**Desvinculación del tipo penal**

**a)** No se generó certeza respecto a que el encausado solo pretendiera efectuar tocamientos indebidos en las partes íntimas de la menor agraviada; por el contrario, se aprecia que intentó penetrarla por vía anal, lo que ocasionó que ella llorara

**b)** Para la configuración del delito de violación sexual solo se requiere el contacto perineo con penetración en el exterior o zona vestibular vaginal, no hace falta la penetración total; es suficiente que, de uno u otro modo, se tenga acceso a los órganos sexuales de la mujer, sin que incluso se exija la rotura del himen. Del mismo modo, es suficiente haber introducido parte del miembro viril en el ano de la menor

Lima, doce de marzo de dos mil diecinueve

**VISTOS:** el recurso de nulidad interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la sentencia del diecisiete de abril de dos mil dieciocho (foja 498), emitida por la Segunda Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó al encausado Milton Antonio Acosta Sucasaca como autor del delito contra la libertad, actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave R. E. R. A., a diez años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 5000 (cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada.

Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.

## CONSIDERANDO

### Imputación fiscal

**Primero.** Conforme a la acusación fiscal (foja 192), se imputa al encausado Acosta Sucasaca, lo siguiente:

1.1. La menor agraviada identificada con las iniciales R. E. R. A. señaló que en el año 2003 (no recuerda la fecha exacta), el procesado Milton Antonio Acosta Sucasaca, aprovechando que Cleber Elizabeth Aguilar García (madre de la menor) se encontraba enferma y en cama, la llevó con engaños a un cuarto que conservaba en la urbanización San Carlos, distrito de San Juan de Lurigancho, supuestamente para recoger un televisor. Cuando llegaron al lugar, el procesado dijo que primero verían televisión sentados en la cama, fue allí que comenzó a manosear las partes íntimas de la ofendida, luego, le bajó el pantalón y la ropa interior hasta las rodillas, se acostó desnudo sobre ella y empezó a moverse; después volteó a la menor e intentó penetrarla por vía anal, pero esto le causó dolor y empezó a llorar, por lo que el procesado desistió de tener acceso carnal por vía anal con su víctima, se vistió y vistió a la menor agraviada. Finalmente, retornaron a su casa sin el televisor.

1.2. La menor agraviada también refirió que, en otras oportunidades, el procesado le habría sobado las partes íntimas con su pene, hasta mojarse, como refiere ella, para ello la llevaba con engaños a su cuarto; además, habría hecho lo mismo en la casa donde vivían con su madre, aprovechando que dormían en una sola cama, su mamá, ella y el procesado, quien era conviviente de su madre.

**Hechos objeto de conformidad procesal**

**Segundo:** Al inicio del juicio oral (foja 492), el procesado se acogió a los alcances del inciso 1 del artículo 5 de la Ley número 28122 –Ley de Conclusión Anticipada del Juicio Oral–, aceptó los cargos y se sometió a la conclusión anticipada. En consecuencia, el Colegiado Superior, aplicando el principio de legalidad, tipificó los hechos imputados en el delito de actos contrarios al pudor –previsto en el primer y el último párrafo del artículo 176-A del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos y que resulta más favorable al acusado–, que conlleva una pena abstracta no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de libertad; para determinar la pena concreta el Colegiado consideró, como atenuante, la ausencia de antecedentes del procesado y, como agravante, la condición de padrastro de la menor agraviada; así, estableció la pena privativa de libertad en doce años; a continuación, después de descontar un séptimo de la pena señalada como consecuencia de la conclusión anticipada a la que el encausado se acogió, la pena concreta quedó fijada en diez años de pena privativa de libertad y el pago por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada quedó establecido en S/ 5000 (cinco mil soles).

**Expresión de agravios**

**Tercero.** La representante de la legalidad, no conforme con la tipificación efectuada en la sentencia ni con la pena impuesta, en procura de la nulidad de la sentencia que impugna, fundamentó su recurso de nulidad (foja 513), en los siguientes términos:

3.1. No se valoraron los actos externos del sujeto activo, pues no se limitó al tocamiento con las manos, sino que se acostó encima de la menor, colocó su miembro viril en la zona anal y quiso

penetrarla, pero la agraviada sintió dolor y por lo que tuvo que desistir, razón por la cual no se logró hallar signos de actos *contra natura*, como se describe en el certificado médico legal (foja 14); sin embargo, del relato se infiere la intención inequívoca de tener acceso carnal con la menor agraviada.

3.2. No se valoró que de forma objetiva, a través de actos externos, el encausado declaró su voluntad de realizar el acto sexual a la menor agraviada, y, aunque no se consumó, se dio inicio al acto.

3.3. En la anterior sentencia judicial, el encausado aceptó cargos por violación sexual y por actos contrarios al pudor, aceptando implícitamente los hechos materia de juicio; por su parte, el Protocolo de Pericia Psicológica número 020662-2005-PSC (foja 79) describe lo que el procesado sentía hacia la agraviada. En ese sentido, la conducta descrita se encuadra en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal y en el último párrafo del mismo artículo del código acotado.

**Delimitación del análisis del caso**

**Cuarto.** Los agravios que invoca la representante del Ministerio Público muestran disconformidad con la tipificación de los hechos efectuada en la sentencia, así como con la pena impuesta. Por consiguiente, la dilucidación del grado consistirá en verificar si la tipificación de los hechos imputados al delito de actos contra el pudor es correcta y, posteriormente, en analizar si la pena impuesta es proporcional.

**Itinerario del proceso**

**Quinto.** En el presente caso, la fiscal tipificó los hechos como delito contra la libertad sexual, violación de la libertad sexual, violación de menor de catorce años, en grado de tentativa contra Milton Antonio

Acosta Sucasaca (fojas 192). El inculpado se sometió a los alcances de la conclusión anticipada de juicio oral y, mediante la sentencia del dieciocho de marzo de dos mil diez (foja 249), fue condenado por el citado ilícito y le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

**Sexto.** El representante del Ministerio Público impugnó (foja 254) la citada sentencia en el extremo de la pena, sustentando que la pena impuesta contra el inculpado es ínfima, pues el Tribunal no consideró la gravedad de los hechos y fijar la pena respetando los principios de legalidad y proporcionalidad.

**Séptimo.** Por ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 1674-2010, del veintiuno de junio de dos mil once (foja 271), se declaró la nulidad de la sentencia del dieciocho de marzo de dos mil diez (foja 249), y se orientó al Colegiado Superior para que tenga en cuenta dos aspectos al momento de sentenciar:

7.1. No es posible una reducción punitiva por confesión sincera, debido a la inexistencia de uniformidad en las declaraciones vertidas por el procesado, por lo que debe fijarse solo en atención a su acogimiento a la conclusión anticipada a los debates orales.

7.2. El Colegiado Superior, para determinar la calificación de la conducta atribuida, no efectuó un análisis acorde al principio de taxatividad (consecuencia del principio de legalidad), pues para su tipificación se debe evaluar si tal accionar corresponde a hechos que configuran el delito de actos contra el pudor o propiamente el de violación sexual en grado de tentativa; lo que es necesario esclarecer, a efectos de delimitar tanto la adecuación típica del delito como su correcta subsunción, y de que, en consecuencia, se establezcan las penalidades que de ella se deriven.

**Fundamentos del Tribunal Supremo**

**Octavo.** En ese orden de ideas, corresponde precisar si la conducta imputada al encausado Milton Antonio Acosta Sucasaca configura delito de actos contra el pudor o violación sexual consumada o en grado de tentativa. Ahora bien, la configuración del delito de actos contra el pudor se dará cuando la conducta del sujeto activo revista objetividad impúdica, tal como los tocamientos lujuriosos o frotamientos en las partes íntimas o sus alrededores de otra persona. Peña Cabrera, citando a Carrara señala que: "Hay ultraje violento al pudor en todos aquellos actos impúdicos cometidos sobre otra persona, contra su voluntad, y que no constituyan tentativa de violencia carnal"[1]. Es decir que se configura este tipo penal cuando el agente activo no tiene la intención de someter carnalmente a su víctima, pero sí la intención de cometer actos libidinosos, con los que satisface su apetito sexual. La determinación de la finalidad libidinosa debe, por lo demás, establecerse no solo en función del lugar donde se aplican los tocamientos sino del contexto en los que se realiza y los actos que involucra –palabras, gestos, movimientos-.

**Noveno.** Por el contrario, para la configuración del delito de violación sexual basta el contacto periférico o parcial de la penetración en el exterior o zona vestibular vaginal –no se requiere siquiera rotura del himen, menos eyaculación ni traspaso de la zona vestibular femenina–. El acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas –penetración completa o perfección fisiológica del coito– sino de consideraciones normativas[2]. En ese sentido, la Corte Suprema estableció que no hace falta la penetración

[1] PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal-Parte Especial* Volumen !ı Quinta edición. ı985. Lima: Editores importadores, p. 341.
[2] Recurso de Nulidad número 534-2013/H.uancavelica, considerando jurídico sexto.

total y solo es suficiente que, de uno u otro modo, el pene acceda a la cavidad vaginal femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin que incluso se exija la rotura parcial del himen, solo hace falta que el pene supere el umbral del *labium minus* y llegue hasta el himen[3]. Incluso, tratándose de menores de edad, el acto sexual se consuma con el forzamiento del miembro para el acceso carnal, en la zona de entrada de la vagina o el ano del menor. No se requiere yacimiento completo. Hay consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual del ofendido[4].

**Décimo.** Por otro lado, la tentativa, conforme al inciso 1 del artículo 16 del Código Penal, es la realización de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, sin embargo, este no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor[5]; por ejemplo, quien vio el instante preciso en que el sujeto activo conducía al menor a su habitación para practicarle el acto sexual, y ante esa circunstancia evitó la vulneración al bien jurídico tutelado como es la indemnidad sexual[6]. En cambio, la consumación conforma el acto ejecutivo perfecto o acabado. El tipo penal queda realizado en su totalidad cuando se consuma su ejecución, esto es, cuando el sujeto no solo infringe la norma, realiza todos los actos que producen el resultado, sino este además tiene lugar[7].

---

[3] Recurso de Nulidad número 3398-2005/Amazonas.

[4] PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal-Parte Especial*. Volumen II. Quinta edición. 1985. Lima: Editores importadores, p. 338.

[5] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal Parte General*. Primera edición. Lima: Ara Editores, 2015, p. 584.

[6] CARO JOHN José Antonio. Diccionario de Jurisprudencia Penal. Lima: Grijley. 2007, p. 684.

[7] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal Parte General*. Primera edición. Lima: ARA EDITORES, 2015, p. 586

**Undécimo.** Debe acotarse que, en su fundamento jurídico 16, el Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil dieciocho, sostiene:

> Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)–, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis y vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.
>
> En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta– o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

En ese sentido, corresponde verificar si la conducta incriminada al encausado Acosta Sucasaca concurre en el tipo penal de actos contra el pudor o, como sostiene el representante del Ministerio Público, en el

delito de violación sexual. Debe considerarse al respecto lo establecido jurisprudencialmente, en materia probatoria:

> Superado ese nivel de control, 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 contradictorio.
>
> Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal[8].

En esa línea, el órgano jurisdiccional se encuentra limitado a efectuar valoración probatoria; sin embargo, al aceptar su responsabilidad penal, el encausado renunció a la actividad probatoria, en estricto, a los actos de prueba y a la realización del juicio oral. Para determinar el tipo penal correspondiente al inculpado Milton Antonio Acosta Sucasaca, el Tribunal analizará los hechos en los términos consignados en la acusación fiscal.

**Duodécimo.** El representante del Ministerio Público, conforme a la acusación fiscal (foja 192), señaló que el inculpado, aprovechando

[8] Acuerdo **Plenario** número 5-2008/CJ-116, fundamento jurídico décimo.

que la madre de la menor guardaba cama por su delicado estado de salud, llevó con engaños a la menor a su cuarto, que conservaba en la urbanización San Carlos, distrito de San Juan de Lurigancho, con el pretexto de llevar un televisor. Una vez en el lugar, el inculpado empezó a manosear las partes íntimas de la menor agraviada, para después bajarle el pantalón y la ropa interior hasta las rodillas, echarse sobre ella y empezar a moverse; luego la volteó e intentó penetrarla por vía anal con el pene, lo que le causó dolor a la menor, quien empezó a llorar, esto motivó que el procesado se desistiera de tener acceso carnal *contra natura* con la menor agraviada y procediera a vestirse y luego vestir a la menor agraviada; finalmente, retornaron a su casa sin el televisor. Asimismo, en otras oportunidades, el procesado habría sobado con su pene las partes íntimas de la menor agraviada, hasta mojarse como refiere esta, para lo cual la llevaba con engaños a su cuarto; y en otras oportunidades también habría hecho lo mismo en la casa donde vivían con su madre, aprovechando que dormían en una sola cama, su mamá, ella y el procesado, quien era conviviente de su madre.

**Decimotercero.** De lo descrito en el párrafo precedente, se aprecia que el inculpado tenía la intención de acceder carnalmente a la menor, extremo que incluso el propio imputado reconoció. El despojarla de la ropa, y el mismo despojarse de su ropa, sobarse contactando con el miembro viril en la zona íntima de la menor, al punto de hacerle doler, echarse encima y realizar movimientos, son actos que van más allá de los tocamientos impúdicos; denotan una intención claramente destinada a penetrar a la víctima. Por tanto, debe descartarse que la conducta desplegada por el imputado Acosta Sucasaca configure el delito de actos contra el pudor, dado

que el encausado no tenía la intención de efectuar solo los tocamientos lujuriosos o frotamientos en las partes íntimas de la menor agraviada, a fin de satisfacer su apetito sexual, sino que él subió encima de la menor y empezó a moverse, luego la volteó e intentó introducir su pene en el ano de la menor, provocando que esta última sienta dolor y empezara a llorar; la situación obligó al encausado a detener el acto criminal. Se aprecia que la citada conducta configura el delito de violación sexual, toda vez que el encausado puso su pene en la vagina de la menor.

**Decimocuarto.** De otro lado, también se descarta el hecho de que la violación sexual haya sido en grado de tentativa en virtud de que no mediaron circunstancias externas que impidieran al encausado la realización del acto sexual, las cuales que sí se produjeron. No es aplicable tampoco el desistimiento voluntario porque el despliegue de los actos ya señalados anteriormente ubican su conducta más allá del mero inicio de ejecución delictiva.

**Decimoquinto.** Tanto en el delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, por el que se acusó al procesado Milton Antonio Acosta Sucasaca (artículo 173, numeral 2, del Código Penal, concordado con el artículo 16 del código sustantivo), como en el delito de actos contra el pudor en menores (artículo 176-A del mismo cuerpo punitivo), por el que se lo condenó, se protege como bien jurídico específico la intangibilidad o indemnidad sexual del menor, en tanto que se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima: se protegen, pues, las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio futuro de la libertad sexual[9]. Si bien es

[9] Cfr. Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil uno, fundamento jurídico decimosexto.

cierto que el hecho probado no es exactamente el consignado en la acusación, también lo es que no se sobrepasa la imputación fáctica, con lo cual de modo alguno se infringe lo establecido en el numeral 1 del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. En tal sentido, se justifica y corresponde que esta Sala Suprema realice la desvinculación procesal del delito de actos contra el pudor en menor de edad al delito de violación sexual de menor de edad de menos de catorce años.

**Decimosexto.** Respecto a la determinación judicial de la pena, el nuevo *quantum* de pena privativa de libertad a imponer al encausado Milton Antonio Acosta Sucasaca, por el delito de violación sexual en menor de catorce años, conforme al inciso 2, último párrafo, del artículo 173 del Código Penal[10], se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad no menor de treinta años.

**Decimoséptimo.** Conforme a los alcances del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, la reducción de la pena por la aplicación de la conclusión anticipada es de un séptimo o menos de la pena concreta. En ese sentido, la pena concreta parcial más beneficiosa es el mínimo legal previsto para el delito citado, es decir, treinta años, ya que no existe causal de disminución o circunstancia atenuante privilegiada que habilite reducir la pena por debajo de ese límite. Así, el séptimo de la pena parcial (por aplicación de la conclusión anticipada) más las condiciones personales del agente, como la ausencia de antecedentes penales (foja 291), su grado de estudios: cuarto año educación secundaria (foja 26) y su ocupación:

---

[10] Conforme es de verse el artículo 1 de la Ley número 27507, publicada el trece julio de dos mil uno.

pintor de muebles, llevan a concluir que la pena a imponer es de veinticinco años. En tal sentido, se debe declarar haber nulidad en ese extremo e incrementar la pena, de acuerdo con el artículo 300, inciso 3, del Código de Procedimientos Penales, pues la sentencia fue recurrida por el titular de la acción penal.

**Decimoctavo.** En lo atinente a la reparación civil, esta Sala Penal Suprema considera que, por equidad y en atención al principio del daño causado en virtud del perjuicio irrogado a la menor agraviada, la suma fijada debe ser confirmada en el monto establecido.

## DECISIÓN

Por lo expuesto, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON**:

1. **HABER NU:.IDAD** en la sentencia del diecisiete de abril de dos mil dieciocho (foja 498), emitida por la Segunda Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a **Milton Antonio Acosta Sucasaca** como autor del delito contra la libertad-actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la menor agraviada identificada con la clave R. E. R. A., a diez años de pena privativa de libertad y, **REFORMÁNDOLA**, **CONDENARON** al mencionado como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual en menores de catorce años, en agravio de la mencionada menor agraviada, y le **IMPUSIERON** veinticinco años de pena privativa de libertad, la cual se computará a partir del dieciséis de enero de dos mil dieciocho (conforme a la notificación de detención, foja 441) y vencerá el quince de enero de dos mil cuarenta y tres.

2. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene la referida sentencia, **MANDARON** que la presente ejecutoria se transcriba al Tribunal de origen. Hágase saber.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

**FIGUEROA NAVARRO**

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

ATN/jgma.