



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N.º 189-2017
JUNÍN

Sumilla. La práctica sexual de la felación activa en menor de edad –esto es, la conducta del agente consistente en introducir en su cavidad bucal el pene de un menor– constituye delito de violación sexual de menor de edad. Para el “acceso carnal vía bucal” sin que medie violencia o amenaza –una de las modalidades de delito de violación sexual de menor de edad prevista expresamente en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal–, si bien resulta indispensable la utilización del órgano sexual humano, la conducta no se configura únicamente cuando el agente –sujeto activo del delito– introduce su miembro viril en la cavidad bucal del menor (felación pasiva). El sentido normativo-valorativo del referido ilícito penal permite que el mismo se configure también cuando el agente introduce en su propia cavidad bucal el órgano sexual de la víctima. No debe soslayarse que mediante la modalidad delictiva de violación sexual de menor de edad en referencia se sanciona a quien “tiene acceso carnal por vía bucal” con un menor de edad, de lo cual se observa que para la configuración de la referida conducta delictiva los medios resultan indeterminados, pudiendo ser uno de los mismos la propia cavidad bucal del sujeto activo del delito. Esta interpretación guarda consonancia con el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menor con edad inferior a catorce años, esto es, la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”, ello en tanto que se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, siendo lo protegido las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

Lima, treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por la defensa técnica de **Samuel Huaycho Tantacuello** contra la sentencia conformada expedida el uno de julio de dos mil dieciséis por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, que condenó al indicado encausado como autor de los siguientes delitos sexuales: i) violación de menor de edad, en agravio de los menores de iniciales A.A.A.Y. (seis), F.J.A.Y. (nueve) y D.J.C.A. (once), y ii) actos contra el pudor en menor de edad en agravio de los menores de iniciales B.R.A.Y. (once) y R.S.G. (doce). Y, asimismo, le impuso las siguientes consecuencias jurídicas: i) treinta y cinco años de pena privativa de libertad por cada uno de los tres delitos de violación sexual de menor de edad; ii) nueve años de pena privativa de libertad por cada uno de los delitos de actos contra el pudor de menor de edad, precisando que, como se trata de un concurso real de delitos, se le impone finalmente la pena privativa de libertad de treinta y cinco años; iii) cinco mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de cada uno de los menores agraviados, en forma individual, por el delito de violación sexual de menor, con sus bienes propios, libres y realizables; iv) tres mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de cada uno de



los menores agraviados, en forma individual, por el delito de actos contra el pudor, con sus bienes propios, libres y realizables; y v) sometimiento a tratamiento terapéutico del sentenciado, previa evaluación médica o psicológica.

Intervino como ponente el señor Sequeiros Vargas, Juez de la Corte Suprema.

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN¹

La defensa técnica del sentenciado sostiene lo siguiente:

- 1.1. Al someterse su patrocinado a la conclusión anticipada del juicio oral solo se admitieron los cargos por el delito de actos contra el pudor en menor, mas no por el delito de violación sexual; de modo que respecto al delito de violación correspondía la realización del correspondiente juicio oral.
- 1.2. La pena privativa de libertad que se le impuso resulta excesiva e inhumana, al habersele responsabilizado por el delito de violación sexual, hecho que no ha cometido. Asimismo, se le causa agravio económico al fijarse por concepto de reparación civil una suma astronómica, cuyo pago no podrá cumplir, tanto más al encontrarse privado de su libertad.
- 1.3. No se han llevado a cabo una serie de diligencias, tales como el peritaje psicológico y/o psiquiátrico a su patrocinado, el cual habría acreditado que no cometió el delito de violación sexual.

SEGUNDO. OPINIÓN FISCAL²

Mediante **Dictamen número quinientos sesenta y nueve-dos mil diecisiete-MP-FN-1ºFSP**, el representante de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal **OPINÓ** que se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.

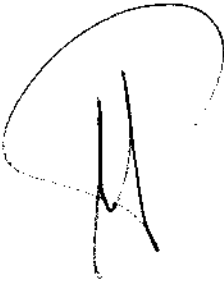
¹ El respectivo escrito de fundamentación del recurso de nulidad fue presentado el trece de julio de dos mil dieciséis -fojas trescientos noventa y ocho/cuatrocientos-.

² Folios dieciocho a veintitrés del cuaderno de recurso de nulidad.



TERCERO. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN³

3.1. HECHO IMPUTADO



Se imputa a Samuel Huaycho Tantacuello que, en su calidad de docente y director de la Institución Educativa Ventura García Calderón número treinta y un mil setenta y cinco del anexo de Salccabamba, del distrito de Paucarbamba, ha venido abusando sexualmente de varios niños, quienes estudiaban en la mencionada institución educativa. El referido encausado se acercó en varias ocasiones a los salones de los menores y a otros ambientes. Con pretextos llevaba a los menores, entre otros sitios, a la Dirección, donde les bajaba el pantalón y la trusa, y les realizaba sexo oral; asimismo, los besaba en la boca, se ponía detrás de ellos y les aplastaba la barriga pegándolos a su cuerpo. Realizó actos de tocamientos en forma reiterada a los menores de iniciales B.R.A.Y. (once) y R.S.G. (doce). Las víctimas de violación sexual fueron los menores de iniciales A.A.A.Y. (seis), F.J.A.Y. (nueve) y D.J.C.A. (once).

3.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Art. 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

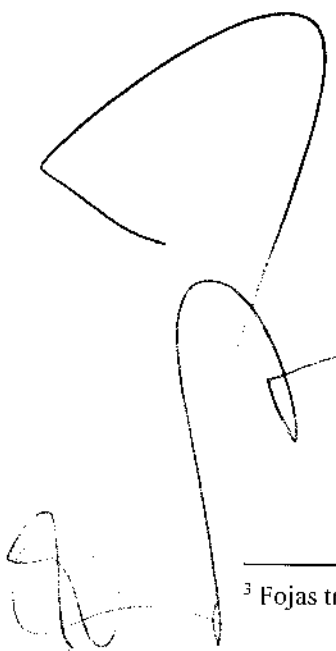
- 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.*
- 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.*

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

Art. 176-A. Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

[...]



³ Fojas trescientos treinta y tres-trescientos cuarenta y cinco.



3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.

3.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS SOLICITADAS

De conformidad con la acusación fiscal, el representante del Ministerio Público, por los referidos hechos y delitos, solicitó que el acusado Samuel Huaycho Tantacuello sea sancionado con cadena perpetua, que se le requiera el pago de veinticinco mil soles por concepto de reparación civil a favor de los agraviados y que sea sometido a tratamiento terapéutico de conformidad con lo dispuesto por el artículo ciento setenta y ocho-A.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Al haberse el acusado sometido a la conclusión anticipada del juicio oral, el *ad quo* fue relevado de justificar la acreditación de los hechos materia de acusación. En lo referido al juicio de subsunción, si bien la defensa técnica al momento de alegar en el juicio oral en torno a la pena señaló que se aceptaba los hechos, pero que, no obstante, los mismos solo constituirían delito de actos contra el pudor, puesto que su patrocinado no ha penetrado a ninguno de los menores habiendo solo realizado actos de sexo por vía oral en los que besaba e introducía en su boca el pene de los menores agraviados.

Para la Sala Superior, tal hecho sí constituye delito de violación sexual, debido a que se ha realizado la conducta descrita en el tipo penal del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, porque el sujeto activo ha tenido acceso carnal por vía oral con los menores agraviados, análogamente, lo que se conoce en doctrina como "violación a la inversa". Por consiguiente, se está ante delitos de violación sexual consumados, tipificados en el artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, inciso uno y último párrafo del Código Penal, en agravio de los menores de iniciales A.A.A.Y. (seis), F.J.A.Y. (nueve) y D.J.C.A. (once); y delito de actos contra el pudor en



República del Perú
**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N.º 189-2017
JUNÍN**

menores, previsto en el artículo ciento setenta y seis-A, inciso tres, primer y último párrafo del Código Penal en agravio de los menores de iniciales B.R.A.Y. (once) y R.S.G. (doce).

En cuanto a la determinación de la pena, se tuvo en cuenta, entre otros: *i)* que el acusado Huaycho Tantacuello es una persona que ha tenido la oportunidad de desarrollarse adecuadamente en sociedad, ya que tiene estudios superiores; en cuanto a las víctimas, se advirtió que no hubo reparación espontánea de los daños que se les ha causado, que no superan los doce años y que han quedado gravemente afectados por el hecho; *ii)* que, si bien al no concurrir ninguna circunstancia genérica de agravación y al concurrir la circunstancia genérica de atenuación referida a la carencia de antecedentes penales, la pena concreta a imponer se ubicaría en el tercio inferior; lo cierto es que la pena conminada para el delito de violación sexual materia de acusación es cadena perpetua, no pudiendo, consecuentemente, establecerse tercios por tratarse de una pena intemporal; *iii)* que al haber el Tribunal Constitucional establecido que la pena de cadena perpetua es revisable, al haberse sometido el acusado a la conclusión anticipada del juicio oral y de conformidad con los principios de humanidad de las penas, proporcionalidad, razonabilidad y a los fines de readaptación y reincorporación del penado a la sociedad, debe imponerse la pena temporal de treinta y cinco años por cada delito de violación sexual; *iv)* que, respecto a los delitos de actos contra el pudor, la pena a imponer es de nueve años con dos meses por cada uno de los mismos, la cual resulta de la disminución del respectivo séptimo por conclusión anticipada del juicio oral; y *v)* que la sumatoria de penas por concurso real superaría los treinta y cinco años de pena privativa de libertad, de ahí que sea dicha pena la que debe quedar al no poderse imponer en nuestro sistema una mayor.

En lo que respecta a la reparación civil, se tuvo en cuenta que el Ministerio Público solicitó la suma de veinticinco mil soles, pretensión con la cual la parte civil expresó su acuerdo. Asimismo, se consideró la magnitud del daño ocasionado a los menores agraviados, cuyos efectos inciden directamente en su integridad física y psíquica, y los cuales van a requerir de tratamientos psicológicos prolongados para que se puedan recuperar.



SEGUNDO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

El presente pronunciamiento se circunscribe a determinar, en primer lugar, si ante una sentencia conformada condenatoria cabe que en sede de impugnación se atienda el cuestionamiento a la prueba existente sobre la responsabilidad penal del acusado conformado; y, en segundo lugar, a si la pena impuesta y el monto fijado por concepto de reparación civil deben reducirse, en atención a que los hechos materia de acusación solo configurarían delito de actos contra el pudor, mas no delito de violación sexual.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. El juicio oral constituye la fase central del proceso penal, pues permite la producción de la prueba que ha de determinar si la presunción de inocencia del acusado es desvirtuada a partir del contenido de la acusación. Rige en el mismo, de forma especial, la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria⁴. No obstante, constituye un derecho⁵, siendo posible la renuncia al mismo por parte de la persona acusada por un delito, de considerarlo conveniente.

3.2. El derecho al juicio oral, en clave material, se incumple, de forma legítima, cuando el acusado se ha sometido libre y voluntariamente a la conformidad procesal o conclusión anticipada del juicio oral.

3.3. Según el acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad⁶. Su aspecto sustancial "estriba en el reconocimiento [...] del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación

⁴ Cfr. artículo trescientos cincuenta y seis del Código Procesal Penal de dos mil cuatro (D.L. número novecientos cincuenta y siete).

⁵ Cfr. artículo 1.dos del Título Preliminar del Código Procesal Penal de dos mil cuatro (D.L. número novecientos cincuenta y siete).

⁶ Acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil cinco, párrafo sexto.



fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas y penales correspondientes⁷. Y “el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio⁸. Asimismo, “toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de pena⁹.

3.4. En tal sentido, debe señalarse que, ante una sentencia conformada condenatoria por conclusión anticipada del juicio oral, no resulta atendible el cuestionamiento –formulado en sede de impugnación– respecto a la prueba de la materialidad del delito o a la vinculación del conformado con el mismo¹⁰. Ello en tanto que el sometimiento a la conformidad procesal comunica que el acusado renuncia a sus derechos al juicio oral, prueba y presunción de inocencia, por alguna mejora respecto a su concreta situación jurídico-penal en términos de la pena a serle impuesta. Eventualmente, cabe estimar la impugnación, si se cuestiona vicios de la voluntad en la aceptación o consentimiento del hecho imputado, brindado por el conformado¹¹, como sería si, de lo actuado, se advierte que la aceptación de los cargos no puede ser calificada de espontánea y voluntaria, pues el imputado careció de una defensa efectiva, la cual lo indujo a error al proporcionarle información jurídica errada¹²; o si resulta notorio o evidente que la conformidad obedeció a una asesoría técnico-jurídica inefectiva en la

⁷ Acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil cinco, párrafo octavo.

⁸ Acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil cinco, párrafo décimo.

⁹ Acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil cinco, párrafo vigésimo segundo.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Transitoria, Ejecutoria recaída en el R.N. número tres mil cuarenta y ocho-dos mil trece-Ica, del siete de mayo de dos mil catorce, fundamento jurídico cuarto.

¹¹ Acuerdo plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil cinco, párrafo noveno.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Transitoria, Ejecutoria recaída en el R.N. número dos mil novecientos veinticinco-dos mil doce-Lima, del veinticinco de enero de dos mil trece, fundamento jurídico tercero.



medida que una actuación mínimamente diligente del abogado habría resultado significativa o determinante para el acusado¹³.

3.5. De ahí que en el presente caso –sentencia conformada condenatoria– no sea posible revisar la suficiencia de los elementos probatorios en función de que determinadas diligencias probatorias adicionales, tales como el peritaje psicológico y/o psiquiátrico al acusado Huaycho Tantacuello, darían como resultado que dicho encausado no es responsable por el delito de violación sexual. No se ha cuestionado vicio alguno de la voluntad del acusado al momento de aceptar los cargos en el procedimiento de conformidad procesal. Asimismo, del acta del juicio oral de fecha veintiocho de junio del dos mil dieciséis¹⁴, se tiene que el encausado, previa consulta con su defensor técnico, expresó aceptación de cargos. Si bien es cierto que la conformidad expresada fue respecto al delito de actos contra el pudor, no es menos cierto que en la sesión de audiencia de fecha uno de julio de dos mil dieciséis¹⁵ su abogado defensor precisó que la conformidad o aceptación de los cargos era respecto a la totalidad de los hechos materia de acusación y explicó que desde la perspectiva de la defensa los mismos solo constituían delitos de actos contra el pudor, indicando que al haber practicado su patrocinado sexo oral a los menores no ha introducido parte del cuerpo por la vía bucal o anal de los mismos; de ahí que no se configure delito de violación sexual. Por lo que no se aprecia que la asesoría técnico-jurídica brindada al encausado haya sido inefectiva o, lo que es lo mismo, que el abogado desconozca los alcances de la conformidad procesal.

3.6. Finalmente, respecto a si los hechos materia de acusación solo configuran delitos de actos contra el pudor, debe recordarse que uno de los extremos fácticos materia de conformidad procesal consistió en que el encausado practicó sexo oral a los menores de iniciales A.A.A.Y. (seis), F.J.A.Y. (nueve) y D.J.C.A. (once), al introducir en su cavidad bucal los penes de los referidos menores en distintos momentos. El asunto en

¹³ Cfr. Corte Suprema Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Ejecutoria recaída en el R.N. número dos mil ochenta y tres-dos mil quince-Lima, del diecisiete de enero de dos mil diecisiete, fundamento jurídico seis punto dos punto ocho.

¹⁴ Folios trescientos setenta y siete a trescientos setenta y nueve.

¹⁵ Folios trescientos noventa a trescientos noventa y cuatro.



cuestión conlleva a abordar si la referida práctica de sexo oral (más propiamente, felación) constituye delito de violación sexual de menor de edad.

3.7. Sobre el particular, en la Ejecutoria Suprema recaída en R.N. número doscientos tres-dos mil ocho, de fecha tres de julio de dos mil ocho, fundamentos jurídicos segundo y cuarto, se consideró que la conducta del agente consistente en la práctica del acto sexual vía bucal succionando los miembros viriles de menores de doce, once y nueve años edad constituye delito de violación sexual de menor de edad.

3.8. Asimismo, en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. número cuatro mil veintinueve-dos mil trece, de fecha veintiuno de octubre de dos mil catorce, fundamentos jurídicos cuarto y quinto, se indicó lo siguiente:

"Se debe precisar que si bien [en] el delito de violación sexual de menor de edad y en el caso concreto respecto a la 'violación a la inversa' –en tanto fue el agente quien practicó el acto sexual vía bucal al menor–, se diría que a primera vista solo se considera autor a aquel que accede carnalmente a otro; no obstante, interpretada la norma penal de forma teleológica, no puede ser comprendida desde su acepción usual, sino que el plano normativo implica un entendimiento distinto una vez que los conceptos son trasladados al campo jurídico. En ese sentido, se debe entender que el mensaje no se restringe a que no se puede acceder carnalmente a alguien sino también, de involucrarlo en un acto sexual, interpretación que no significa una vulneración al principio de legalidad, en la medida que se trata de entendimientos normativos sostenidos por la axiología que persigue el Derecho Penal [...]. [...] Se debe tener en cuenta que para la configuración del delito de violación sexual de menor de edad, son indiferentes los medios utilizados por el autor para la realización del delito (esto es, violencia física, amenaza, engaño, etcétera) [...]"

3.9. Por otro lado, se advierte que la jurisprudencia española del Tribunal Supremo en lo Penal hizo referencia al asunto sub examine en el Pleno no Jurisdiccional de la Segunda Sala, adoptado en reunión de fecha veinticinco de mayo del dos mil cinco, acordándose, por unanimidad, respecto al concepto de "acceso carnal" que es equivalente "acceder carnalmente" a "hacerse acceder". En tal sentido, a partir del referido Pleno constituye doctrina en el Tribunal Supremo Español (SSTS novecientos nueve/dos mil cinco de fecha ocho de julio, cuatrocientos setenta y seis/dos mil seis de fecha dos de mayo, mil doscientos noventa y cinco/dos mil seis de fecha trece de diciembre, quinientos setenta y cinco/dos mil diez de fecha diez de mayo y ochocientos tres/dos mil catorce de fecha veintiocho de octubre o doscientos noventa y nueve/dos mil dieciséis de fecha once de abril) la equivalencia entre "acceder carnalmente" y



"hacerse acceder"; de lo cual se tiene que habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario) como cuando en los casos en que es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo") a introducirle el pene en la boca¹⁶.

3.10. Como se puede advertir, existe línea jurisprudencial en el sentido de interpretar que la práctica sexual de la felación activa en menor de edad –esto es, la conducta del agente consistente en introducir en su cavidad bucal el pene del menor– constituye delito de violación sexual de menor de edad. Para el "acceso carnal vía bucal" sin que medie violencia o amenaza –una de las modalidades de delito de violación sexual de menor de edad prevista expresamente en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal¹⁷–, si bien resulta indispensable la utilización del órgano sexual humano, la conducta no se configura únicamente cuando el agente –sujeto activo del delito– introduce su miembro viril en la cavidad bucal del menor (felación pasiva). El sentido normativo-valorativo del referido ilícito penal permite que el mismo se configure también cuando el agente introduce en su propia cavidad bucal el órgano sexual de la víctima. No debe soslayarse que mediante la modalidad delictiva de violación sexual de menor de edad en referencia se sanciona a quien "tiene acceso carnal por vía bucal" con un menor de edad, de lo cual se observa que para la configuración de la referida conducta delictiva los medios resultan indeterminados, pudiendo ser uno de los mismos la propia cavidad bucal del sujeto activo del delito. Esta interpretación guarda consonancia con el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual de menor con edad inferior a catorce años, esto es, la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual", ello en tanto que se sanciona la actividad sexual en sí misma,

¹⁶ Cfr. Tribunal Supremo Español. Sala de lo Penal. Sentencia recaída en el recurso de casación número novecientos ochenta y seis/dos mil dieciséis, de fecha quince de diciembre del dos mil dieciséis, fundamento de derecho séptimo.

¹⁷ El referido texto normativo importa un tipo penal complejo en la medida que comprende una pluralidad de modalidades delictivas: "acceso carnal por vía vaginal", "acceso carnal por vía anal", "acceso carnal por vía bucal", "realización de actos análogos introduciendo objetos por vía vaginal", "realización de actos análogos introduciendo partes del cuerpo vía anal", entre otras.



aunque exista tolerancia de la víctima, siendo lo protegido las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad¹⁸.

3.11. En tal sentido, es de concluir que la conducta del encausado consistente en haber realizado sexo oral a los menores de iniciales A.A.A.Y. (seis), F.J.A.Y. (nueve) y D.J.C.A. (once) sí constituye delito de violación sexual de menor de edad. De ahí que no sea atendible el cuestionamiento a la pena de cadena perpetua impuesta y, por extensión, tampoco es de recibo el agravio respecto al monto de la reparación civil fijado en la sentencia impugnada. Cabe añadir, sobre tal extremo, que la Sala Superior, al momento de cuantificar dicha consecuencia jurídica del delito, tuvo en cuenta lo señalado en el artículo noventa y tres del Código Penal, del cual se tiene que la reparación civil comprende la restitución del bien o el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios; y, asimismo, se consideró el monto por concepto de reparación civil solicitado por el representante del Ministerio Público. De ahí que el extremo de la pretensión impugnatoria referido a la reparación civil deba desestimarse.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía Suprema en lo Penal:

DECLARARON POR MAYORÍA: NO HABER NULIDAD en la sentencia conformada expedida el uno de julio del dos mil dieciséis por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín, que condenó a Samuel Huaycho Tantacuello como autor de los siguientes delitos sexuales: i) violación de menor de edad, en agravio de los menores de iniciales A.A.A.Y. (seis), F.J.A.Y. (nueve) y D.J.C.A. (once), y ii) actos contra el pudor en menor de edad en agravio de los menores de iniciales B.R.A.Y. (once) y R.S.G. (doce); imponiéndole, como tal, i) treinta y cinco años de pena privativa de libertad por cada uno de los tres delitos de violación sexual de menor de edad, y ii) nueve años de pena privativa de libertad por cada uno de los

¹⁸ Acuerdo plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil once, fundamento jurídico décimo sexto.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N.º 189-2017
JUNÍN**

delitos de actos contra el pudor de menor de edad, precisando que, como se trata de un concurso real de delitos, se le impone finalmente la pena privativa de libertad de treinta y cinco años; con lo demás que contiene.

II. MANDARON: se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS YARGAS

IASV/JICA

Ejecutoria
[Handwritten signatures]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Handwritten signature]

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

15 NOV 2017
4:45 PM



LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS, TIENE EL SENTIDO SIGUIENTE:

Lima, treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete

1. En el primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal modificado por el artículo uno de la Ley número treinta mil setenta y seis, publicada el diecinueve agosto de dos mil trece, vigente en el momento de los hechos, se precisa como conducta de violación sexual la de aquel:

[...] que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad [...].

En el *Diccionario de la Lengua Española*¹, el concepto del término acceder es: "Entrar en un lugar o pasar a él"²; de ello se entiende por acceso carnal a la introducción del miembro viril por las vías vaginal, anal o bucal, acción que debe realizar el sujeto activo para la violación³.

2. En el caso concreto, según la acusación fiscal, el recurrente besó en la boca, palpó las partes íntimas y realizó una felación (estimulación bucal del pene de las víctimas) a los menores de identidad reservada con las iniciales A. A. A. Y. (de seis años), F. J. A. Y. (de nueve años), y D. J. C. A. (de once años)⁴.

3. Tal conducta activa no constituye ni es asimilable a un caso de acceso carnal en perjuicio de los menores, puesto que la acción de acceder

¹ Fuente primaria del catálogo de significados y definiciones de las palabras del idioma castellano que delimita el concepto.

² Tercera acepción del *Diccionario de la Lengua Española* para el concepto de *acceder*. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=0K1XBn0>

³ Desde luego, los actos análogos de introducción de partes del cuerpo o elementos u objetos por las vías anal o vaginal también constituyen delito sexual.

⁴ No es posible considerar una continuidad delictiva, puesto que según los cargos la violación contra los menores de iniciales F. J. A. Y y D. J. C. A. se produjo el cinco de noviembre de dos mil catorce, mientras que para el menor de iniciales A. A. A. Y. se describe un solo hecho sin precisión temporal, cargos aceptados por el procesado y que dan origen al recurso.



(introducir o penetrar) debe ser realizada por el sujeto activo y la felación considerada delito es la succión obligada que realiza la víctima al pene del abusador; sin embargo, dichos actos no son inocuos ni intrascendentes para el Derecho Penal y constituyen actos contra el pudor de menor de edad.

4. El criterio según el cual resulta indiferente el acceder o la situación inversa (dejarse o hacerse acceder)⁵, para considerar configurado el delito de violación sexual de mayor o menor de edad, constituye una interpretación que no comparto, dado que contraviene la prohibición de analogía contra reo, expresada como principio rector en el artículo III, del Título Preliminar, del Código Penal, por ello discrepo del voto en mayoría.

5. En el caso concreto se consideró que el procesado se introdujo a la boca el pene de los menores, de ello resultaba sancionada la conducta inversa a la descrita en el tipo penal, por lo que deviene en una interpretación extensiva contra reo.

6. Aunque la calificación jurídica de los hechos fue por el delito de violación sexual de menor de edad, cabe la posibilidad de su variación conforme al artículo doscientos ochenta y cinco guion A, del Código de Procedimientos Penales, dado que se ha establecido que se produjeron actos de palpación erótica castigada como actos contra el pudor en menor de edad en el artículo ciento setenta y seis guion A, del Código Penal, existe homogeneidad del bien jurídico tutelado con el delito de actos contra el pudor y violación sexual; los hechos y pruebas no varían y el derecho de defensa del acusado se ha preservado. El camino a la aplicación de la tipificación adecuada es viable.

⁵ El tribunal español, por mayoría, consideró en el Pleno no jurisdiccional de veinticinco de mayo de dos mil cinco que es equivalente acceder a hacerse acceder, emitiéndose resoluciones al respecto. V. gr. ROJ: STS 8772/2006, con opiniones discordantes de los magistrados don José Antonio Martín Pallín y don Perfecto Andrés Ibáñez al considerar que al admitir que es igual la penetración sexual que hacerse penetrar podría ampliarse esta figura inversa a figuras penales con resultados incongruentes: hacerse robar, hacerse estafar, etc., cuyo resultado genera modalidades delictivas distintas.



7. En cuanto a la determinación de la pena, al atribuírsele cinco cargos de actos contra el pudor en menores de edad y que según el último párrafo del artículo ciento setenta y seis guion A, la sanción en el extremo mínimo para el delito agravado es no menor de diez años de privación de la libertad por cada hecho, la pena concreta a imponer por cada uno de los cargos de actos contra el pudor debe ser la impuesta para los otros dos actos contra el pudor también en menores de edad, esto es, nueve años de privación de la libertad, que resulta luego de la reducción pertinente por el beneficio derivado de su aceptación de cargos al inicio del proceso, las que si fueran sumadas darían un total de cuarenta y cinco años de privación de la libertad, sanción que en cumplimiento a lo establecido en el artículo cincuenta del Código Penal es inaplicable en el Perú, por lo que debe ser reducida a treinta y cinco años.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **MI VOTO ES** porque: **1.** Se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de uno de julio de dos mil quince, en la parte que condenó a don Samuel Huaycho Tantacuello como autor de los delitos de violación sexual de los menores de edad anonimizados con las iniciales A. A. A. Y., F. J. A. Y., y D. J. C. A., de seis, nueve y once años de edad respectivamente. **2. SE ADECUE** por desvinculación los hechos calificados como violación de menor al tipo penal de actos contra el pudor en menor de edad descritos en el inciso uno y tres, y el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis guion A, del Código Penal con la circunstancia agravante del último párrafo, del artículo ciento setenta y seis guion A. **3. SE REFORME** y se declare a don Samuel Huaycho Tantacuello autor de tres delitos de actos contra el pudor, delito previsto en el inciso uno y tres, del primer párrafo, del artículo ciento setenta y seis



República del Perú
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 189-2017
JUNÍN**

guion A del Código Penal con la circunstancia agravante de autoridad sobre la víctima del último párrafo del mencionado artículo, en agravio de los niños con identidad reservada con las iniciales A. A. A. Y., F. J. A. Y., D. J. C. A., y se le impongan nueve años de privación de la libertad por cada delito, las que sumadas a las penas impuestas por los otros dos delitos de actos contra el pudor atribuidos y según las reglas del concurso real resulta la pena total de treinta y cinco años de privación de la libertad. No haber nulidad en lo demás. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema.

S. S.

SALAS ARENAS

15 NOV 2017
4:45 PM

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA