

SUMILLA: [DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD]

- I. El pronunciamiento de este Tribunal Supremo tiene un doble cariz: en primer lugar, se absolvió al procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, por el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con la clave número 037 – 2014, por atipicidad; y, en segundo lugar, habiéndose acreditado el *factum* delictivo propuesto por el Ministerio Público, se le condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con la clave número 038 – 2014, aplicándosele veinte años de prisión.
- II. Rigió el principio sustantivo de legalidad y el principio procesal de congruencia.

Lima, veinticinco de abril de dos mil dieciocho.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR y el encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, contra la sentencia de fojas trescientos ochenta y nueve, de fecha diecinueve de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en los extremos que:

- i) Condenó a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, como autor de los delitos de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con clave número 037 – 2014, y actos contra el pudor en menores, en agravio de la menor identificada con clave número 038 – 2014.
- ii) Impuso a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, seis años de pena privativa de la libertad por el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, y doce años de pena privativa de la libertad por el delito de actos contra el pudor en menores, de cuya sumatoria se le aplicó un total de dieciocho años de pena privativa de la libertad.
- iii) Fijó las siguientes reparaciones civiles: **a.** Diez mil soles, a favor de la menor identificada con la clave número 037 – 2014, y **b.** Quince mil soles, a favor de la menor identificada con la clave número 038 – 2014; que deberán ser abonadas por el sentenciado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA.

De conformidad, en parte, con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal. Interviene como ponente el señor Juez Supremo HINOSTROZA PARIACHI.

CONSIDERANDO

§. IMPUTACIÓN FISCAL.-

PRIMERO: El Ministerio Público, en la acusación fiscal de fojas doscientos veintisiete, atribuyó al acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA dos l

punibles, calificándolos como delitos de exhibiciones y publicaciones obscenas, y violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa. El *factum* se refiere a lo siguiente:

- I. Delito de exhibiciones y publicaciones obscenas.- Con fecha 6 de diciembre de 2014, siendo las 11:00 horas, cuando la menor signada con clave número 037 – 2017, se encontraba caminando por las inmediaciones del Colegio Peruano Japonés, situado en la avenida Pachacútec, en el distrito de Villa María del Triunfo, se percató de la presencia de su vecino, el procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, quien se le acercó, le levantó la falda y le tocó los glúteos. La citada menor reaccionó inmediatamente y lo golpeó con la mochila que traía puesta. El referido imputado se retiró del lugar, riéndose.
- II. Delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa.- El 6 de diciembre de 2014, a las 20:30 horas aproximadamente, en circunstancias que la menor identificada con clave número 038 – 2014, se dirigía a su domicilio ubicado en el asentamiento humano “Primero de Mayo”, en el distrito de Villa María del Triunfo, fue interceptada por el encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, quien luego de taponarle la boca y colocarle un objeto punzante en el cuello, la llevó a una casa abandonada, donde la despojó de su pantalón y trusa, para proceder a violarla, sin embargo, al oírse pasos en la calle, la víctima gritó solicitando ayuda. Este hecho, originó la huida del mencionado procesado. La agraviada salió del lugar y requirió auxilio a un vecino conocido como “Willy”.

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR.-

SEGUNDO: La Sala Penal Superior, mediante sentencia de fojas trescientos ochenta y nueve, condenó a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, como autor de los delitos de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con la clave número 037 – 2014; y, actos contra el pudor en menores, en agravio de la menor identificada con la clave número 038 – 2014. En relación a este último ilícito, el referido órgano jurisdiccional se desvinculó de la calificación jurídica propuesta en el dictamen acusatorio.

TERCERO: La sentencia impugnada, está compuesta de tres partes. Los fundamentos esgrimidos, respecto a cada una de ellas, fueron los siguientes:

- I. Del delito de exhibiciones y publicaciones obscenas.-

Se indicó que la menor identificada con clave número 037 – 2014, en sede preliminar y durante el juicio oral, no sólo sindicó directamente a su vecino, el procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, como la persona que, el 6 de febrero de 2014, le levantó la falda y le tocó los glúteos, sino que, además, le contó lo sucedido a sus familiares, con quienes se dirigió a interpor

denuncia correspondiente; destacando que, cuando llegó a la comisaría se percató que el referido encausado estaba detenido por otro hecho delictivo. Se puntualizó que la versión de la citada víctima estuvo corroborada, en primer lugar, con el acta de reconocimiento físico con presencia del representante del Ministerio Público y, en segundo lugar, con las testimoniales de su madre Teodocia Cruz Berrocal y del efectivo policial Albino Segovia Cosme, producidas en el juzgamiento. Se indicó que estos últimos testigos reprodujeron las declaraciones de la agraviada, sobre el contexto en que logró identificar al encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA. Finalmente, se valoraron los argumentos defensivos, concluyéndose que lo relatado resultó incoherente e irracional, teniendo el propósito de eludir su responsabilidad penal. Lo reseñado sirvió de base para emitir un fallo condenatorio.

II. Del delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa.-

En este punto, la Sala Penal Superior acreditó la materialidad de los hechos postulados por el Ministerio Público, empero, modificó la calificación jurídica asignada. De este modo, se señaló que la declaración de la menor identificada con la clave número 038 – 2014, de once años de edad, efectuada a nivel policial con presencia de la señora Fiscal Adjunta Provincial, en la que sostuvo que el procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA le tapó la boca, le colocó una “punta” de metal en el cuello, la condujo a una casa abandonada, le quitó el pantalón y la trusa, e intentó tocarle la vagina, estuvo corroborada, periféricamente, respecto a la violencia ejercida, con el certificado médico legal respectivo, y en torno a su credibilidad, con el acta de hallazgo y las manifestaciones rendidas por los testigos Guillermo Alfredo Marcos Ramos y Jorge Víctor Guillén Valderrama, y por el efectivo policial Albino Segovia Cosme. Se remarcó el mencionado inmueble, era una casa semi construida de material noble, que no tenía techo ni ventanas. Se ponderaron las declaraciones del acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, dejándose constancia de las contradicciones y ambigüedades detectadas. Se subrayó que la testigo de descargo Guadalupe Albat Panuera Huallpa no aportó información relevante, por no haber presenciado directamente lo acaecido.

III. De la desvinculación procesal.-

Sobre los hechos expuestos precedentemente, el Tribunal Superior, en aplicación del artículo 285° – A del Código de Procedimientos Penales y en observancia de la doctrina fijada en el Acuerdo Plenario número 04 – 2007/CJ – 116, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, se apartó de la tipificación planteada por el Ministerio Público, y aplicó el tipo penal previsto en el artículo 176° – A, primer párrafo, del Código Penal, esto es, por delito de actos contra el pudor en menores. Se analizó al aspecto subjetivo de la conducta del imputado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, y se concluyó que

tuvo la finalidad de tocar las partes íntimas de la agraviada identificada con la clave número 038 – 2014, no teniendo la intención de penetrarla sexualmente puesto que “(...) *él tampoco intentó desvestirse (...)*” [sic].

§. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

CUARTO: El señor FISCAL SUPERIOR, en su recurso de nulidad de fojas cuatrocientos veintiuno, solicitó que el procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA sea condenado como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa y se le imponga una pena proporcional, toda vez que, su único propósito era ultrajar a la menor identificada con la clave número 038 – 2014, para lo cual, aprovechando que se encontraba sola y era de noche, la amedrentó y la llevó a una casa abandonada. Señaló que la no consumación del ilícito se debió a que la víctima oyó pasos y gritó, y porque fue auxiliada por un vecino conocido como “Willy”. Refirió que la sindicación de la agraviada ha sido confirmada con prueba personal y documental. Remarcó el valor probatorio de la pericia médico legista, en cuanto a la acreditación de las lesiones físicas de la menor, en diversas partes del cuerpo.

QUINTO: El imputado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, en su recurso de nulidad de fojas cuatrocientos catorce, especificó dos tipos de agravios: De un lado, precisó que las declaraciones de las menores agraviada identificadas con las claves números 037 – 2014 y 038 – 2014, no constituyen pruebas suficientes para emitir una condena penal, más aún si, la segunda de las mencionadas no ha concurrido a la etapa de instrucción ni al juicio oral, para ratificar su manifestación preliminar, no verificándose la persistencia incriminativa. Arguyó que no se practicaron exámenes psicológicos para determinar el daño y las consecuencias originadas en las víctimas. Refirió que no se recabó el acta de nacimiento de la menor identificada con clave número 038 – 2014. Y de otro lado, puntualizó que las penas impuestas no cumplieron con los principios de proporcionalidad y resocialización, por lo que no se encuentran arregladas a ley. Finalmente, petitionó que declare la nulidad de la sentencia recurrida.

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.-

SEXTO: Teniendo en consideración que la Sala Penal Superior ha coincidido parcialmente con el Ministerio Público, respecto a la calificación jurídica realizada para cada uno de los hechos incriminados, corresponde efectuar un análisis individualizado sobre los delitos materia de condena penal. La evaluación tiene una doble perspectiva: *iuris* y *facti*.

I. Del delito de exhibiciones públicas y obscenas.

SÉTIMO: Es oportuno recordar que el principio de legalidad se erige, no sólo como la garantía tuitiva más importante de los derechos fundamentales, sino también

como un límite inexorable en el ejercicio de la facultad coercitiva estatal. Tan relevante será ello que, en sede internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como expresión de su potestad jurisdiccional de alcance continental, ha establecido, de manera general, que: “*en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo*” [1]. Dicho principio contiene diversos tipos de garantías y exigencias sustantivas. Las primeras se integran de la siguiente manera: garantía criminal [exige que el delito sea determinado por la ley], penal [requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho], jurisdiccional o judicial [exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial] y de ejecución [requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule]. Mientras que, las segundas se componen sobre lo siguiente: *lex praevia*, la cual expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición; *lex scripta*, a través de ella, se excluye la costumbre como posible fuente de delitos y penas, asimismo, se requiere que la norma escrita tenga rango de ley, emanada del Poder Legislativo; y, *lex stricta*, que impone cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía, en cuanto perjudique al reo, lo que da lugar al mandato de determinación que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada, las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear [2]. En ese sentido, la ley, como una prescripción jurídica, vincula funcionalmente a los jueces en el quehacer jurisdiccional, sirviendo, además, como mecanismo de control, seguridad y predictibilidad de sus decisiones, y cumpliendo el propósito de generar estabilidad y confiabilidad en el Derecho.

OCTAVO: El delito de exhibiciones públicas y obscenas, está previsto en el artículo 183° de Código Penal. El tipo base prevé el siguiente enunciado normativo: “*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena*”. Los verbos rectores que conforman el núcleo de la tipicidad, están referidos a “exhibiciones”, “gestos” y “tocamientos”, incluyendo otros movimientos o actividades corporales que se relacionen con la vida sexual y que ofendan, objetivamente, la moral sexual social [3]. La acción relativa a los “tocamientos”, debe ser interpretada en el sentido que estos son efectuados por el agente en su propio cuerpo, con el ánimo de exacerbar la obscenidad y la libido sexual. Si los “tocamientos” son realizados a otra persona, se configura un delito diferente.

NOVENO: Los lineamientos jurídicos reseñados, permiten establecer que el comportamiento atribuido al imputado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, consistente ejecutar “tocamientos” en los glúteos de la menor identificada con clave

[1] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú”. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2005. FJ. Centésimo octogésimo séptimo.

[2] MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General. Novena Edición. Editorial B de F. Buenos Aires 2011, pp. 106

[3] SALINAS SICCHA, RAMIRO. Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual. Tercera Edición. Lima 2016, p. 367

número 037 – 2014, no se adecúa en ninguna de las hipótesis típicas formuladas para el ilícito de exhibiciones públicas y obscenas. Este hecho calza, más bien, en el tipo penal de actos contra el pudor de menores, regulado en el artículo 176° – A del Código Penal. Sin embargo, el señor FISCAL SUPERIOR y la señora Fiscal Suprema en lo Penal, no peticionaron la reconducción típica del suceso delictivo, o la anulación del presente extremo de la sentencia recurrida, a efectos de encuadrar correctamente el hecho antijurídico. No existió pronunciamiento de parte de los órganos fiscales, en sus diversas jerarquías, sobre alguna de estas posibilidades. En dicho escenario, no es posible introducir de *motu proprio*, en esta instancia suprema, una tipificación distinta, pues, ello conllevaría a la afectación del deber funcional de imparcialidad judicial. El Ministerio Público tiene la responsabilidad exclusiva de perseguir públicamente el delito, respetando el contenido esencial del principio de legalidad, mediante una subsunción precisa.

DÉCIMO: Este Tribunal Supremo, ante la equivocación detectada y cautelando el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 139°, numeral 3), de la Constitución Política del Estado, no puede corregir el error *iuris* y dictar un fallo sustitutivo, esto es, condenando al procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA por el delito de actos contra el pudor de menores. Por consiguiente, la conducta realizada resulta atípica en relación al ilícito de exhibiciones públicas y obscenas, correspondiendo disponer su absolución por este delito. Finalmente, se precisa que la parte agraviada tiene expedita la posibilidad de incoar el procedimiento legal que estime pertinente, a fin de hacer valer sus derechos afectados.

II. Del delito de actos contra el pudor de menores.

DÉCIMO PRIMERO: En concordancia con las pretensiones formuladas por el acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA y por el señor FISCAL SUPERIOR, el control jurisdiccional que concierne efectuar a este Tribunal Supremo versa sobre tres tópicos: la materialidad del hecho incriminado, el juicio de subsunción efectuado en primera instancia y el *quantum* de la pena aplicada.

A. PRIMER TÓPICO: DE LA MATERIALIDAD DEL HECHO INCRIMINADO.

DÉCIMO SEGUNDO: En relación al primer extremo de análisis, cabe señalar que la menor signada con clave número 038 – 2014, durante su declaración en sede preliminar, a fojas trece, con participación de la representante del Ministerio Público, afirmó tres dos principales:

- A. En primer lugar, que el encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, el 6 de diciembre de 2014, a las 20:30 horas, la interceptó cuando se dirigía a su vivienda situada en el asentamiento humano “Primero de Mayo”, en el distrito de Villa María del Triunfo. Seguidamente, le tapó la boca, le colocó una “punta” de metal en el cuello diciéndole que era un cuchillo y la introdujo a una casa

abandonada, quitándole el pantalón y la ropa interior, logrando efectuarle tocamientos en su vagina.

- B. En segundo lugar, que luego de escuchar los pasos de las personas que transitaban por la calle, gritó requiriendo ayuda, lo que motivó a que el acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA la soltara y se retirara sin decirle nada.
- C. En tercer lugar, que salió corriendo del lugar desnuda de la mitad del cuerpo, es decir, sin pantalón, trusa y sandalias, encontrando en el camino a su vecino identificado como “Willy”.

DÉCIMO TERCERO: La manifestación acotada, en sus contornos fácticos, presenta características de firmeza y uniformidad, apreciándose, de modo palmario, un elevado nivel de coherencia narrativa, lo que permite correlacionar intrínsecamente la información proporcionada. No concurre prueba en contrario para sostener que la víctima no haya exteriorizado una capacidad descriptiva notable, evocando con naturalidad diversas circunstancias concomitantes. La singularidad de la totalidad de los datos precisados, en base a la experiencia común, refleja que la agraviada, sólo pudo haberlos precisado porque, efectivamente, éstos sí se produjeron, suprimiéndose toda clase de contradicciones. En el relato no se aprecian fabulaciones, ni la incorporación aspectos inverosímiles o contrarios a la lógica. Alude a una incriminación directa y concreta. Por todo ello, la sindicación resulta plenamente fiable.

DÉCIMO CUARTO: De otro lado, no obstante la agraviada no concurrió a la etapa de instrucción o al juzgamiento a ratificar lo relatado primigeniamente, es preciso señalar que, tratándose de un delito contra la libertad sexual en perjuicio de un menor de edad, lo óptimo, desde una perspectiva tuitiva, es reducir los posibles perjuicios psicológicos derivados de la práctica de una diligencia testifical, en la que, naturalmente, deberá rememorar lo sucedido. La exclusión de la presencia de un menor, en las diversas fases del proceso penal, está condicionada a la presencia de una causa legítima que impida su declaración. La justificación principal, sin duda, estriba en la necesidad de preservar la estabilidad emocional de la víctima, frente al riesgo de grave alteración personal que implica someterla a un interrogatorio. No resulta razonable prolongar los efectos perniciosos del hecho, exigiendo revivir una experiencia sumamente traumática. Si bien el contrapunto a tales referencias, lo constituye la exigencia de que se garantice el acusado la posibilidad de ejercer eficazmente su defensa, sin embargo, este último como todo derecho fundamental, no es absoluto. Una concepción amplia del proceso penal refleja que, no todos los delitos investigados merecen el mismo tratamiento procedimental, surgiendo la posibilidad de contemplarse supuestos excepcionales, cuando se trate de ilícitos que afectan la esfera más íntima de las personas, como los crímenes sexuales. En ese contexto, se parte de la premisa que en un debido proceso no sólo corresponde otorgar garantías en favor de la defensa de los inculpados, sino también, dar tutela y cobertura a los derechos de los perjudicados.

Lo recomendable, en esas circunstancias, es la realización de un juicio ponderativo entre los intereses suscitados.

DÉCIMO QUINTO: En el caso concreto, la víctima identificada con clave número 038 – 2014, durante su declaración a nivel policial en el año 2014, tenía once años de edad, según trasciende del certificado médico legal número 016321 – LS, de fojas treinta y cinco; deduciéndose que, en la data al juicio oral, en el año 2016, tenía trece años. Esto, *per se*, justifican una especial protección de la agraviada, frente al inminente daño psicológico que ha de surgir por el recuerdo forzado del acto sexual. Se trata de una menor de edad cuya personalidad se encuentra en proceso de estructuración, no habiendo alcanzado la madurez suficiente para afrontar lo sucedido, siendo, esta última conclusión, un criterio generalizado cuya certeza no requiere de una pericia especializada. Por lo tanto, la ausencia de la misma durante el plenario, no rescinde el mérito probatorio de su manifestación primigenia, la cual, contó con la presencia del representante del Ministerio Público y, además, fue introducida al debate probatorio, sin que la defensa técnica haya formulado cuestionamientos [fojas trescientos setenta y seis]; cumpliendo, en ambos casos, con las formalidades previstas en los artículos 62° y 262° del Código de Procedimientos Penales. Se ha superado el requisito de la conducencia.

DÉCIMO SEXTO: De otro lado, es una premisa básica que, salvo motivaciones especiales, las personas en condiciones normales no suelen atribuir a terceros haberlas intentado agredir sexualmente. En el caso enjuiciado, no se ha acreditado la existencia de móviles espurios de parte de la menor agraviada, concebidos con anterioridad a los hechos instruidos. No es tangible que haya sido influenciada para atribuirle un hecho tan grave.

DÉCIMO SÉTIMO: La declaración preliminar de la agraviada, está corroborada con prueba pericial, documental y personal. En cuanto a la primera, converge el certificado médico legal número 016321 – LS, de fojas treinta y cinco, que acredita lesiones extragenitales, como excoriaciones superficiales en la región geniana derecha, equimosis rojo violáceas en zona mandibular izquierda adyacente a la región mentoniana, equimosis violácea oscura en región submentoniana derecha, amplia equimosis violácea en forma de napa en región deltoidea izquierda, tenue equimosis violácea en región, entre otras. Respecto a la segunda, concurre el acta de reconocimiento físico de persona, de fojas treinta y cuatro, con intervención del señor Fiscal Adjunto Provincial. En dicha diligencia, la víctima detalló las características físicas de su agresor sexual y, seguidamente, entre cuatro personas puestas a la vista, identificó al encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, aseverando: “(...) dicha persona fue quien trató de abusar de mí, conforme lo conté en mi manifestación policial”. Se cumplió con lo regulado en el artículo 146° del Código de Procedimientos Penales. Y sobre la tercera, constan las declaraciones producidas en juicio oral de los testigos Jorge Víctor Guillén Valderrama, de fojas trescientos treinta y cuatro, Guillermo Alfredo Marcos Ramos, de fojas trescientos cincuenta y tres [vuelta], y Albino Segovia Cosme, de fojas trescientos cincuenta y tres [vuelta].

seis [vuelta]. Si bien no fueron órganos de prueba directos, empero, ofrecieron una versión lineal y congruente sobre el contexto posterior del acto sexual tentado, es decir, las circunstancias en que la agraviada solicitó auxilio, así como las características del inmueble donde se produjo el delito, la fuga y posterior detención del acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA.

DÉCIMO OCTAVO: El imputado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA prestó su declaración en sede policial, a fojas veinticinco, ante el señor Fiscal Adjunto Provincial, en la etapa de instrucción, a fojas ciento ochenta y nueve, y en el plenario, a fojas doscientos noventa y seis. En todos los estadios procesales, arguyó que fue víctima del robo de sus pertenencias y que, por esa razón, se encontraba en la zona donde fue capturado. A pesar de lo anotado, la tesis defensiva, simplemente, no tiene asidero fáctico, pues no se han incorporado pruebas objetivas para demostrar las afirmaciones proferidas. Es preciso indicar que, aun cuando las declaraciones inverosímiles o poco creíbles de los acusados, no integran la prueba de cargo, ello no obsta que hayan adquirido virtualidad procesal para enervar la presunción constitucional de inocencia, en la medida que no desvirtúan los elementos de juicio que existen en su contra sino, más bien, los fortifican. La regla que se aplica es la siguiente: la no veracidad de un contra indicio deja sin fuerza la versión de quien lo sostiene. Se ha forjado, por tanto, un indicio cualificado de mala justificación.

DÉCIMO NOVENO: En consecuencia, la declaración probada de la víctima, quien no tenía por qué identificar y formular cargos gratuitos, unida a la contundencia de los medios de prueba pericial, documental y personal, de modo unitario y conjunto, son suficientes para concluir, razonablemente, que la culpabilidad del sentenciado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA está debidamente acreditada. A lo que se aúna, que entre la actividad probatoria desplegada, la naturaleza de las evidencias de cargo actuadas y valoradas, y la mala justificación; existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de los hechos declarados probados, por lo que se ha logrado enervar la presunción de inocencia del citado encausado. Por lo tanto, es jurídicamente correcta la declaratoria de condena en su contra, de conformidad con el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales.

B. SEGUNDO TÓPICO: DEL JUICIO DE SUBSUNCIÓN EFECTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.

VIGÉSIMO: Conforme al considerando décimo primero *supra*, este Tribunal Supremo se encuentra habilitado para analizar la calificación jurídica efectuada por la Sala Penal Superior. Así las cosas, se constata un aspecto central: los hechos declarados probados evidencian que el acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA sujetó a la menor agraviada, le colocó un objeto punzante en el cuello, y la condujo a una casa deshabitada. En dicho lugar, le retiró el pantalón y la prenda íntima, sin embargo, en ese momento la víctima gritó al escuchar los pasos de las personas

que transitaban por el lugar, exclamando auxilio. Luego de ello, el agresor sexual se retiró.

VIGÉSIMO PRIMERO: La dilucidación jurídica discurre por examinar el aspecto subjetivo del comportamiento del agente delictivo, a efectos de establecer si la intención desplegada por éste estaba circunscrita a realizar tocamientos lúbricos o, en su caso, era de perpetrar un acto sexual que, por factores externos a su voluntad, no llegó a consumarse, contrastándose una tentativa.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El dolo, por estar referido a un aspecto de consciencia inaprensible para el juzgador, no suele acreditarse a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido con datos fácticos debidamente acreditados. En el presente caso, los hechos se produjeron en un escenario de clandestinidad elocuente, esto es, en una casa abandonada y en horas de la noche, además, el acusado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA amenazó a la víctima presionándole el cuello con un objeto punzante, ejerció violencia física sobre ella y le retiró las prendas que cubrían sus zonas íntimas. Si hubiera tenido el propósito de efectuarle tocamientos o frotaciones, no era absolutamente necesario agredirla corporalmente, amedrentarla colocándole una “punta” en el cuello, y conducirla hasta un lugar sin iluminación y deshabitado, quitándole el pantalón y la trusa. Tanto las lesiones físicas, como el que la agraviada saliera corriendo del inmueble, encontrándose desnuda, son aspectos incuestionablemente acreditados, cuyo entrelazamiento permite deducir, racionalmente, que su objetivo final era agredirla sexualmente, lo cual, no llegó a concretarse debido a los gritos de la menor. Esta conclusión otorga coherencia y unidad al suceso fáctico. No es admisible la posición adoptada por el Tribunal Superior, en el sentido que el referido procesado no tuvo la voluntad de acceder sexualmente a la agraviada, puesto no intentó desvestirse. Dicha conclusión, soslaya el extenso marco de posibilidades que fluctúan para consumir un acto sexual involuntario, mediante violencia o amenaza. El delito de violación sexual consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. En las vías vaginal y anal, la acción típica no sólo se produce con el miembro viril, sino también, con algún objeto contundente. El acceso por la vía bucal, sólo es posible con la introducción del pene. Como se advierte, en ninguno de estos escenarios es imprescindible que el sujeto activo retire sus propias prendas de vestir.

VIGÉSIMO TERCERO: En consecuencia, corresponde condenar al encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con clave número 038 – 2014, previsto y penado en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, según la Ley número 30076, de fecha diecinueve de agosto de dos mil trece. Esta última tipificación se mantuvo incólume en el decurso del proceso penal, conforme trasciende del dictamen acusatorio de fojas doscientos veintisiete, y de la requisitoria oral de fojas trescientos ochenta y cuatro [vuelta].

C. TERCER TÓPICO: DEL *QUANTUM* DE LA PENA APLICADA.

VIGÉSIMO CUARTO: Finalmente, en lo atinente a la determinación judicial de la pena, cabe precisar que el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, según la Ley número 30076, de fecha diecinueve de agosto de dos mil trece, prevé un margen de punibilidad abstracto no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad. En la dosificación punitiva es preciso ponderar, de un lado, la presencia de antecedentes penales, según el certificado judicial de fojas ciento treinta y ocho; y, de otro lado, la concurrencia de una causal de disminución de punibilidad, como la tentativa, que al amparo del artículo 16° del Código Penal, autoriza la rebaja prudencial de la sanción por debajo del mínimo legal.

VIGÉSIMO QUINTO: Siguiendo las pautas reseñadas, la pena concreta será determinada en un límite inferior a treinta años de privación de la libertad. El principio de proporcionalidad, no sólo es concebido como una *“prohibición de exceso”*; pues, también se le asigna un enfoque de *“prohibición por defecto”*, con la finalidad de impedir que la pena sobre disminuya la responsabilidad por el hecho. Asimismo, el artículo 44° de la Constitución Política del Estado, de aplicación transversal a los poderes públicos especialmente encargados del sistema de administración de justicia, ha determinado que constituye un deber público: *“(…) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bien general que se fundamenta en la justicia y en el derecho integral y equilibrado de la Nación (...)”*. Desde esta óptica general, se extrae un postulado específico, es decir, que si bien ninguna finalidad preventiva de la pena justifica que se extralimite la medida de culpabilidad, también lo es que, ninguna medida tendiente a coadyuvar a la resocialización, de acuerdo a la prevención especial, autoriza la anulación del efecto preventivo general, en su perspectiva positiva. La pena persigue, conjuntamente, la reeducación del condenado y la restauración del orden social y jurídico, mediante la disuasión. En todos los casos, se busca generar confianza en el Derecho.

VIGÉSIMO SEXTO: De conformidad con lo expuesto, en la nueva dosificación punitiva se pondera la trascendencia del bien jurídico lesionado, esto es, la indemnidad sexual, entendida como la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, aplicada a los menores e incapaces; así como, la gravedad del hecho punible, cuyo reproche jurídico es absoluto. Por lo tanto, en observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, corresponde imponer al imputado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, **VEINTE AÑOS** de pena privativa de la libertad.

VIGÉSIMO SÉTIMO: La reparación civil que el encausado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA deberá abonar a favor de la menor identificada con clave número 038 – 2014, ascendente a S/ 15 000.00 soles, ha sido fijada de acuerdo al principio

daño causado. Aún cuando el acto sexual no llegó a perpetrarse, ello no obsta que la agraviada haya sido afectada en su indemnidad sexual. En lo pertinente, dicha reparación servirá para compensar el daño moral surgido, cuya estimación, al poseer carácter ideal, está sujeta a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional. En ese caso, se constata que el monto establecido, es proporcional y razonable.

§. CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.-

VIGÉSIMO OCTAVO: Finalmente, a modo de conclusión, se advierte que el presente pronunciamiento tiene un doble cariz: en primer lugar, se absolvió al procesado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, por el delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con la clave número 037 – 2014, por atipicidad; y, en segundo lugar, habiéndose acreditado el *factum* delictivo propuesto por el Ministerio Público, se le condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con clave número 038 – 2014, aplicándosele veinte años de prisión. Rigió el principio sustantivo de legalidad y el principio procesal de congruencia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos ochenta y nueve, de fecha diecinueve de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que condenó a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, como autor del delito de exhibiciones y publicaciones obscenas, en agravio de la menor identificada con clave número 037 – 2014, a seis años de pena privativa de la libertad, y fijó por concepto de reparación civil, la suma de diez mil soles a favor de la menor agraviada; y reformándola, **ABSOLVIERON** a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA de la acusación fiscal por el delito y agraviada antes mencionados. **MANDARON** que se proceda a la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del citado delito, de conformidad con el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales, debiendo procederse a su archivo definitivo.
- II. **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que condenó a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA, como autor del delito de Actos contra el Pudor en Menores, en agravio de la menor identificada con la clave número 038 – 2014, a doce años de pena privativa de la libertad; y reformándola, **CONDENARON** a JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en grado de tentativa, en agravio de la menor identificada con clave número 038 – 2014; y, en tal virtud, le **IMPUSIERON VEINTE AÑOS** de pena privativa de la libertad, que computada con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el se



diciembre de dos mil catorce [notificación de fojas doce], vencerá el cinco de diciembre de dos mil treinta y cuatro.

- III. NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia, en el extremo que fijó la suma de quince mil soles que, por concepto de reparación civil, deberá abonar el sentenciado JHON BRUCE HUAMÁN ZAMALLOA a favor de la menor identificada con clave número 038 – 2014.
- IV. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. *Y los devolvieron.-*

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

NÚÑEZ JULCA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

HP/ecb.

