, que haga posible decantar en una conclusión diferente.

Decimoctavo. En cuanto al extremo del *quantum* de pena, se aprecia que los hechos se enmarcaron en el primer inciso del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, modificado con la Ley N.º 28704 vigente al momento de los hechos (año dos mil nueve), mediante el cual se establece la pena de cadena perpetua cuando la víctima tiene menos de diez años. No obstante, de la revisión de los actuados se verifica que el encausado Jorge Luis Tuanama Ipushima nació el veintitrés de agosto de mil novecientos noventa, por lo que a la data de los hechos (abril de dos mil nueve) contaba con dieciocho años con nueve meses de edad.

El Colegiado omitió pronunciarse sobre la reducción de la pena por su condición de agente con responsabilidad restringida (condición que configura una circunstancia atenuante privilegiada), lo cual constituye una vulneración al derecho de igualdad (garantizado en el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Constitución). Si bien su aplicación se encuentra excluida para agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo incide, sustancialmente, en la incompatibilidad



de dichas normas restrictivas con la Constitución y en la inconstitucionalidad de toda aquella exclusión legal que recaiga sobre la aplicación del beneficio de responsabilidad restringida en razón del delito incurrido. De este modo se ha instituido como jurisprudencia constante la aplicación de la cláusula aminorativa del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, para el agente que incurra en cualquier clase de delito.

Por lo tanto, la pena dictada debe ser adecuada a la circunstancia atenuante privilegiada que concurre.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, las juezas y los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia (Resolución del treinta de enero de dos mil veinte, folio 486) emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que condenó a Jorge Luis Tuanama Ipushima como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor de iniciales A. J. G. H. (cinco años), así como fijaron en la suma de S/ 10 000,00 (diez mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado.
- II. **DECLARARON HABER NULIDAD** en el extremo en que impusieron la pena de cadena perpetua, y, **REFORMÁNDOLA**, le impusieron treinta y cinco años de pena privativa de libertad, que con el descuento de la carcelería que cumple desde el veintiuno de julio de dos mil



diecinueve (de conformidad con la notificación de detención, folio 135) vencerá el veinte de julio de dos mil cincuenta y cuatro, fecha en que deberá egresar de no registrar otro mandato de detención o sentencia condenatoria en su contra emanado por autoridad competente.

III. CORRIGIERON el punto quinto de la parte resolutive de la sentencia en el extremo que se consignó como fecha de inicio del cómputo de pena el veintisiete de marzo de dos mil catorce, cuando lo correcto es el **veintiuno de julio de dos mil diecinueve**, conforme se expuso en el considerando precedente.

IV. DISPUSIERON se remita la causa al tribunal de origen para los fines de ley correspondientes y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema y los devolvieron.

Intervino el magistrado Núñez Julca por licencia de la jueza suprema Pacheco Huancas.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

NÚÑEZ JULCA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

GUERRERO LÓPEZ

RBS/jps