

Sumilla. Determinación de la pena en casos de tentativa.

i) La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada. ii) La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registran expresamente la concurrencia de estas para su aplicación. iii) La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “*El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena*” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS y OÍDOS: los recursos de casación interpuestos por **Erick Carlos Cruz Peláez** y la representante de la **Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa** contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró **FUNDADO** en parte el recurso de apelación interpuesto por Erick Carlos Cruz Peláez y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la sentencia de primera instancia que condenó a Cruz Peláez como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Elevada la causa a este Supremo Tribunal, y cumplido con el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad para obrar, se expidió el auto de calificación el diez de noviembre de dos mil diecisiete –cfr. folios cuarenta y uno a cuarenta y nueve del cuaderno de casación–, que

declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos tanto por el ahora sentenciado –para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial– como por la representante del Ministerio Público, por la causa prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal –La sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación–.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

El sentenciado interpuso su recurso de casación alegando la configuración de una errónea interpretación e indebida aplicación de la norma penal, en específico, el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, concordado con el artículo dieciséis de la misma norma, que determinó que se le impusiera una pena mayor a la que correspondería por haberse cometido en grado de tentativa el delito de violación sexual de persona menor de catorce años de edad.

La representante del Ministerio Público alegó la inadecuada motivación de la sentencia de vista, toda vez que el Tribunal Superior no valoró en conjunto todas las pruebas presentadas –valoración aislada de pronunciamientos médicos–, lo que determinó que se concluyera que se trataba de un acto tentado y, en consecuencia, se realizó un análisis de dosificación de pena errado, conllevando a una errónea interpretación al considerar a la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada –numeral tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, cuando la norma no lo prevé así.

TERCERO. IMPUTACIÓN

3.1. FÁCTICA

A Erick Carlos Cruz Peláez se le atribuyen dos hechos que configuran tanto el delito de actos contra el pudor como el de violación sexual de menor de edad en agrado de tentativa, en perjuicio de la menor de doce años de edad, de identidad reservada, con las iniciales J. J. S. A. El imputado es tío materno de la menor agraviada y estudiante de la escuela de la Policía Nacional del Perú. Así:

- **Respecto al delito de actos contra el pudor.** En el año dos mil trece, cuando la menor agraviada contaba con nueve años de edad, el imputado, en el interior del inmueble ubicado en Villa Continental, manzana O, distrito de Cayma, lugar en el que residía la menor agraviada, en diversas oportunidades, efectuó tocamientos indebidos en los senos y vagina de la menor por debajo de la ropa, conforme esta lo narra en la entrevista única de cámara Gesell, quien indicó: “Me tocaba mis pechos y mi parte genital por debajo de la ropa”. La menor precisó que su tío vivía a una cuadra y media de su domicilio.

- **Respecto al delito de violación sexual.** El veintinueve de mayo de dos mil dieciséis, cuando la menor contaba con doce años de edad, al promediar las veintidós horas con cuarenta minutos, aproximadamente, imputado se personó al inmueble ubicado en la asociación Villa Continental, manzana O, lote cuatro, distrito de Cayma. Tocó la puerta y le indicó a la menor que su madre lo había enviado para llevar un biberón y frazada para su hermano menor. Entonces empujó a la menor agraviada a la cama, tapándole la boca. Se echó encima de ella, le bajó su pantalón e introdujo su pene dentro de la vagina de la agraviada, mientras esta lo pateaba. En esos instantes ingresó el menor Gean Carlos Aicatuero, quien indicó: “Ingresé al cuarto y la luz y la tele estaban prendidas, es así que vi a mi primo encima de la menor agraviada, abriéndole las piernas y con el antebrazo izquierdo le tapaba la boca y con el derecho le impedía moverse y se movía encima de ella. Siendo que el denunciado se paró y su correa estaba suelta y el broche del pantalón abierto”.

CUARTO. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- La representante del Ministerio Público impugnó únicamente el extremo referido a la variación de la calificación del hecho de un tipo consumado a uno tentado, en la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad. Por tanto, la absolución por la presunta comisión del delito de actos contra el pudor quedó firme. En ese sentido, constituye únicamente el objeto del debate la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad.
- El procesado ha expresado conformidad respecto a los hechos por tentativa de violación sexual. Afirmó que no hubo penetración y, por ello, pretende la reducción de su sanción. Con tal declaración, el ámbito de pronunciamiento se producirá en dos aspectos: i) si fue correcta la recalificación efectuada por la Sala Penal Superior de Arequipa de un delito consumado a uno tentado; y ii) si la pena impuesta por la Sala Superior, se condice con los criterios fijados en la norma para los casos de tentativa.

4.2. RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA

- La declaración del imputado, asimilada en el proceso como un medio de defensa, fija el objeto de debate para diferenciar si el caso es consumado o tentado.
- El artículo ciento setenta y tres del Código Penal es uno cuyo ámbito de protección penal es la indemnidad sexual, entendida como la protección que brinda el Estado a la integridad sexual de las personas menores de catorce años de edad. Es un tipo penal de

resultado. No es necesaria la concurrencia de violencia para sancionar el acceso carnal con personas de este grupo etario. La consumación está condicionada al acceso carnal. Por vía vaginal, anal o bucal o la realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías

- Al respecto, son importantes las conclusiones establecidas en el Certificado médico legal número trece mil cuatrocientos sesenta y seis-IS –cfr. folio ciento sesenta y cinco–, efectuado el treinta de mayo de dos mil dieciséis –al día siguientes de los hechos denunciados– oralizado en juicio oral en la sesión del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, que respecto a la menor refiere: i) himen complaciente, ii) lesiones genitales recientes, iii) no presenta signos de acto contra natura y iv) se tomó muestra de introito y contenido vaginal para estudio espermatoológico en el laboratorio de biología forense.
- De las conclusiones mencionadas, la naturaleza de himen complaciente no permite aseverar que hubo una penetración en la cavidad vaginal de la menor. No se aprecia un dato físico objetivo; no es factible ubicar lesiones. Sin embargo, sí son importantes las lesiones genitales recientes –vello púbico negro en regular cantidad de distribución ginecoide, orificio himeneal mediano, equimosis violácea de aproximadamente cero punto dos por cero punto dos en borde libre de membrana himeneal a horas VII de esfera himeneal (referencia horaria). Distensible a la maniobra digital. Erosión superficial de aproximadamente cero punto tres centímetros a nivel de orquilla posterior–. A partir de estas conclusiones, durante el debate pericial llevado a cabo en primera instancia –diecisiete de marzo de dos mil diecisiete–, no se pudo corroborar que estas lesiones sean como consecuencia de la penetración que habría padecido la menor, o si son el resultado de la violencia ejercida por la menor agraviada. Si bien la menor aseveró haber sentido dolor y ser penetrada por el miembro viril del procesado, esta proposición no se acreditó suficientemente.
- En estos escenarios resulta importante evaluar el contenido de microorganismos transmitidos como consecuencia de la eventual relación sexual materia de juzgamiento, razón por la que se tomaron muestras de introito y contenido vaginal para el estudio espermatoológico. Efectuada la evaluación mencionada, el Servicio de Biología Forense concluyó que en la muestra extraída y analizada correspondiente a la menor de iniciales J. J. S. A. se determinó que en hisopado de introito vaginal y contenido vaginal no se observaron espermatozoides.

- Complementariamente, se tienen los resultados del examen de biología forense de la menor efectuados a la prenda íntima que esta portaba el día de los hechos, el cual emitió las siguientes conclusiones: i) en la muestra analizada (calzón) no se encontraron restos de sangre, ii) al examen espermatozoides se halló restos de líquido prostático sin presencia de espermatozoides, iii) se evidenció al examen citológico presencia de células superficiales e intermedias del epitelio vaginal, iv) se halló adherido a la prenda un pelo que al análisis tricológico, presentan las características macromicroscópicas descritas en el examen y corresponde a cabellos humano de adulto de sexo masculino y v) no se hallaron otros elementos biológicos de interés criminalístico; conclusiones que permiten aseverar que el resultado típico de penetración o el contacto entre la vagina y el miembro viril del imputado no se produjo; y, con ello, no es amparable con certeza razonable que el resultado antes descrito se hubiera producido.
- Los medios probatorios, como la declaración de la menor, el resultado de la pericia psicológica y el resultado del examen médico, son compatibles cuando menos con el intento de violación, como en efecto reconoció el sentenciado. Por tanto, en este extremo no se configura algún supuesto de indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal y otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; lo que ocasiona la desestimación del recurso propuesto.

4.3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN DELITOS TENTADOS

- La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.
- La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior –literal a del inciso tres del artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal–, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.
- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo dieciséis del Código Penal, que establece: “El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena” Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción,

atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.

- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.
- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:
 - o La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
 - o No se puede equiparar una conducta consumada –hubo violación– con un intento de violación –no hubo violación–. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto de menor así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consuma el tipo penal de violación.
 - o La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.
- En el presente caso, habiendo superado el momento operacional a partir del cual se deben fijar los parámetros de pena, corresponde evaluar la naturaleza de la reducción a fijar en casos de tentativa; por ello, se debe precisar lo siguiente:
 - o Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte

especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa.

- o Tampoco se puede exigir al Tribunal aplicar la analogía con la bonificación punitiva concedida tanto con la terminación o conclusión anticipada, confesión sincera, en las que la naturaleza de dichas causas de disminución de punibilidad es procesal. Los fines perseguidos en ellas están vinculados con la asunción de responsabilidad del procesado sin que el Estado demande mayor valor en la acreditación de responsabilidad; en la tentativa se sanciona estrictamente el hecho, no la conducta procesal. Por tanto, la aplicación de la analogía en escenarios distintos no resulta razonable.
- o La regla estipulada en el artículo dieciséis concede al juez la facultad de disminuir prudencialmente la pena. El término prudencial no implica la fijación de una sanción simbólica, pues en la perpetración del hecho se realizaron todos los actos tendientes a la consumación; la voluntad criminal del agente se ejecutó, sin lograr el resultado por causas ajenas a su voluntad; en el presente caso, el ingreso del primo menor de la agraviada determinó que el ahora sentenciado no prosiga con su afán de someter sexualmente a la menor.
- A partir de lo mencionado, la propuesta efectuada por el señor abogado del imputado tanto en su recurso como en la audiencia de casación respecto a la creación de un nuevo marco de punibilidad que oscila entre los dos días hasta los veintinueve años y trescientos sesenta y cuatro días –referencialmente–, y dentro de tales marcos aplicar la regla de los tercios, no es amparable, dado que se restringe a una mera aplicación mecánica de la norma, sin analizar las exigencias establecidas en el segundo párrafo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal que establece: “Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de responsabilidad”. En el presente caso, se juzga el intento de violación de una persona de doce años de

edad, quien como consecuencia de la tentativa de sometimiento sexual quedó con una marcada huella psíquica que fue expresada tanto en el Protocolo de pericia psicológica número trece mil quinientos setenta y tres-dos mil dieciséis-PSC, como durante el debate oral de primera instancia, cuyas conclusiones indican que la menor presenta: i) estado de ansiedad y tensión que se relaciona al recordar los incidentes señalados –violación tentada–, y ii) la actitud hacia el presunto agresor es de indignación, odio y rechazo. Por tanto, con estos resultados, el principio de proporcionalidad y una lógica razonable demandan liminarmente que por el suceso realizado no se podría imponer una pena de dos días, puesto que con el delito tentado únicamente no se produjo el resultado; empero, los efectos colaterales del delito sí adquirieron la cúspide de su cometido; tanto más si el delito previsto en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal reprime cualquier afectación vinculada a la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.

- En ese sentido, el término disminución prudencial concede al juez la facultad de evaluar las circunstancias concretas del caso, en el que se analicen los efectos generados en el sujeto pasivo con la acción antijurídica desplegada por el sentenciado. Por tanto, tampoco se configura la errónea aplicación del artículo dieciséis del Código Penal, con lo cual se desestima el recurso propuesto por el sentenciado.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON:**

- I. **DECLARAR INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por **Erick Carlos Cruz Peláez** y la representante de la **Cuarta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Arequipa** contra la sentencia de vista expedida por los integrantes de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: i) declaró FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por Erick Carlos Cruz Peláez y en consecuencia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que lo declaró como autor del delito de actos contra el pudor; y, reformándola, lo absolvieron de la citada imputación; ii) revocaron la



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1083-2017
AREQUIPA**

sentencia de primera instancia que condenó a Cruz Peláez como autor del delito contra la indemnidad sexual-violación sexual de menor de edad e impuso la pena de treinta años de privación de libertad; reformándola, le impusieron quince años de pena privativa de libertad, confirmando en los demás extremos.

- II. **ORDENAR** que se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Archívese. Intervino la señora jueza suprema Chávez Mella por haber sido elegido presidente del Poder Judicial el señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

IASV/WHCh