



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 804-2021
HUAURA**

Infundado el recurso de casación

Del control *in iure* no se configura, en el caso concreto, el desistimiento voluntario —arrepentimiento activo previsto en el artículo 18 del Código Penal—, pues el acusado, conforme la representación de los hechos en el instante que toma la decisión de iniciar la ejecución del delito, prosiguió con su resolución criminal, y que el abandono de la actividad criminal no fue *motu proprio* del agente sino porque se presentó una interrupción originada por circunstancias externas, lo cual configura más bien el tópico de la tentativa previsto artículo 16 del Código Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS: en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del encausado **Alejandro Felipe Núñez Cóndor** contra la sentencia de vista, del veintinueve de diciembre de dos mil veinte (folios 235 y 241), que confirmó la sentencia de primera instancia, del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa —ilícito previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 del mismo código—, en agravio de la menor de iniciales B. C. R. S., le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 3000 (tres mil soles) la reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema ALTABÁS KAJATT.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

1.1. El representante de la Fiscalía Provincial Mixta de Oyón, mediante requerimiento acusatorio (folios 20 a 36), formuló acusación contra Alejandro Felipe Núñez Cóndor; como tipificación principal, lo acusó por la comisión del delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa —previsto y sancionado en el numeral 1 del artículo 173 del Código Penal, concordante con el artículo 16 del mismo cuerpo legal— y, como tipificación alternativa, por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores —previsto y sancionado en el artículo 176 A, numeral 1, del Código Penal—. En ese sentido, se le imputa el siguiente hecho:

El día 10 de setiembre del año 2018 a horas 15:30 aproximadamente, en circunstancias que la menor de iniciales B. C. R. S. (07 años de edad), se encontraba jugando en el pasadizo del hostel "Rivera", ubicado en av. Mariscal Castilla N° 191-Churín, con su menor hermano de iniciales G. M. R. S. (03 años) y su amiga Kathy, que es hija del dueño del hostel antes mencionado, de la habitación N.º 05, sale el acusado Alejandro Felipe Núñez Cóndor y observa la presencia de los tres menores y le solicita a la menor agraviada si le puede ir a comprar un Sporade, la menor va a la tienda, refiriéndole a su hermano menor que la espere ahí. Al regresar al lugar con el Sporade, su amiga Kathy no se encontraba toda vez que había subido al segundo piso del hostel y es entonces que se acerca con el Sporade a la habitación del acusado, y este le tapó la boca y la introdujo a la menor y a su hermano al cuarto donde se encontraba hospedado, bajándole el pantalón, short y la trusa que tenía la menor puesta; bajándose él, el pantalón tocándole sus partes íntimas con su pene (vagina y poto), diciéndole a la menor que se ponga en posición de perrito (la menor escenifica dicha posición al ser examinada en cámara Gesell) mientras que la menor le decía que no le haga nada, ordenando al hermano de tres años de la menor

agraviada, que se volteó, y es por el grito y llanto desesperado del hermano menor de la agraviada, que no logra consumir su objetivo que fue violarla, dándole 0.50 céntimos al menor y 1.00 sol a la menor agraviada con la finalidad de que no cuenten lo sucedido, toda vez que si le contaban a su mamá ella se iba a molestar y les iba hacer algo malo; saliendo la víctima de dicha habitación con su hermano, salir del hotel e ir a su casa, a contarle lo sucedido a su señora madre Míriam Zosima Sánchez Falcón, donde esta salió a buscar a su sobrino Luis Vidal Mateo Sánchez y volvieron al hotel, a buscar al acusado que ya no se encontraba; ubicándolo en una agencia de Minivan Móvil Tours, al frente de la comisaría de Churín, reconociendo la menor agraviada al acusado, siendo aprehendido por Luis Vidal Mateo Sánchez, llegando los policías para su detención. Luego de conocidos los hechos, Luis Vidal Mateo Sánchez, tío de la menor agraviada, interpuso la denuncia correspondiente a fin de que se inicien las investigaciones del caso [sic].

Realizada la audiencia de control de acusación, se emitió auto de enjuiciamiento, del diez de mayo de dos mil diecinueve (folio 38).

Segundo. Itinerario del juicio en primera instancia

- 2.1.** Mediante auto de citación de juicio oral (folios 11 a 13), se citó a los procesados a la audiencia de juicio oral. Una vez instalada, las demás sesiones se realizaron con normalidad y se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia, el veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, conforme consta en el acta (folios 122 a 124).
- 2.2.** Mediante sentencia de primera instancia, del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve (folios 129 a 148), se condenó a Alejandro Felipe Núñez Cóndor como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa —previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 del mismo código—, en agravio de la menor de iniciales B. C. R. S., le impuso

veinticinco años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 3000 (tres mil soles) la reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

- 2.3.** Contra esta sentencia condenatoria, el sentenciado interpuso recurso de apelación (folios 153 a 158), concedido mediante Resolución n.º 19, del veinticinco de noviembre del dos mil diecinueve (folio 159).

Tercero. Itinerario del proceso en segunda instancia

- 3.1.** El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme a la resolución del diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve (folio 165), convocó a audiencia de apelación de sentencia, la cual se reprogramó mediante resolución del cinco de octubre de dos mil veinte (folios 188 a 190) y se realizó con normalidad el catorce de diciembre de dos mil veinte, conforme se aprecia del acta de audiencia de apelación (folios 192 a 194).
- 3.2.** El veintinueve de diciembre de dos mil veinte, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, conforme consta en el acta respectiva (folios 195 a 206), mediante la cual se decidió, por unanimidad, confirmar la sentencia de primera instancia, del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve (foja 129), que condenó a Alejandro Felipe Núñez Cóndor como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa —previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 del mismo código—, en agravio de la menor de iniciales B. C. R. S., le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 3000 (tres mil soles) la reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.
- 3.3.** Notificada la resolución emitida por el Superior Tribunal, el sentenciado interpuso recurso de casación (folios 242 a 253),

concedido mediante auto del catorce de enero de dos mil veintiuno (folios 254 a 256).

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a la Sala Penal Transitoria, se corrió traslado a las partes, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (folio 53 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala). Luego, por decreto del dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno (folio 57) señaló que por Resolución Administrativa n.º 000378-2021-CE-PJ, del dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso que, a partir de la fecha, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República conozca los expedientes tramitados bajo las cláusulas del Código Procesal Penal; motivo por el cual, los actuados fueron remitidos a esta Sala Suprema para su trámite respectivo, se remitió la causa a la Mesa de Partes Única de las Salas Penales de la Corte Suprema. Mediante decreto del veinte de diciembre de dos mil veintiuno (folio 58), la Sala Penal Permanente se avocó el conocimiento de la presente causa y se dispuso a proseguir el trámite según su estado.
- 4.2.** Se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del cuatro de agosto de dos mil veintidós (folios 60). Así, mediante auto de calificación del dos de septiembre de dos mil veintidós (folios 61 a 67 del cuaderno de casación), se declaró bien concedido el citado recurso de casación.
- 4.3.** En este contexto, instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación y el avocamiento del proceso, se señaló como fecha para la audiencia el veintitrés de enero de dos mil veintitrés, mediante decreto del veintisiete de diciembre de dos mil veintidós (folio 71). Instalada la audiencia, esta se realizó mediante el

aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de las partes procesales. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública, mediante el aplicativo tecnológico señalado, se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Quinto. Agravios del recurso de casación

Los fundamentos establecidos por el recurrente en su recurso de casación, vinculados a la causal por la que fue declarado bien concedido, son los siguientes:

- 5.1. Se efectuó una indebida aplicación de la norma sustantiva, pues los hechos no se subsumen en el delito de violación de la libertad sexual de menor en grado de tentativa, sino como actos contra el pudor en menor de edad (tipificación alternativa, artículo 176-A del Código Penal), dado que en los hechos se configuraría el desistimiento voluntario (artículo 18 del Código Penal) y cabría imponer una pena solo por los actos realizados, esto es, actos contra el pudor en menor de edad.
- 5.2. Señala que, en el desistimiento voluntario, el agente decide de manera voluntaria no continuar con el hecho ilícito ya iniciado, y que únicamente debe ser sancionado si dichos hechos constituyen otro delito, como en el presente caso, actos contra el pudor en menor de edad y no violación de la libertad sexual de menor en grado de tentativa, según ha considerado la Sala Superior.

Sexto. Motivo casacional

Conforme se estableció en el auto de calificación del recurso de casación del dos de septiembre de dos mil veintidós, en concordancia

con su parte resolutive, se admitió por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, y se señaló lo siguiente:

- 6.1.** El recurrente alegó, en concreto, que las instancias de mérito habrían efectuado una indebida aplicación de la norma sustantiva, pues los hechos no se subsumen en el delito de violación de la libertad sexual de menor en grado de tentativa, sino como actos contra el pudor de menor (tipificación alternativa, artículo 176-A del Código Penal), dado que se configuraría el desistimiento voluntario (previsto en el artículo 18 del Código Penal) y cabría imponer una pena solo por los actos realizados, esto es, actos contra el pudor en menor de edad; además, precisa que en el desistimiento voluntario el agente decide de manera voluntaria no continuar con el hecho ilícito ya iniciado, por lo que únicamente debe ser sancionado si dichos hechos constituyen otro delito, como en el presente caso, actos contra el pudor en menor de edad y no violación de la libertad sexual de menor en grado de tentativa, según ha considerado la Sala Superior.
- 6.2.** En tal sentido, de la argumentación precedente se evidenciaría una indebida aplicación de la norma sustantiva (artículos 176-A y 18 del Código Penal), por lo que se ha de estimar el presente recurso de casación en este extremo, por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El desistimiento voluntario

Primero. En cuanto a la figura del desistimiento voluntario, tenemos que el Recurso de Nulidad n.º 633-2018/Lima Norte, en los fundamentos 3.13 y 3.14, precisó lo siguiente:

El artículo dieciocho del Código Penal prevé la figura del desistimiento voluntario. Señalando lo siguiente: "Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos" [...]. Como se puede advertir, de verificarse actos que constituyan el inicio de la ejecución de un determinado delito (tentativa) y el abandono *motu proprio* de la actividad criminal, cuando aún se encontraba en ejecución, por parte del agente, el hecho será sancionado siempre que la conducta desplegada sea subsumible en un tipo penal diferente.

Asumiendo la existencia del referido propósito de acceso carnal con la menor agraviada por parte del encausado, se tendría que, habiendo la posibilidad de que continuara con tal finalidad, en un momento determinado optó por abandonar dicho cometido mediando en ello, centralmente, su voluntad. No obstante, en atención a lo señalado en el considerado tres punto once de la presente ejecutoria suprema, se determinaría, igualmente, la subsunción de la conducta desplegada en el delito de actos contra el pudor en menores de catorce años [resaltado nuestro]. [Sic].

Segundo. La figura jurídica de la tentativa se ubica, sistemáticamente, en el *iter criminis*, entre la fase preparatoria y la consumación. Y se manifiesta en dos formas: inacabada o acabada, y se diferencian de la siguiente manera:

- 2.1.** La primera [tentativa inacabada] se presenta cuando el autor, según la representación de los hechos que tiene en el instante en que toma la decisión, no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado propuesto, pues se presenta una interrupción originada en la intervención voluntaria del mismo agente [desistimiento, artículo 18 del Código Penal] o por circunstancias externas [artículo 16 del Código Penal].
- 2.2.** La segunda [tentativa acabada], en cambio, se verifica cuando el agente, según su representación de los hechos, entiende haber realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito,

faltando solo la producción del resultado; sin embargo, este no se produce por la propia intervención voluntaria del autor [desistimiento, artículo 18 del Código Penal] o por circunstancias externas [artículo 16 del Código Penal]¹.

Tercero. El desistimiento voluntario, se configura cuando el sujeto activo debe dejar de ejecutar la acción orientada a consumir el delito. El abandono debe ser definitivo y concernir al hecho concreto que el agente se ha propuesto realizar. Se niega correctamente la calidad de voluntario al desistimiento entre otros **(i)** a quien se había fugado al ser descubierto cuando trataba de hacer sufrir el acto sexual a una menor. Del mismo modo **(ii)** cuando un delincuente desistió de su intento de violar a una menor, por temor a ser sorprendido, temor provocado por los gritos de otra menor que acompañaba a la agredida, diciendo que se aproximaban dos hombres².

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Cuarto. La casación interpuesta por el sentenciado fue declarada bien concedida por vulneración de la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal: "Si la sentencia o auto importa una errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal". Al respecto, corresponde evaluar si las instancias de mérito habrían efectuado una indebida aplicación de la norma sustantiva, puesto que los hechos no se subsumirían en el delito de violación de la libertad sexual de menor en grado de tentativa, sino en el delito de actos contra el pudor de menor (tipificación alternativa, artículo 176-A del Código Penal), dado que en los hechos se configuraría el desistimiento voluntario (previsto en el artículo 18 del Código Penal) y cabría

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 436.

² HURTADO POZO, José. (2005). *Derecho Penal Parte General I*. Tercera edición. Lima: Grijley, pp. 829 y 830.

imponer una pena solo por los actos realizados, esto es, actos contra el pudor en menor de edad.

Quinto. Lo medular del tema en debate radica en determinar si su conducta posterior al inicio de la ejecución criminal, que estaba encaminada en la violación sexual de la menor agraviada, corresponde o no ser enmarcada en el supuesto del desistimiento voluntario; así como los alcances que podría generar respecto de la calificación jurídica de los hechos.

Sexto. La defensa del acusado sostuvo que el desistimiento voluntario consiste en que el agente decide de manera voluntaria no continuar con el hecho ilícito ya iniciado, por lo que únicamente debe ser sancionado si dichos hechos constituyen otro delito, como en el presente caso, por el delito de actos contra el pudor en menor de edad y no por el delito de violación de la libertad sexual de menor en grado de tentativa.

Séptimo. Del análisis del caso y en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el desistimiento voluntario —previsto en el artículo 18 del Código Penal—, tanto en primera como en segunda instancia existió una adecuada determinación fáctica para establecer cuál fue la acción específica que desarrolló el acusado (recurrente); así, en la entrevista de cámara Gesell, la menor indicó lo siguiente:

Hemos estado subiendo un señor [el recurrente] me dice puedes comprar un sporade, y yo le dije que ya porque nunca me ha pasado no [...] fui a comprar su sporade después por la puerita no más después **me tapó mi boca y me hizo dentrar adentro y mi hermano estaba gritando y el señor me hizo algunas cosas malas** a mi hermano le dijo voltéate y mi hermano se volteó, y **el señor** me hizo [...] **como mi hermanito gritó mucho [...]** **me voy a mi casa y me fui por mi mamá [...]** y después cuando me hizo cosas malas me dijo que no avisara a mi mamá y mi hermano le dijo, le dio

cincuenta céntimos y a mí un sol [...] **me bajó mi pantalón** [...] después él también se bajó su pantalón [...] me tocó mis partes [...] (la menor señala a la altura de la vagina de la figura de la mujer) (la menor señala a la altura del trasero de la figura de la mujer) [con qué parte de su cuerpo te tocó él] (la menor señala a la altura del pene de la figura del varón) [donde te tocó con esta parte, psicólogo señala la altura del pene de la figura del varón] (la menor señala a la altura del trasero de la figura de la mujer) [...] yo le di y entonces **él me tapó mi boca y me hizo entrar a su cuarto** [...] mi hermanito también y **mi hermano gritó ahí es donde él me soltó y yo me fui** [...] me dijiste que te tocó ahí en la vagina y dónde más] **en mi poto** [...] **en su cama** [...] **así como un perrito** (la menor se arrodilla y posiciona ambas manos sobre el suelo como si estuviera gateando) [...] solo me hizo eso y yo le avise a mi mamá y después por fin encontramos al señor [...] mi mamá me decía que **me deba poner mi short y mi calzón** y me puse los dos y entonces **el señor me bajó los dos** [sic]. [Resaltado nuestro].

Octavo. De tal sustrato fáctico —señalado precedentemente—, las instancias de mérito determinaron que el recurrente desplegó comportamientos iniciados y encaminados a la realización del hecho delictivo —la agresión sexual a la menor agraviada, ya que este le bajo su pantalón y prendas íntimas a la menor agraviada e incluso este se bajó el pantalón y tocó las partes íntimas de la menor con su pene—; sin embargo, el grito del hermano menor de la agraviada fue un factor determinante —una circunstancia externa— que interrumpió la ejecución criminal del acusado, ante el temor de ser descubierto, esto es, iniciados los actos ejecutivos no alcanzó el resultado al que estaba encaminado su accionar en la violencia sexual hacia la menor agraviada.

Noveno. En esa línea de análisis, tales circunstancias no configuran el desistimiento voluntario —arrepentimiento activo previsto en el artículo 18 del Código Penal—, pues, como quedó demostrado en el proceso, el recurrente, conforme la representación de los hechos en el instante en que toma la decisión de iniciar la ejecución del delito, prosiguió con su

resolución criminal, introduciendo a la víctima a la habitación *tapándole la boca*, bajándose el pantalón, a la vez que despojaba de su pantalón, su short y su prenda íntima a la víctima, poniéndola en posición de *perrito* en la cama y colocando su miembro viril en la zona genital de la niña, a la cual ya tenía libre acceso —conforme lo refirió la agraviada en cámara Gesell—, y fue en esos instantes en que el hermanito menor —quien se encontraba en la misma habitación— lloró más fuerte. Resulta evidente que el abandono de la actividad criminal por el agente no ocurrió *motu proprio*, pues se presentó una interrupción que se originó debido a circunstancias externas, esto es, los gritos del hermano menor de la agraviada —ello configura más bien el tópico de la tentativa, previsto en el artículo 16 del Código Penal—y era altamente probable que dicha situación alertara a otras personas que estaban alojadas en el hostel, lugar de los hechos, creando en el agente el temor cierto y real de ser descubierto; ello se deriva de lo referido por la menor agraviada cuando el recurrente le dijo que “nadie ha escuchado, vete”.

Décimo. En suma, la conducta realizada por el recurrente se llevó a cabo el diez de septiembre de dos mil dieciocho en el interior de un hostel, y el acusado intentó realizar el acto sexual a la menor agraviada identificada con las iniciales B. C. R. S.; los hechos sucedieron cuando la agraviada tenía la edad de 07 (siete) años, y no fueron consumados debido a los gritos del hermano menor (de 3 años de edad) de la agraviada, que generaban un serio temor de ser descubierto. En ese sentido, el ilícito penal está tipificado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal, concordado con el artículo 16 del acotado código, quedó en grado de tentativa y no tipifica como delito de actos contra el pudor. Por tanto, el recurrente Alejandro Felipe Núñez Córdor fue sancionado penalmente como autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad en grado de tentativa. Las

instancias de mérito efectuaron un adecuado juicio de subsunción típico e interpretación de la norma sustantiva en cuestión. Por tanto, no se configura el motivo casacional, por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, y no hay causa trascendente para casar la sentencia de mérito.

Decimoprimer. Conforme lo establecen los artículos 497, numeral 3, y 504, numeral 2, del Código Procesal Penal, corresponde al recurrente pagar las costas del recurso, las cuales, previa liquidación por la Secretaría de esta Sala, serán ejecutadas por el Juzgado de la investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación ordinaria interpuesto por la defensa técnica del encausado **Alejandro Felipe Núñez Córdor** contra la sentencia de vista, del veintinueve de diciembre de dos mil veinte (folios 235 a 241), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que confirmó la sentencia de primera instancia, del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa —previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 del mismo código—, en agravio de la menor de iniciales B. C. R. S., le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad y fijó la reparación civil en S/ 3000 (tres mil soles); con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la citada sentencia de vista.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 804-2021
HUAURA**

- II. IMPUSIERON** al recurrente el pago de las costas del recurso, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sala y ejecutadas por el Juzgado de la investigación preparatoria competente.
- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia privada mediante el sistema de videoconferencia, notificándose a las partes apersonadas ante este Supremo Tribunal, y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que, cumplido el trámite respectivo, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, a fin de proceder conforme a lo dispuesto.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

AK/egtch