



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 4029-2013
JUNÍN

Nulidad de la sentencia recurrida

Sumilla. El Tribunal de Instancia no efectuó una debida apreciación del evento sub iúdice ni evaluó debidamente el material probatorio existente, a fin de establecer con certeza la responsabilidad del acusado por el delito de violación sexual de menor de edad, por lo que debe declararse la nulidad y disponerse la realización de un nuevo juicio oral.

Lima, veintiuno de octubre de dos mil catorce

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el FISCAL SUPERIOR y la PARTE CIVIL, contra la sentencia de fojas trescientos veintinueve, del dieciséis de octubre de dos mil trece; en los extremos que: **i)** Absolvió al acusado Rodolfo Homero Hinojosa Rivera de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, que el Colegiado se desvinculó al delito de actos contra el pudor. **ii)** Impuso al acusado Rodolfo Homero Hinojosa Rivera seis años de pena privativa de la libertad, como autor del delito contra la Salud Pública-propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa, en perjuicio del menor cuya identidad se mantiene en reserva; así como fijó en la suma de dos mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del perjudicado. De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

Primero. El Fiscal Superior, en su recurso formalizado de fojas trescientos sesenta y tres, impugna la sentencia recurrida, en el extremo que absolvió al acusado Hinojosa Rivera por el delito de violación sexual, en el que el Colegiado Superior se desvinculó del tipo penal para absolverlo por el delito de actos contra el pudor. Al respecto, sostiene que el Colegiado Superior, al dictar la sentencia recurrida, no tomó en cuenta que el cumplimiento del principio de legalidad no excluye la posibilidad de que el juzgador en materia penal, pueda hacer una interpretación analógica de la Ley; máxime si en un buen grupo de tipos penales que sancionan el delito de violación sexual hacen mención al acto de tener **acceso carnal** o de realizar **acto análogo**, lo que obviamente da a entender que no está proscrita la analogía. En este sentido, el acto bucogenital practicado por el acusado, bien puede ser considerado acto análogo al acceso carnal y, por ende, no estaríamos ante un delito de actos contra el pudor sino de violación sexual. Es preciso tomar en cuenta, además, que la tipicidad del hecho no solo debe observarse como garantía del imputado sino también de la víctima. En consecuencia, el comportamiento del procesado de haber vulnerado la indemnidad sexual de un menor de trece años, a quien le practicó el acto sexual (*fellatio in ore*) debe ser sancionado, por lo que debe declararse nula la sentencia en este extremo. Finalmente, también impugna el extremo de la pena impuesta y que se le haya condenado únicamente por el delito de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa.

63

Segundo. Por otro lado, la parte civil, en su recurso de nulidad de fojas trescientos sesenta y cinco, impugna la sentencia, en el extremo que absolvió al acusado Hinojosa Rivera por el delito de actos contra el pudor, así como también impugna el extremo del monto fijado por concepto de reparación civil, por lo que solicita que se incremente a la suma de treinta mil nuevos soles.

Tercero. Según la acusación fiscal, de fojas doscientos cuarenta y cinco, se tiene que el día veintiocho de agosto de dos mil doce, a las diecinueve horas, aproximadamente, cuando el menor agraviado retornaba del colegio hacia su domicilio, vio al acusado Hinojosa Rivera quien se encontraba en la puerta de su salón de belleza Erika y este lo saludó. El acusado aprovechó tal circunstancia y lo hizo ingresar, lo cogió del brazo, cerró la puerta y contra su voluntad lo hizo subir al segundo piso; lo cogió de la mano y lo llevó a un ambiente que utilizaba como dormitorio. Al cerrar la cortina, obligó al menor agraviado a bajarse el pantalón, pero como no obedecía, lo llevó a la cama, lo empujó hacia atrás y lo desvistió, le sacó sus prendas de vestir y sus zapatos, luego lo empezó a besar en el rostro y cuello, para cogerle el pene y succionarlo (le practicó el sexo oral). Ante la negativa del menor, lo sujetó de ambos pies y continuó con esta práctica. Con posterioridad se tuvo conocimiento de que el acusado Hinojosa Rivera se encontraba contagiado del virus de VIH desde el año dos mil siete.

Cuarto. Que, en primer lugar, el tema que se debe dilucidar es si efectivamente la conducta del acusado Hinojosa Rivera configuraría el delito de violación sexual de menor de edad o si, caso contrario, tal como alegó el Colegiado Superior para desvincularse de la

acusación fiscal, configura el delito de actos contra el pudor. En efecto, se debe precisar que si bien el delito de violación sexual de menor de edad y en el caso concreto respecto a la "violación a la inversa" —en tanto fue el agente quien practicó el acto sexual vía bucal al menor—, se diría que a primera vista solo se considera autor a aquel que accede carnalmente a otro; no obstante, interpretada la norma penal de forma teleológica, no puede ser comprendido desde su acepción usual, sino que el plano normativo implica un entendimiento distinto una vez que los conceptos son trasladados al campo jurídico. En ese sentido, se debe entender que el mensaje no se restringe a que no se puede acceder carnalmente a alguien sino también, de involucrarlo en un acto sexual, interpretación que no significa una vulneración al principio de legalidad, en la medida que se trata de entendimientos normativos sostenidos por la axiología que persigue el Derecho Penal. Así, debe dejarse establecido que a partir de la entrada en vigencia de la Ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, que modifica los artículos ciento setenta y siguientes del Código Penal, se extiende el acto sexual, al ingreso del miembro viril por la boca del sujeto pasivo o viceversa. Este criterio ya fue asumido por esta Suprema Instancia en la Ejecutoria Suprema de fecha tres de julio de dos mil ocho, recaído en el expediente signado como Recurso de Nulidad número doscientos ochenta y tres-dos mil ocho.

Quinto. Aunado al fundamento jurídico precedente, se debe tener en cuenta que para la configuración del delito de violación sexual de menor de edad, son indiferentes los medios utilizados por el autor para la realización del delito (esto es, violencia física, amenaza, engaño, etcétera), puesto que la Ley solo pone como exigencia típica que el

65

sujeto activo dirija su conducta hacia la perpetración del acceso carnal sexual y, en todo caso, si se produjo violencia y/o grave amenaza, el desvalor de la acción podrá significar una mayor dureza en la reacción punitiva. En ese sentido, la posible erotización o consentimiento del menor agraviado no enerva el carácter antijurídico del hecho, puesto que resulta irrelevante para la realización del tipo penal.

Sexto. Que, por los motivos expuestos, este Supremo Tribunal considera que el Tribunal de Instancia realizó una errónea interpretación de la norma y una inadecuada valoración de los elementos de prueba al desvincularse de la tipificación penal y establecer el hecho imputado como delito de actos contra el pudor de menor de edad, respecto al cual sostienen que no concurrió violencia ni amenaza e indicaron que existía error de tipo vencible, puesto que consideraron que el menor agraviado concurrió al salón de belleza del procesado Hinojosa Rivera en forma voluntaria, y como dicho error solo es reprimido como culposo siempre y cuando se hallara previsto como tal, lo que no ocurre en el caso de autos, la conducta desplegada por el acusado devendría en atípica.

Séptimo. En consecuencia, se advierte la transgresión a la garantía de tutela jurisdiccional porque el Tribunal de Instancia no efectuó una debida apreciación del evento *sub iúdice* ni evaluó adecuadamente el material probatorio existente, a fin de establecer con certeza la inocencia o responsabilidad del acusado Hinojosa Rivera respecto del delito de violación sexual de menor de edad (conforme con los términos de la acusación fiscal), pues subsiste la idoneidad de las pruebas, especialmente las declaraciones de la víctima rendidas durante todo

el curso del proceso (tanto a nivel preliminar, en presencia del representante del Ministerio Público, como en sede judicial); en donde, de manera uniforme, coherente y sólida, narró la forma y circunstancias como sucedió el evento delictivo y sindicó plenamente al procesado Hinojosa Rivera como el sujeto que lo obligó a ingresar a su salón de belleza y luego de tomarlo por la fuerza lo despojó de sus prendas de vestir y le succionó su miembro viril, mientras le tenía sujetadas las piernas con una de sus manos a fin de que no oponga resistencia y pueda defenderse.

Octavo. De ahí que la prueba citada precedentemente es legítima y apta, por lo que es válido asimilar su contenido, sobre todo si las declaraciones de la víctima contienen un relato espontáneo y encierran una narración verosímil, y contó con la presencia del representante del Ministerio Público, quien garantizó el respeto a los principios básicos de objetividad e imparcialidad en la investigación.

Noveno. Que esta grave imputación tiene sustento razonable, no solo porque el menor agraviado sindicó y reconoció plenamente al acusado Hinojosa Rivera como el sujeto que le practicó el sexo oral en contra de su voluntad, cuando este contaba con trece años de edad (tal como se acredita con la Partida de Nacimiento de fojas treinta), sino porque dicha incriminación fue ratificada por la víctima cuando se practicó el Protocolo de Pericia Psicológica, en el que luego de reiterar como ocurrieron los hechos, el perito concluyó que el examinado presenta: "Síndrome ansioso reactivo compatible a violencia sexual, personalidad con rasgos de evitación, requiere terapia psicológica individual y familiar, y tratamiento especializado en psiquiatría" (véase a fojas veintidós); documento que fue

debidamente ratificado por su suscriptor a nivel sumarial, quien además sostuvo que el menor no presentaba rasgos de histrionismo, puesto que no tiende a alterar o manipular sus emociones de momento; así como también explicó que la víctima, al momento de los hechos no tuvo la capacidad de discernir cierto peligro y evitar situaciones de riesgo para protegerse y enfrentarse a su realidad (véase a fojas ciento veinticinco).

Décimo. Aunado a lo precedentemente expuesto, se debe tener en cuenta que no se valoró la declaración del imputado Hinojosa Rivera, quien tanto en sede preliminar como a nivel sumarial, aceptó haberle practicado el sexo oral al menor agraviado, por lo que manifestó estar arrepentido por haberse dejado llevar por sus impulsos y pidió perdón al menor y a sus familiares (véase a fojas nueve, y ochenta y seis, respectivamente). Sin embargo, al concurrir a declarar al juicio oral cambió de versión y negó haberle practicado el *fellatio in ore* a la víctima y si aceptó en sus anteriores declaraciones fue porque se encontraba amenazado por un efectivo policial (véase a fojas doscientos sesenta y siete). Esta última versión, brindada en sede plenarial, carece de validez y sustento, puesto que al rendir sus declaraciones primigenias estas contaron con las garantías mínimas exigidas por Ley; máxime si se tiene en cuenta que, respecto al comportamiento del acusado frente a menores de edad, en la Pericia Psicológica que se realizó se concluyó que presenta "una personalidad con rasgos inmaduros, personalidad con rasgos de pedofilia y reacción ansiosa por su condición de interno" (véase a fojas doscientos treinta y seis).

Décimo primero. Que, así los hechos, es indebido que se le reste aptitud probatoria a los elementos citados, sobre todo porque se sostiene indebidamente que estos medios probatorios no configuran

el delito de violación sexual de menor de edad, cuando las pruebas que fueron incorporadas respetando los principios que regulan la actividad probatoria corroborarían la tesis acusatoria, las que ampliamente pueden superar el examen de certeza que se precisó en el fundamento número diez del Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco. En consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida en este extremo, conforme con la facultad contenida en el segundo párrafo, del artículo trescientos uno, del Código de Procedimientos Penales, y disponer que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en el que se deberá dilucidar la responsabilidad penal del acusado Hinojosa Rivera por el delito de violación sexual de menor de edad en perjuicio del menor cuya identidad se mantiene en reserva; para ello se deberán realizar las siguientes diligencias: **i)** La concurrencia del menor agraviado, a efectos de que brinde su declaración en el nuevo juicio oral. **ii)** Resulta imprescindible que se lleven a cabo las pericias psicológica y psiquiátrica al menor agraviado, con el objeto de determinar las secuelas producidas por el presunto delito. **iii)** Que se lleve a cabo la pericia psiquiátrica al procesado, con el objeto de determinar su perfil sexual, así como los rasgos de su personalidad. **iv)** Las demás diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Décimo segundo. Por otro lado, con respecto al extremo impugnado de la sentencia que impuso seis años de pena privativa de la libertad al acusado Hinojosa Rivera como autor del delito de propagación de enfermedad peligrosa, así como el extremo que fijó en la suma de dos mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la víctima; este Supremo

Tribunal considera que el delito no se consumó y, por el contrario, quedó como delito tentado, puesto que no se acreditó que el acusado haya contagiado a la víctima la enfermedad que padece, por lo que dicha conducta quedó en grado de tentativa al haber existido solo la latente posibilidad de ser contagiado por el VIH como consecuencia del acto sexual al que fue sometido. En consecuencia, la pena impuesta al acusado Hinojosa Rivera por el delito de propagación de enfermedad contagiosa debe ser disminuida prudencialmente, de conformidad con el artículo dieciséis del Código Penal.

Décimo tercero. Finalmente, en lo referente al extremo del monto fijado por concepto de reparación civil, se debe tener en cuenta que el artículo doscientos veintisiete del Código de Procedimientos Penales establece que cuando el agraviado se haya constituido en parte civil y considera que el monto indemnizatorio solicitado en el escrito de acusación del Fiscal Superior es insuficiente para cubrir los daños y perjuicios, podrá presentar hasta tres días antes de la audiencia –entiéndase juicio oral– un recurso en el cual hará constar la cantidad en que aprecia los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que debe serle sustituida o pagada. En el caso de autos, la parte civil fue notificada válidamente para presentarse a declarar en el juicio oral respecto del delito de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa (acusación complementaria); sin embargo, no introdujo pretensión resarcitoria alguna diferente a la solicitada por el Fiscal Superior, por lo que es de tomar como base el escrito de acusación para fijar la reparación civil. Por lo tanto, tenemos que en la acusación fiscal se solicitó únicamente la suma de dos mil quinientos nuevos soles como reparación civil; monto resarcitorio que

nuevamente sustentó al momento de formular su requisitoria oral –véase a fojas trescientos cuarenta y dos-. En consecuencia, no se puede fijar un monto mayor por concepto de reparación civil a la solicitada por el representante del Ministerio Público, en razón de que dicha pretensión no fue introducida válidamente por la parte civil.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **NULA** la sentencia de fojas trescientos veintinueve, del dieciséis de octubre de dos mil trece; en el extremo que absolvió a Rodolfo Homero Hinojosa Rivera de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en perjuicio del menor cuya identidad se mantiene en reserva. **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado, donde se deberá tener presente lo expuesto en la presente Ejecutoria Suprema.

II. Declararon **HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que impuso al acusado Rodolfo Homero Hinojosa Rivera, seis años de pena privativa de la libertad como autor del delito contra la Salud Pública-propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa, en perjuicio del menor cuya identidad se mantiene en reserva; reformándola, le impusieron dos años y once meses de privación de la libertad efectiva, al haber quedado el delito en grado de tentativa; la misma que deberá contarse desde el veintisiete de septiembre de dos mil doce (conforme la constancia de detención de fojas sesenta y nueve) y vencerá el veintiséis de agosto de dos mil quince.

III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que fijó por concepto de reparación civil la suma de dos mil quinientos nuevos soles, que deberá pagar el acusado Rodolfo Homero Hinojosa Rivera a favor del menor agraviado. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

MORALES PARRAGUEZ

PT/mist.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA