Desvinculación procesal
Sumilla. Para que se configure la desvinculación procesal deben concurrir los siguientes presupuestos: a) la homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y las pruebas; c) preservación del derecho de defensa; d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y, e) la favorabilidad.

Lima, ocho de junio de dos mil quince.

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el presentante del Ministerio Público, contra la sentencia de fecha diecinueve de junio de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 516, que declaró la desvinculación del tipo penal contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, al delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor de catorce años; que condenó a Helier Jafet Fernández Rosas como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor, en agravio de la menor identificada con las iniciales T. E. Q. L., a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de dos años bajo determinadas reglas de conducta; fijaron en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que el sentenciado deberá abonar a favor de la menor agraviada. Interviene como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

PRIMERO. AGRAVIOS FORMULADOS

El represente del Ministerio Público, al fundamentar sus agravios, de fojas 549, sostiene que la desvinculación llevada a cabo es incorrecta pues el delito de violación sexual de menor de edad se encuentra debidamente acreditado con la sindicación de la menor agraviada,

quien señaló que el procesado introdujo su dedo en su vagina causándole dolor para luego pretender lo mismo con su pene y que ante tal hecho gritó desesperadamente lo que generó que el encausado la soltara y huya de la vivienda; que el Certificado Médico Legal expedido el diez de setiembre de dos mil ocho (tres días después de ocurridos los hechos) concluyó no desfloración pero sí escoriación reciente en la región por encima del meato urinario, lesión que fue producida por frotamiento y no porque la menor arrastrara su vagina sobre una superficie rugosa.

SEGUNDO. TÉRMINOS DE LA IMPUTACIÓN

Conforme fluye de la acusación fiscal, de fojas 268, se atribuye al encausado Helier Jafet Fernández Rosas haber agredido sexualmente a la menor identificada con iniciales T. E. Q. L. de siete años de edad; que dicha agresión ocurrió el siete de setiembre de dos mil ocho a horas diecinueve y treinta cuando el procesado Fernández Rosas ingresó inesperadamente al domicilio de la menor –ubicado en el Sector de Juan Velasco Alvarado, en Villa Perené– cuando no se encontraban los padres. Ya en el interior de la vivienda el procesado jaló a la menor al interior de una habitación, le tapó la boca con su mano para que no gritara, la despojó de sus prendas de vestir, introdujo su dedo en el interior de su vagina y luego la echó sobre la cama, le separó las piernas, poniéndola en posición ginecológica, se puso encima de ella e intentó introducir su pene en el interior de su vagina, segundo hecho que no fue consumado porque la menor comenzó a gritar desesperadamente pidiendo auxilio a su vecinos, instantes en que el procesado se vistió y huyó del lugar.

TERCERO. ANÁLISIS DEL CASO

3.1. Que a fin de emitir un correcto pronunciamiento corresponde en primer lugar examinar la sentencia recurrida en lo que se refiere a la

47

desvinculación del tipo penal de violación sexual de menor de edad. Al respecto, debe tomarse en cuenta que el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República número cuatro guion dos mil siete, referido a la desvinculación procesal prevista en el artículo doscientos ochenta y cinco guion A del Código de Procedimientos Penales, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, estableció que si bien es inmutable el hecho punible imputado por el señor Fiscal Superior en la acusación escrita, es posible que el Tribunal de Instancia, de oficio pueda introducir al debate una nueva calificación jurídica del hecho incriminado, para lo cual deben concurrir los siguientes presupuestos: a) La homogeneidad del bien jurídico tutelado. b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas. c) Preservación del derecho de defensa. d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. e) La favorabilidad; y si bien la regla general es que el Tribunal de Mérito indique a las partes, específicamente a los acusados, la tesis de desvinculación, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que estos pueden solicitar la suspensión de la audiencia e incluso tienen el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba, concretándose así el principio de contradicción como sustento del derecho a conocer previamente los cargos y el ejercicio de su derecho de defensa; sin embargo, el Acuerdo Plenario en referencia también autoriza al Tribunal a realizar la desvinculación, aun sin que se haya planteado la tesis desvinculatoria, cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación; es decir, al advertirse que existe un error en la subsunción normativa realizada por el Ministerio Público.

3.2. Que, en este orden de ideas, en atención a que la desvinculación fue realizada el emitirse sentencia, corresponde determinar si el Tribunal de Instancia hizo bien en plantear la tesis desvinculatoria del delito de violación sexual –sustentado por el señor Fiscal Superior en su acusación escrita y en su requisitoria oral– por el de actos contra el pudor, para lo

cual deberá constatarse si existe una incorrección en la tipificación propuesta por el Ministerio Público; para ello, debe tomarse en cuenta que el delito de violación sexual se configura con el acceso carnal sexual, esto es, cuando se produce la introducción o penetración del miembro viril, otra parte del cuerpo u objetos, en la cavidad vaginal, bucal o anal de la víctima, sin ser necesario que la penetración o introducción sea completa o incompleta.

3.3. Se advierte con claridad que la tesis fáctica expuesta por el Ministerio Público atribuye al encausado Helier Jafet Fernández Rosas, haber agredido sexualmente (violación sexual) a la menor identificada con iniciales T. E. Q. L. de siete años de edad, hechos que de modo alguno pueden subsumirse en el delito de actos contra el pudor, previsto en el artículo 176-A, inciso dos, el cual sanciona a quien, sin propósito de tener acceso carnal, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.

3.4. En el presente caso, el Ministerio Público, al fundamentar sus agravios, sostiene que la desvinculación sostenida por el Colegiado Superior es incorrecta puesto que la hipótesis fáctica planteada en su escrito de acusación de fojas 268 se encuentra debidamente acreditado con la sindicación de la menor y el Certificado Médico Legal que constata la agresión sufrida; en este sentido, se advierte que del estudio y análisis integral del caudal probatorio obrante en autos evidencia que los cargos atribuidos al encausado Helier Jafet Fernández Rosas se condicen con la declaración preliminar brindada por la menor el mismo día de los hechos, de fojas 07, quien sindicó al procesado como la persona que la agredió sexualmente, versión que es ratificada a nivel de instrucción, de fojas 71, al señalar que el día de los hechos, luego de que el encausado ingresó a su casa, la jaló hasta la cama, bajó su pantalón y calzón, le tapó la boca, metió su dedo por donde orina y le produjo dolor, incriminación confirmada a su vez con la

diligencia de reconocimiento llevada a cabo por la menor, de fojas 20, por medio del cual reconoce al encausado Helier Jafet Fernández Rosas como la persona que la violentó sexualmente; con el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 002093-2008-PSC practicada a la menor agraviada, fojas 91, en la que relata de manera coherente la forma cómo sucedieron los hechos, reconociendo al procesado como su agresor y en la que se concluyó que la menor presenta perturbaciones emocionales y reacción ansiosa situacional compatible con estresor de tipo sexual; pericia ratificada, conforme se verifica, a fojas 203, en la que se indica que los efectos emocionales de los hechos se han agudizado por las mismas circunstancias de la investigación; y con la evaluación psiquiátrica practicada a la menor agraviada el 22 de mayo de 2013, en la que reafirma su versión incriminatoria y que en una de las conclusiones se afirma que la menor presenta ansiedad moderada por recibir agresión psicosexual.

3.5. Además de la sindicación persistente, obra en autos el reconocimiento médico legal N.° 002085-IS practicado a la menor agraviada tres días después de ocurridos los hechos, el diez de setiembre de dos mil ocho, fojas 18, en la que se deja constancia de las escoriaciones sufridas por encima de meato urinario –orificio en forma de hendidura por el cual desemboca la uretra hacia el exterior u orificio por el cual sale la orina– y se dispone atención facultativa de un día por siete días de incapacidad médico legal, instrumental debidamente ratificada a fojas 145, en la que se precisa que las lesiones ocasionadas a la menor fueron a causa de frotamientos y que según la explicación brindada por el médico legista Rolando Gálvez Camargo sostiene que por la región del meato urinario se encontró una lesión que tenía un pequeño sangrado, lo que evidencia que los actos realizados por el inculpado no se subsumen en el delito de actos contra el pudor sino en el de violación sexual; de ahí que es de recibo el agravio del fiscal superior, no afectando con ello el derecho de defensa del encausado

pues el suceso fáctico que se le atribuyó y se defendió es el mismo; por ende, la conducta del inculpado se subsume en lo previsto en el inciso uno, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, vigente al momento de los hechos.

3.6. Que delimitado el comportamiento ilícito del encausado a efectos de determinar la consecuencia jurídica penal aplicable, es pertinente señalar que nuestro Código Penal preve como pena única aplicable la de cadena perpetua y en el presente no surge circunstancia alguna que permita reducir la pena; el encausado quebrantó una norma prohibitiva estando en capacidad de motivarse conforme con el mandato emitido y tiene grado de instrucción de educación secundaria, y si bien carece de antecedentes penales y judiciales el desvalor de su conducta que afecta a la indemnidad sexual de una niña de siete años ocasionándole graves secuelas psíquicas, que incidirán en el desarrollo de su personalidad y en su proyecto de vida, le hacen merecedor de tan grave sanción.

3.7. En consideración de lo precedentemente expuesto, es evidente que el juicio de tipicidad llevado a cabo por el Colegiado Superior es incorrecto, puesto que la actuación probatoria evidencia que los hechos imputados se subsumen en el tipo penal imputado; esto es, al delito de violación sexual de menor de edad; siendo ello así, este Colegiado Supremo tiene certeza en grado de convicción de la responsabilidad del encausado Helier Jafet Fernández Rosas por los hechos que se le imputan; por lo que la sentencia recurrida no ha sido expedida conforme a Ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I) HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diecinueve de junio de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de la Corte Superior de Justicia de

Junín, de fojas 516, que declaró la desvinculación del tipo penal contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, al delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor de catorce años; que condenó a Helier Jafet Fernández Rosas como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor, en agravio de la menor identificada con las iniciales T. E. Q. L., a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de dos años bajo determinadas reglas de conducta; **REFORMÁNDOLA**, condenaron a Helier Jafet Fernández Rosas como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales T. E. Q. L., y como tal impusieron la pena de cadena perpetua; **ORDENARON** se cursen los oficios respectivos para su inmediata ubicación y captura del encausado Helier Jafet Fernández Rosas; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

BA/jdr

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianeva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

18 DIC. 2015