RECALIFICACIÓN DEL TIPO PENAL A FAVOR DEL REO

La imputación fáctica delimita el pronunciamiento del juzgador, sin embargo, si en la investigación y juicio oral se determina que se concretó un tipo penal distinto de similar naturaleza, quedará a facultad del juzgador realizar la recalificación jurídica, siempre que esta resulte favorable al reo.

Lima, veinte de julio de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad[1] interpuesto por la fiscal de la Primera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal del Santa, contra la sentencia del siete de mayo de dos mil diecinueve[2], expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, que resolvió:

a) Adecuar la calificación jurídica asignada de violación sexual de menor de seis años prevista en el artículo 173.1 y el último párrafo, del mismo numeral, del Código Penal, a la de actos contra el pudor en su forma de tocamientos indebidos de menor de seis años, previsto en el artículo 176-A inciso 1 y último párrafo del Código Penal.

b) Condenar a Simón Huanca León como autor del delito de actos contra el pudor – tocamientos indebidos de menor de seis años, previsto en el artículo 176-A inciso 1 y último párrafo del Código Penal, en agravio de la menor identificada con las iniciales N. N. H. Q., impuso doce años de privación de libertad, y fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación civil pagará a favor de la parte agraviada; con lo demás que contiene.

Con lo expuesto por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

[1] Cfr. folios 509 a 520.
[2] Cfr. folios 484-A a 503.

CONSIDERANDO

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Primero. La recurrente solicita se corrija la decisión y se declare la nulidad de la sentencia al haberse incurrido en las causas previstas en los numerales 1 y 3, del artículo 298, del Código de Procedimientos Penales, sobre la base de los siguientes fundamentos:

1.1. La Sala Superior adecuó el tipo penal de violación sexual de menor al de actos contra el pudor de menor, haciendo referencia a que el certificado médico legal solo reveló desgarro himeneal y por tanto no ocurrió el *introito penis*, además porque el acusado Simón Huanca León solo reconoció tocamientos y el sentenciado Luis Alberto Pareja Vargas de igual forma solo reconoció tocamientos; sin que en ninguna de estas afirmaciones se tuviera en cuenta el contexto en que se tomó conocimiento de los hechos suscitados el once de abril de dos mil diez, en el que la madre de la víctima retornó a Casma y la agraviada le contó que "Luis" le bajaba el calzón y le sobaba el pene en la vagina, la cual también besaba, razón por la que acudió a la comisaría a denunciar, para posteriormente enterarse por la menor que también su papito "coco" esperaba que se durmieran sus hermanos para sobar el pene en su vagina y hacerle doler, lo que sucedió dos o tres veces, revelándose en el examen médico legal realizado el catorce de abril de dos mil diez: 1) lesiones tipo vesículas y úlceras en labios mayores y mucosa en labios menores; 2) himen con desgarro antiguo completo a horas IX, concluyéndose en desfloración antigua, lesiones compatibles a infección de transmisión sexual.

1.2. En segundo lugar, no se tomó en cuenta cuando se adecuó el tipo penal, el periodo que estuvo la menor en Casma (diez de febrero a diez de abril de dos mil diez), que es un claro indicio que dicho suceso se suscitó en el señalado periodo de tiempo.

1.3. La posición del Colegiado Superior respecto a que "se descarta anatómicamente imposible el coito en una menor de 6 años", debió tomar en cuenta que la agraviada ya contaba con más edad y además que en

la violación no necesariamente existe una penetración completa, pues basta que se intente romper la membrana himeneal al intentar penetrarla para que se configure el delito de violación sexual en grado de tentativa, o en otro caso cuando se rompe la membrana cuando el pene está ingresando.

1.4. Partiendo de lo que se dice en la propia sentencia respecto a que existen otro tipo de lesiones genitales traumáticas relevantes como los desgarros y las contusiones vulvares causadas por maniobras de frotamientos, tocamientos o intento de penetración, tampoco se ha tomado en cuenta que necesariamente para producirse un desgarro tuvo que haber un intento de coito, lo que se corrobora con lo señalado por la menor a su madre "sobó con su pene y me hizo doler".

1.5. No se tuvo en cuenta que los actos están marcados de una alta connotación sexual, en los que el abuelo de la menor (encausado Simón Huanca) frotaba el pene en la vagina de la víctima; incluso revelándose que el imputado y la agraviada se encontraban desnudos en la cama de la habitación del imputado, la cual aseguraba con llave.

1.6. No se comparte la conclusión respecto a que la fricción produjo el desgarro, sino que fue un intento de penetración, pues la frotación se realiza por encima y el himen se encuentra ubicado en posición intravaginal rodeada y protegida por labios mayores y labios menores, más aún si la anatomía de seis años no permitía alcanzarla con una simple frotación sino con un intento de penetración, tanto más que no coincide con lo revelado por el acusado, quien reconoció que se frotó pero lo hizo "con delicadeza" tentado por el diablo y además que esta confesión la hizo cuando fue a Lima pretendiendo llevarse a la menor para que siga estudiando en Casma, es decir, que lejos de arrepentirse tenía intención de seguir vejando a su nieta.

1.7. Tampoco se puede descartar el intento de violación cuando la menor refiere que el frotamiento le produjo dolor, y también porque después de tres meses la agraviada presentaba una enfermedad de transmisión sexual, solo pidiendo perdón el imputado.

1.8. El tipo penal de actos contra el pudor sanciona todas aquellas acciones corporales de aproximación o tocamiento, no inclusivas del acceso carnal, ni encaminadas a este, realizadas sobre el cuerpo de otra persona objetivamente apta para ofender su honestidad o pudor y no consentidas libremente por estas. En el caso en concreto se trataron de actos inclusivos de acceso carnal que generaron un desgarro himeneal completo en la menor, al contacto con el miembro viril.

II. HECHOS

Segundo. Conforme a la acusación fiscal[3], se incrimina al acusado Simón Huanca León haber ultrajado sexualmente a la menor con las iniciales N. N. H. Q. (06 años), en varias oportunidades en la ciudad de Casma, durante los meses de febrero a abril del año dos mil diez.

Los hechos se habrían producido en circunstancias que la madre de la menor de nombre Kelly Jenny Quispe Contreras, por la confianza que existía con el procesado —abuelo de la víctima— dejaba a sus menores hijos, incluida la menor agraviada, a su cuidado, con la finalidad de dirigirse a su trabajo e incluso los dejaba en las noches para pernoctar.

La cercanía familiar y la confianza depositada en el procesado, fue aprovechada por este para abusar sexualmente de la menor con las iniciales N. N. H. Q. de seis años de edad.

III. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Tercero. Mediante Dictamen N.° 825-2019-MP-FN-SFSP[4], la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar **haber nulidad** en la recurrida, por vulneración al derecho a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales, y por ende a la garantía del debido proceso, ya que no correspondía la adecuación del delito de violación sexual al de actos contra el pudor, por lo que deberá realizarse un nuevo juzgamiento oral.

[3] Cfr. folios 207 y 208.
[4] Cfr. folios 26 a 42 del cuadernillo formado en esta instancia.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Control formal

Cuarto. La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública del siete de mayo de dos mil diecinueve[5], en cuya diligencia la fiscal interpuso recurso de nulidad, el cual fundamentó el diecisiete de mayo del señalado año, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

Análisis de fondo

Quinto. Es pertinente establecer que este Supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el recurso de nulidad, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales[6] (principio conocido como *tantum apellatum quantum devollutum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión, está delimitada objetiva y subjetivamente, precisamente por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

Sexto. En cuanto al recurso, la totalidad de agravios propuestos por el Ministerio Público redundan en que en el caso en concreto se produjo un acto de violación sexual de menor, en tanto se acreditó que la víctima presentaba desgarro himeneal completo y porque según narró la madre de la agraviada, la menor le contó que el imputado realizó frotamientos con el miembro viril en su parte íntima, que le causaron "dolor", no tratándose por tanto solo de acciones corporales de aproximación o tocamiento.

Séptimo. Ahora bien, la base del Colegiado Superior para la recalificación al delito de actos contra el pudor, como dijo la fiscal recurrente, se sustentó esencialmente en tres aspectos: **a)** el artículo "Evaluación médico-legal del abuso sexual infantil. Revisión y actualización", publicado por H. Rodríguez-

---

[5] Cfr. folios 506 y 507.

[6] **Artículo 300. Ámbito del recurso de nulidad**
1. Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.

Almada, a través de un sitio web (en la recurrida se cita en enlace web), en el que se afirma entre otros, que el coito es anatómicamente imposible en las niñas menores de seis años (ver fundamento 20 de la recurrida); **b)** el desgarro que presentaba la víctima se produjo por fricción al momento que el acusado realizara frotamientos en la vagina; y, **c)** si bien el desgarro se pudo ocasionar por el "intento de penetración", lo cual daría lugar a una tentativa, sin embargo, el imputado tuvo control de la situación y no se acreditó que hubiera una interrupción en el proceso de introducción.

Octavo. Para analizar los agravios es pertinente verificar el contenido del Certificado Médico Legal N.° 008460-IS, del catorce de abril de dos mil diez (ver folio 31) practicado a la víctima, a efecto de corroborar lo señalado por la fiscal recurrente. Así, se puede apreciar las siguientes aseveraciones:

> **LOS PERITOS QUE SUSCRIBEN CERTIFICAN**
>
> **AL EXAMEN MÉDICO PRESENTA:**
>
> INTEGRIDAD FÍSICA:
>
> NO PRESENTA HUELLAS DE LESIONES TRAUMÁTICAS RECIENTES EN AREA PARA Y EXTRAGENITAL.
>
> INTEGRIDAD SEXUAL:
>
> POSICIÓN GINECOLÓGICA
>
> LESIONES TIPO VESÍCULAS Y ÚLCERAS EN LABIOS MAYORES Y MUCOSA DE LABIOS MENORES.
>
> **HIMEN: DESGARRO ANTIGUO COMPLETO A HORAS IX.**
>
> POSICIÓN GENUPECTORAL:
>
> ANO: EFINTER EUTÓNICO, PLIEGUES PERIANALES CONSERVADOS, NO LESIONES.
>
> **CONCLUSIONES:**
>
> **DESFLORACIÓN ANTIGUA.**
>
> LESIONES GENITALES COMPATIBLES A INFECCIÓN DE TRANSMISIÓN SEXUAL.
>
> NO SIGNOS DE ACTOS CONTRA NATURA.
>
> NO REQUIERE INCAPACIDAD. [Resaltado y subrayado agregado]

Noveno. Según la Guía Médico Legal de Evaluación Física de la integridad sexual del Ministerio Público, el término desfloración es conceptualizado como:

> […] la primera ruptura del himen, que se evidencia con la presencia de desgarro(s). El desgarro himeneal es una solución de continuidad, única o múltiple, que puede ser de tipo incompleto (no llega a su base de implantación) o completo cuando llega al borde de implantación o inserción. Los desgarros himeneales son fácilmente detectados en su fase reciente, pudiendo ser ocasionados por diversas causas: coito, maniobras onanistas, traumáticas y patológicas […].

Asimismo, conceptualiza al desgarro antiguo como:

> […] aquellos cicatrizados y/o resueltos. La evolución normal de un desgarro himeneal presenta una cicatrización de los colgajos himeneales, en promedio a los 7 a 10 días de haberse producido el suceso, teniendo en cuenta algunos casos aislados que podrían alterar el curso normal de cicatrización de existir alguna patología preexistente o concausa sobre allegada. En tal sentido, cuando existan desgarros resueltos o cicatrizados, sin signos vitales perilesionales himeneales, correspondería a un desgarro antiguo y se concluirá como desfloración antigua […].

Décimo. Teniendo claros estos conceptos forenses, no cabe duda para este Tribunal Supremo que la víctima fue vejada en su indemnidad sexual a sus cortos seis años, no cabe interpretación distinta al respecto.

En consecuencia, estando al presente resultado, es pertinente verificar, de acuerdo a la prueba válidamente introducida a juicio, si dicho acto es atribuible al encausado.

Decimoprimero. La fiscal hizo referencia a la forma en cómo se tomó conocimiento de los hechos y lo declarado por la madre de la víctima, doña Kelly Jenny Quispe Contreras, quien manifestó que la menor le indicó que cuando se quedó junto a sus hermanos a cuidado del imputado, a quien le decía "papito coco", este esperó que se durmieran sus hermanos para bajarle la ropa interior y sobarle con el pene, lo que le hizo "doler" (ver folios 7 a 10).

Aunque este testimonio resulta un grave indicio que vincularía al recurrente con el ilícito imputado de violación sexual de menor, sin embargo, al verificar el testimonio de la víctima en Cámara Gesell (folios 19 a 23), esta solo hizo referencia a lo siguiente: "mi abuelito Coco me manoseó en mi vagina", "mi abuelito me bajó mi pantalón y me besó con su pene en su casa de Beto, lo puso en mi partecita encimita no más", "me ha tocado cinco veces, me agarraba acá con su mano (señala su vagina)". Tal como se puede notar, la

señalada víctima, aunque revela la aproximación de índole sexual de parte del imputado no revela mayores detalles, menos lo refirió su señora madre.

Decimosegundo. Otro aspecto relevante, es que la menor se mostró renuente a seguir contando hechos cuando notó que se le estaba viendo a través de un espejo en la Cámara Gesell, sobre todo respecto a la imputación contra un segundo agresor sexual. Es precisamente este último dato, lo que genera duda con relación a que el ahora imputado Huanca León haya logrado consumar el hecho, toda vez que el relato de la víctima incluye a un segundo agresor, lo que incluso podría hacer pensar hasta la presencia de un tercer agresor.

Decimotercero. Son estas razones las que no generan certeza respecto a la consumación del acto sexual por parte del encausado, no quedando duda de otro lado que este realizó sobre la menor, frotamientos y tocamientos indebidos de índole sexual, hecho reconocido por el imputado Huanca León ante la madre de la víctima y ante el Colegiado Superior en juicio oral.

Decimocuarto. En atención a los fundamentos señalados, pese a que como refiere el Ministerio Público existe certeza de violación sexual consumada, no obstante, no obra prueba suficiente que acredite que el imputado Huanca León sea el autor; en ese sentido, la recalificación realizada por el Colegiado Superior sobre la base del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales[7] fue correcta y por tanto debe quedar firme.

[7] **Artículo 285-A. Sentencia y acusación. Modificación de la calificación penal.**
1. La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283.
2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso —si resultara pertinente y necesario— a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267.
(…)

DECISIÓN

Por estos fundamentos **ACORDARON**:

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia del siete de mayo de dos mil diecinueve, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, que resolvió:

a) Adecuar la calificación jurídica asignada de violación sexual de menor de seis años prevista en el artículo 173.1 y el último párrafo, del mismo numeral, del Código Penal, a la de actos contra el pudor en su forma de tocamientos indebidos de menor de seis años, previsto en el artículo 176-A inciso 1 y último párrafo del Código Penal.

b) Condenar a Simón Huanca León como autor del delito de actos contra el pudor – tocamientos indebidos de menor de seis años, previsto en el artículo 176-A inciso 1 y último párrafo del Código Penal, en agravio de la menor identificada con las iniciales N. N. H. Q., impuso doce años de privación de libertad, y fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación civil pagará a favor de la parte agraviada; con lo demás que contiene.

II. DISPUSIERON se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

GL/gc