



DETERMINACIÓN DE LA PENA.

En la determinación de la pena, no se observó el principio de congruencia, se rebasó la pretensión fiscal, al incorporarse una circunstancia genérica no postulada por la fiscalía que agravó la pena impuesta al sentenciado, se privó al sentenciado el derecho a la contradicción, esto es, el derecho de defensa. En esa perspectiva, procede corregir esta incongruencia *ultra petita*, en la dosificación de la pena impuesta al sentenciado.

Lima, nueve de mayo de dos mil veintitrés

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Carlos Alberto Mija Ruiz contra la sentencia de vista del nueve de septiembre de dos mil veintiuno (folios 390-395), emitida por la Sexta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia (folios 317-325) del diecinueve de abril de dos mil veintiuno, que lo condenó como autor del delito de actos de connotación sexual o actos libidinosos, en agravio del menor identificado con la Clave N.º 51-2020, y fijó en quince mil soles el monto de reparación civil que deberá abonar a favor de este; y la revocó en el extremo del quantum de la pena impuesta de quince años de pena privativa de libertad, reformándola le impuso veintidós años, la misma que vencerá el veintisiete de julio de dos mil cuarenta y dos; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo Cotrina Miñano.

I. PRETENSIONES DE LAS PARTES

Requerimiento acusatorio

1.1. La fiscalía le atribuye al acusado Carlos Alberto Mija Ruiz, la comisión del delito contra la libertad–violación de la libertad sexual, tocamiento, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio del menor identificado con las iniciales M. C. A. (9 años), previsto en el artículo 176-A del Código Penal, vigente al momento de los hechos¹, por lo siguiente:

Con fecha 28 de julio de 2020, a las 15:00 horas aproximadamente, en circunstancias que el menor agraviado se encontraba con sus hermanos menores de edad en su vivienda ubicada en jirón Amazonas Mz. Q, lote 9-Lima, recibió al procesado, quien acudió a dicho inmueble debido a que le había prometido que lo visitaría, es así que percatándose de la ausencia de sus padres y que el menor se le había acercado al lavadero a pedirle le compre una carcasa de *tablet*, instantes que el acusado aprovechó para jalar del brazo al menor, le hizo ingresar al baño ubicado al lado del lavadero, luego cerró con seguro la puerta del mismo, le bajó su *short*, lo inclinó en el inodoro, se bajó el cierre de su bragueta del pantalón, y procedió a besar y frotar su miembro viril en las nalgas del menor, para luego subirle el *short* y retirarlo del baño; hechos que fueron divisados por la hermana del menor, quien llamó de inmediato a su madre, la misma que se apersonó a su vivienda y encaró al imputado solicitando el apoyo policial.

Fundamentos de la sentencia de vista impugnada.

1.2. En la sentencia de vista se argumentó lo siguiente:

a) La sentencia de primera instancia impugnada se encuentra motivada adecuadamente, se han valorado los elementos probatorios bajo la sana crítica y expresa la justificación del fallo condenatorio. No se

¹ Modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30838, publicada el 4 de agosto de 2018.



vulneró el derecho de defensa ni, en general, el debido proceso. Desestimándose los agravios de la defensa del sentenciado. [FJ. 5.8]

b) Sobre la determinación de la pena. Se ha tenido en cuenta lo establecido en los artículos 45 y 46 del Código Penal, se determinó la pena concreta como el extremo máximo de la sanción prevista en el artículo 176-A el citado código, 15 años de pena privativa de libertad, por la calidad de reincidente del sentenciado, y se omitió aplicar la agravante genérica prevista en el literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal. Por lo tanto, el extremo mínimo del delito, que era el máximo del delito, sería de 15 años y el extremo máximo 25 años (sumatoria de 15 años, máximo legal, más 10 años, dos tercios del máximo legal, siendo este el nuevo marco conminatorio de la pena, espacio donde ha de determinarse la sanción punitiva).

c) El persecutor público sostiene que se tomó en cuenta la agravante genérica prevista en el literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal. En efecto es amparable el agravio, por lo que corresponde incrementar la sanción penal teniendo como base que el espacio punitivo se encuentra dentro del tercio superior. Tomando en consideración el principio de proporcionalidad, la pena que le corresponde al sentenciado es 22 años al concurrir una agravante genérica. Se debe incrementar la pena y amparar parcialmente el agravio. [FJ 5.9]

Expresión de agravios

1.3. La defensa técnica del sentenciado Carlos Alberto Mija Ruiz, al fundamentar su recurso de nulidad (fojas 402-418) contra la sentencia de vista (fojas 390-395), sostiene lo siguiente:

Al determinarse la pena impuesta, no se aplicó los principios de proporcionalidad pues esta resultó elevada al caso concreto; asimismo, el extremo de la aplicación del literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal contraviene el dictamen acusatorio pues dicha agravante genérica, no fue incorporada en la misma, recién fue solicitado por el fiscal en su recurso de apelación y fue amparado por el colegiado, lo que afecta el derecho de defensa del recurrente pues existe una variación entre la acusación y la resolución de vista.

Dictamen de la Fiscalía Suprema de Familia

1.4. El fiscal supremo de familia opina que se declare no haber nulidad en la sentencia de vista porque dada la presencia de una agravante genérica, esto es, que el hecho típico se haya producido en la vivienda del menor, indica una mayor antijuridicidad de la conducta. Siendo así lo alegado por el recurrente en este extremo, no resulta de recibo.

II. CONSIDERACIONES

Delimitación de la pretensión impugnatoria

2.1. En la sentencia de vista, materia del recurso de nulidad, concedido vía queja excepcional, se confirmó la sentencia de primera instancia, del 19 de abril de 2021, que condena a Carlos Alberto Mija Ruiz, como autor del delito de actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, en agravio del menor identificado con Clave N.º 51-2020. Se revocó el extremo del *quantum* de la pena impuesta 15 años de pena privativa de libertad; y reformándola le impusieron al sentenciado 22 años de pena privativa de libertad.

2.2. La defensa del sentenciado interpuso recurso de queja excepcional contra la resolución que declaró improcedente el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de vista; que fue declarada fundada



mediante la ejecutoria suprema, del trece de abril de dos mil veintidós, Queja Excepcional N.º 407-2021/Lima, y dispuso se conceda el recurso de nulidad, solamente en el extremo de la determinación de la pena impuesta, específicamente la aplicación de la circunstancias agravante genérica prevista en el literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal. Por tanto, como límite de la pretensión recursal solo corresponde examinar la determinación de la pena en la que se aplicó esa agravante genérica.

Análisis de la controversia

2.3. Mediante sentencia de primera instancia, de folios 317 a 325, se condenó al acusado Carlos Alberto por el delito de actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, en agravio del menor con Clave N.º 51-2020 a 15 años de pena privativa de libertad, al haberse probado que el sentenciado realizó tocamientos lúbricos y frotaciones en la zona íntima del menor, consistentes en sobar con su miembro viril, besar y lamer las nalgas del menor agraviado de nueve años. Sobre la pena, el hecho se subsume en el artículo 176-A del Código Penal, que sanciona el delito con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de quince años y como el sentenciado tiene la condición de reincidente, según el certificado de antecedentes penales, de folio 79, se le impone 15 años de pena privativa de libertad.

2.4. En la sentencia de vista, se confirmó la condena y se revocó la pena impuesta e incrementó a 22 años de pena privativa de libertad, a mérito de la apelación del Ministerio Público, se argumentó que no se tomó en cuenta la agravante genérica prevista en el literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal (ejecutar la conducta punible aprovechando la circunstancia del lugar —en este caso en la vivienda de la víctima—), siendo amparable el agravio, para incrementar la sanción, teniendo como base que el espacio punitivo se encuentra dentro del tercio superior, por el principio de proporcionalidad, en atención que solo concurrió una circunstancia agravante.

2.5. La defensa del sentenciado impugnante en su recurso de nulidad (fojas 402 a 418), cuestiona la justificación del incremento de la pena impuesta al sentenciado, por haberse aplicado la agravante genérica no incorporada en su dictamen acusatorio. Sobre este agravio, de la revisión de los actuados, se verifica que el fiscal, en la acusación fiscal, solicitó la sanción de 25 años de pena privativa de libertad, por la concurrencia de la agravante de reincidencia del sentenciado; pero no solicitó la aplicación de la circunstancia agravante genérica, prevista en el literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal, que incidió en la pena impuesta, al ubicarse con esta agravante genérica en el tercio superior del espacio punitivo de 15 a 25 años, con lo que se justificó la pena impuesta de 22 años de privación de libertad del sentenciado.

2.6. El inciso 1 del artículo 285-A del Código de Procedimiento Penales, que regula el principio de congruencia, prescribe que la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación. Bajo esta premisa normativa, “El juez no puede, desde esta perspectiva, sin introducir la tesis alternativa, condenar por infracciones que no han sido objeto de acusación y debate, o por un delito más grave que aquel por el que se acusó, o distinto de este (salvo que ambos guarden



relación de homogeneidad) o aplicando circunstancias agravantes —cualificadas, genéricas o específicas— o subtipos agravados no incoados por la acusación”².

2.7. El delito materia de la condena impuesta al sentenciado, previsto en el artículo 176-A del Código Penal, prevé una pena no menor de 9 ni mayor de 15 años de privación de libertad. En la sentencia de primera instancia, se aplicó la circunstancia cualificada de reincidencia del sentenciado y se determinó una pena no menor de 15 ni mayor de 25 años, por el aumento de la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para ese tipo penal, y por último se fijó la pena en su extremo mínimo. Sin embargo, en la sentencia de vista, sorpresivamente se incorporó la circunstancia agravante genérica prevista en el literal f del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal, no postulada por el representante del Ministerio Público, en la acusación fiscal, y fijó la pena, en 22 años de pena privativa de libertad, dentro del tercio superior.

2.8. En esta determinación de la pena, no se observó el principio de congruencia, se rebasó la pretensión fiscal, al incorporarse una circunstancia genérica no postulada por la fiscalía que agravó la pena impuesta al sentenciado, se privó al sentenciado el derecho a la contradicción, esto es, el derecho de defensa. En esa perspectiva, corrigiendo esta incongruencia *ultra petita*, en la dosificación de la pena se aprecia que, en la sentencia de primera instancia, en este extremo, se aplicó solo la agravante cualificada de reincidencia, postulada por el Ministerio Público, y se determinó la pena concreta en el extremo mínimo de 15 años de privación de libertad, conforme al espacio punitivo fijado. Por consiguiente, corresponde imponer esta pena y no la fijada en la sentencia de vista, la misma que debe modificarse.

Sobre la reparación integral de la víctima

2.9. Cabe indicar que la víctima tiene el derecho de obtener una reparación integral por el daño que generó la comisión del delito, que no se limita a la compensación económica impuesta al sentenciado, conforme ya se fijó en la sentencia de mérito, sino también comprende necesariamente la recuperación psicológica por el hecho delictivo en su agravio, por consiguiente en aplicación del artículo 38 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “*El niño o el adolescente víctima de maltrato físico, psicológico o de violencia sexual merecen que se les brinde atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. El servicio está a cargo del sector salud. Estos programas deberán incluir a la familia*”, concordante con el artículo 20 de la Ley N.º 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que prescribe: “[...] *En caso de que se trate de una sentencia condenatoria y cuando corresponda, contiene: [...] 2. el tratamiento terapéutico a favor de la víctima. [...]*”; resulta atendible disponer que se le brinde el tratamiento psicológico a cargo del Ministerio de Salud de la jurisdicción del domicilio del menor agraviado, bajo la supervisión del juez de ejecución. En ese sentido, se debe integrar la sentencia, en este extremo, de conformidad con las facultades contempladas en el segundo párrafo del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales.

² [STSE 806/2008. Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho procesal penal*. Cita del Recurso de Casación N.º 675-2018/San Martín]



III. DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas de esta Sala Suprema acordaron:

1. **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista, **en el extremo que revocó el *quantum* de la pena impuesta a Carlos Alberto Mija Ruiz** de quince años y reformándola le impusieron veintidós años; y **REFORMÁNDOLA**, se confirma el *quantum* de **QUINCE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** impuesta en la **sentencia de primera instancia** del diecinueve de abril de dos mil veintiuno, con lo demás que contiene en este extremo.
2. **INTEGRAR** la referida sentencia en cuanto **SE DISPONE** que el personal especializado del Sector Salud de Lima (o donde ahora resida el agraviado), le brinde tratamiento psicológico (de ser el caso a su familia) integral; para el efecto, en ejecución de sentencia se debe remitir el oficio pertinente a la Dirección Regional de Salud con copia de esta sentencia y la de primera instancia.
3. **DISPONER** se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino el juez supremo Cotrina Miñano, por licencia del juez supremo Guerrero López

S. S.

BARRIOS ALVARADO

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

COTRINA MIÑANO

WRCM/jelch