



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

RECURSO DE NULIDAD N.° 480-2017 LIMA NORTE

PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Delito Continuado

Sumilla. El artículo 49 del Código Penal señala tres requisitos en el delito continuado: **a)** pluralidad de acciones u omisiones; **b)** unidad de resolución criminal; y, **c)** unidad de delito. El delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, por lo que constituye un delito continuado al tener la misma resolución criminal.

Lima, cuatro de septiembre de dos mil diecisiete

VISTO: el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del acusado Marcial Mariano Mejía (PENA), contra la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta y nueve de fecha quince de noviembre de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor de los delitos contra la libertad sexual-actos contra el pudor y violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales L. E. P. T.; y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-aborto sin consentimiento, en agravio de la menor y la sociedad; y le impuso treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, y fijó por concepto de reparación civil la suma de once mil soles, que deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada (mil por el delito de aborto sin consentimiento; siete mil por el delito de violación sexual de menor y tres mil por el delito de actos contra el pudor); y mil soles por

concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la sociedad (por el delito de aborto sin consentimiento).

Intervino como ponente el señor LECAROS CORNEJO.

CONSIDERANDO

Primero. La defensa técnica del acusado Marcial Mariano Mejía, en la formalización de su recurso de fojas quinientos, sostiene que:

1.1. El Colegiado vulneró el derecho al debido proceso, debida motivación y defensa, al condenarlo sin haber comprobado los cargos que se le imputan; a su vez efectuó una indebida aplicación de los presupuestos previstos en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005.

1.2. El colegiado no ha considerado que la agraviada ha brindado diferentes versiones, durante el desarrollo del proceso, sobre el modo, lugar y circunstancias en que ocurrieron los hechos, sin precisar la dirección de las viviendas donde residió el inculpado.

1.3. El testigo Reiner Enrique Huancas Tineo, en instancia preliminar y judicial, brindó declaraciones contradictorias sobre las circunstancias en que acompañó a la menor al servicio de Emergencia de la Maternidad de Lima y autorizó procedimientos médicos.

1.4. En el acta fiscal se consignó que la menor indicó que el encausado le efectuó tocamientos indebidos, lo que no fue acreditado con prueba alguna.

1.5. El tribunal superior no evaluó la prueba de descargo existente, como el certificado médico legal de fecha veintisiete de septiembre de dos mil trece y los documentos expedidos por la Maternidad de Lima, en los cuales se anotó a Reiner Enrique Huancas Tineo como pareja de la menor, por lo cual este es responsable del embarazo y aborto.

1.6. Se acredita con el informe de Ivett Silva Orellano, médico perito, que el acusado sufre de hipertiroidismo e hipertensión arterial, y el tratamiento médico le produjo impotencia sexual.

1.7. El perito médico no ha podido determinar el motivo del aborto, por lo que no está probado que el encausado haya suministrado medicina alguna a la agraviada.

Segundo. Los hechos materia de acusación que se circunscriben son los siguientes:

2.1. Se imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber realizado tocamientos indebidos a la menor L. E. P. T., aprovechando la confianza que esta le tenía por ser amigo de sus padres y su padrino de promoción de primaria, hecho que ocurrió por primera vez en el interior del inmueble de la agraviada ubicado en el Asentamiento Humano Señor de los Milagros, manzana D, lote tres, en la IV Zona de Collique, distrito de Comas, cuando la menor tenía doce años de edad en el dos mil diez. Se registra que el acusado, con el pretexto de que le revisaba su cuaderno, le tocaba las piernas, los glúteos y a la fuerza la besaba.

2.2. Asimismo, se le imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber abusado sexualmente de la menor de iniciales L. E. P. T. en varias oportunidades. La **primera vez** cuando la menor contaba con trece años de edad en el año dos mil once; en esa oportunidad la llevó con engaños y cerró la puerta, la sujetó a la fuerza y le introdujo su pene. La **segunda vez** se produjo cuando la menor contaba con trece años de edad, entre los meses enero y febrero del año dos mil doce, en el domicilio del procesado en la avenida Los Ángeles, Urbanización La Libertad, interior tres, en Comas. La **tercera vez** fue el treinta y uno de marzo de dos mil trece, cuando la menor contaba con quince años de edad, hecho ocurrido al interior del cuarto del procesado.

2.3. Aunado a ello, se imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber hecho abortar a la menor a consecuencia de la violación sexual que sufrió. Cuando la agraviada le comunicó al procesado que estaba embarazada, el día ocho de junio de dos mil trece, este le hizo tomar vía oral dos pastillas con engaños, diciéndole que era para regular la regla; asimismo, le introdujo la misma cantidad vía vaginal con la única finalidad de que abortara, logrando su objetivo.

Tercero. La calificación jurídica de las conductas ilícitas atribuidas al procesado Marcial Mariano Mejía se encuentran previstas en el Código Penal: **a)** Violación sexual de menor de edad: artículo 173, inciso 2. **b)** Actos contra el pudor: artículo 176-A, inciso 3. **c)** Aborto sin consentimiento o no consentido: artículo 116, primer párrafo.

Cuarto. Las circunstancias agravantes de la conducta del procesado Marcial Mariano Mejía giran en torno a que tenía la calidad de padrino de promoción de primaria de la menor, y que no solo se ganó la confianza de sus padres sino que mostraba interés por ella ofreciéndole revisar sus cuadernos e, incluso, la sacaba de su colegio para llevarla a pasear; así, aprovechando esa particular situación, procedió a violentarla sexualmente mediante amenazas y en una oportunidad le mostró un arma de fuego.

Quinto. Se tienen las declaraciones de la menor agraviada L. E. P. T., a fojas doscientos treinta y cuatro en Juicio Oral, donde en todo momento sindicó al acusado y refirió que es verdad que cuando tenía doce años le tocaba las piernas, el rostro, los senos y le daba besos en la boca. Cuando fue su cumpleaños e iba a cumplir catorce años, le dijo que tenía un regalo para ella y la llevó a su casa. Afirma que el acusado la violó tres veces, la primera vez cuando tenía trece años, en la casa de él, entre el jirón Puno y la Calle Ocho. No usó violencia para violarla, pero le mostró una pistola y quedó embarazada a causa de ello. Se enteró que estaba embarazada porque se desmayó en su salón. El acusado compró una prueba de embarazo y esta salió positiva, luego le compró dos pastillas rojas y se las hizo tomar, y

también se las introdujo por la vagina diciendo que eso iba a truncar sus sueños. Como tenía náuseas agarró un balde y se le ocurrió jalar la placenta quedando colgando algo dentro de ella y se puso una toalla higiénica que se llenó rápido de sangre. Al día siguiente llegó Marcial y le dijo que había abortado, y que algo le colgaba y que a toda hora padecía dolores. Fueron a la maternidad con el acusado y su tío Reiner, ya que el acusado le dijo que tenían que ir con alguien que se haga pasar como su pareja para que la puedan atender. El procesado los esperaba en los exteriores.

Sexto. En los delitos sexuales, en el caso de menores o incapaces, según doctrina mayoritaria, no se protege propiamente la autodeterminación sexual, pues por definición carecen de tal facultad, lo que se vulnera es la indemnidad sexual, en cuya virtud la protección se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad, para que, en el caso de los menores, de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual (se trata de preservar, en todo caso, la libertad sexual o en potencia, de la que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores). Presupone que esas personas no han alcanzado el grado de madurez suficiente y, por ende, se entiende, *a priori*, que carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual.

El desarrollo sexual de los jóvenes tiene que ser protegido contra prematuras y, por lo tanto, potencialmente dañosas influencias de los adultos. En esos delitos es la salvaguarda del bienestar psíquico y los procesos de formalización y socialización de esas personas que presentan una vulnerabilidad especial.

Séptimo. El Acuerdo Plenario N.º 2-2015 ha desarrollado tres garantías de certeza de la declaración de la víctima, para que sea considerada prueba válida, las cuales son:

7.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva. Inexistencia de relaciones entre ambas partes de odio, enemistad, resentimiento y otros que puedan incidir en la parcialidad de la deposición y, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza. En este caso, se debe tener en cuenta la posición de la víctima cuando exista una relación difícil y conflictiva en el seno familiar.

7.2. Verosimilitud. No solo en la coherencia y solidez de la propia declaración —tratándose de menores es importante descartar la tendencia a la fabulación, para lo cual, como se ha expuesto, puede ayudar la pericia psicológica—, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones objetivas de carácter periférico que le doten de aptitud probatoria. Se entienden como tales los reconocimientos médicos, referencias ajenas al testimonio de la víctima, entre otras (STS del veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa). Desde esta perspectiva, las contradicciones en el relato de la víctima, así como su imprecisión, unida a la firma negativa del imputado constituyen, por cierto, una razón valedera para la absolución (Ejecución Suprema recaída en el R. N. N.º 1053-2003). Aun cuando con ciertas reservas, en algunos casos, el Supremo Tribunal ha descartado el juicio positivo de verosimilitud de la denuncia tardía de la víctima, hecho que no se condice frente a la gravedad del delito (Ejecución Suprema del dos de junio de mil novecientos noventa y nueve, recaída en el R. N. N.º 96-99/Lima), aunque, claro, la experiencia criminalística enseña que en muchísimos casos, mayormente asociados a violencia familiar, tal situación es bastante común.

7.3. Persistencia en la incriminación. Es un requisito que puede ser relativizado, en función a la fundabilidad de una retractación ulterior, a los motivos y razonabilidad que lo sustenten. Las presiones del entorno familiar, más aún en un contexto de violencia doméstica o malos tratos, pueden explicar y justificar apartarse del requisito de persistencia en la incriminación, lo que no quita que el testimonio aceptado como válido deba ser coherente, sin ambigüedades ni contradicciones internas. Se entiende

aquí que si la falta de persistencia en la incriminación obedece a presiones externas, consecuentemente, estas, por espurias, no deben conseguir su objetivo, lo que en todo caso merece un análisis explicativo esencial (Buegué Lezaún, STS N.º 24566/92, del seis de noviembre).

Octavo. Analizando la primera garantía de certeza sobre la ausencia de incredibilidad subjetiva, se tiene la manifestación policial, instructiva y la declaración en juicio oral del acusado Marcial Mariano Mejía, obrantes a fojas treinta, ciento dieciséis y doscientos doce, donde señala que la relación que tenía con la menor era cordial y de confianza, e incluso le pagaba sus estudios en el Británico; asimismo, la menor L. E. P. T. señaló que había confianza entre ellos y hasta le ayudaba con sus tareas. De lo esgrimido, se observa que no existía entre ambas partes odio, enemistad o resentimiento que puedan incidir en el testimonio brindado por la menor agraviada.

Noveno. Del análisis la segunda garantía de certeza, referida a la verosimilitud en las imputaciones, estas se encuentran respaldadas con corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le dotan de aptitud probatoria, ya que se hizo un análisis de manera individual y global de todos los medios probatorios. Se acredita con el acta de nacimiento de la menor, obrante a fojas cincuenta y siete, que señala como fecha de nacimiento el tres de marzo de mil novecientos noventa y ocho, y que en la fecha que ingresó al Instituto Materno Perinatal de Lima tenía quince años de edad (diez de junio de dos mil trece). Se corrobora también con el certificado médico legal obrante a fojas cincuenta y cinco que presenta como diagnóstico ginecoobstétrico: aborto incompleto infectado. Esta prueba científica fue ratificada en instancia judicial donde se precisó que el examen clínico determina orificios cervicales abiertos traumatizados y presencia de fármacos en canal vaginal. Por su parte, el resultado del examen clínico toxicológico determina sustancia o fármaco en la paciente. Prueba que acredita la materialidad del delito de aborto sin consentimiento.

Décimo. Respecto a la persistencia en la incriminación, la agraviada L. E. P. T. sostiene un relato fluido, coherente y claro durante el desarrollo del proceso; lo que acredita aún más la perpetración de los delitos materia de procesamiento.

Decimoprimer. Las diligencias de confrontación realizadas a fojas doscientos cincuenta y dos, doscientos cincuenta y tres y doscientos cincuenta y cuatro respaldan la versión incriminatoria de la menor agraviada y la materialidad de los delitos de actos contra el pudor, violación sexual de menor de edad y aborto sin consentimiento. Al respecto se cuenta con:

11.1. Diligencia de confrontación entre el acusado y la madre de la agraviada

A. El acusado refiere que solo realizaba la función de padrino y nunca la retiró del colegio. Al respecto la madre sostiene que sí lo hacía y la iba a visitar a su domicilio, incluso la llevaba al parque, y cuando le reclamó por tantas atenciones le dijo que era su padrino y por eso la llevaba a pasear.

B. La madre ha sostenido que fue el acusado quien le solicitó llevar a la menor a un hospital porque tenía problemas de gastritis, sin embargo, el acusado en juicio oral ha referido todo lo contrario.

C. El acusado asegura que la madre defiende a su hermano. Por su parte, la madre le dice que es mentira.

D. La madre afirma que le da pena porque confió mucho en él y no pensó que iba a hacer eso, y que por más que se quede libre Dios lo va a castigar. La mamá le encara las acusaciones y el acusado le dice que hace eso solo para tapar a Reiner.

11.2. Diligencia de confrontación entre el acusado y la agraviada

A. La agraviada señala que el acusado empezó a tocar su cuerpo cuando tenía trece años, y a los trece años y medio la violó; la amenazaba y tenía un arma.

- B. La agraviada encara al acusado, le dice que no puede creer que mienta; que él le tocaba las nalgas y la besaba en la boca.
- C. El acusado le dice: “Reiner es tu pareja”.
- D. La agraviada de dice que le destrozó la vida y el acusado manifiesta que él no puede tener hijos.
- E. La agraviada llora y le dice que abusó de ella, que ella no miente y el acusado manifiesta que está protegiendo a Reiner.
- F. La agraviada señala que él le dio pastillas para abortar y el acusado le dice que es mentira.
- G. La agraviada le dice que él tiene una pistola y el acusado dice que es mentira.

11.3. Diligencia de confrontación entre el acusado y el testigo Reiner Enrique Huancas Tineo

- A. El testigo le dice que lo está “agarrando de cholo” y el acusado refiere que a él no lo dejaron entrar a la maternidad porque era un simple acompañante.
- B. El testigo le dice que lo amenazó con un cuchillo porque le dijo que estaba enamorado de su sobrina y el acusado lo niega.
- C. El acusado le dice que él es responsable porque pagó el taxi y los gastos, y el testigo le dice que lo hizo porque el acusado manifestó que sus tarjetas estaban bloqueadas.
- D. El testigo lo encara y le dice que él le pidió que se haga pasar por su pareja porque, si no, no la iban a atender y el testigo dice que es mentira.

Decimosegundo. Respecto al agravio f sostenido por la defensa técnica del acusado Marcial Mariano Mejía: “Se acredita con el informe de Ivett Silva Orellano, médico perito, que el acusado sufre de hipertiroidismo e hipertensión arterial y el tratamiento médico le produjo impotencia sexual”;

si bien es cierto la perito médico legal a fojas doscientos nueve concluye: “Capacidad eréctil ausente”, indicó que: “no se puede precisar desde cuándo presenta dicha patología, y que en el examen se señaló que la fecha de última relación sexual fue hace un año; el acusado no respondió a la evaluación de reflejos, por eso deteminó que tenía capacidad eréctil ausente, pero el peritaje concluyó que hace un año que no tiene acto sexual. Refiere que su capacidad eréctil disminuyó porque consume medicamentos hipertensivos, pero que normalmente sí puede tener relaciones sexuales, aunque por su edad la capacidad de erección disminuye. Sostiene que los que tienen problemas de próstata o erección frente a una joven atractiva sí pueden lograr la erección y mantener las relaciones sexuales”. Con lo que se acredita que existen suficientes elementos de prueba de cargo que acreditan, aún más, la perpetración de los delitos materia de juzgamiento.



Decimotercero. Después de corroborar las pruebas y hacer un análisis de los hechos, se tiene que la sentencia materia de grado se encuentra debidamente fundamentada y sustentada con una correcta valoración probatoria que se recabó a lo largo del proceso, con lo que se acredita la responsabilidad del encausado Marcial Mariano Mejía en los ilícitos que se le instruye.

Decimocuarto. En el presente caso, hay que tener en cuenta el artículo 49 del Código Penal, el cual señala tres requisitos en el delito continuado: **a)** pluralidad de acciones u omisiones; **b)** unidad de resolución criminal; y, **c)** unidad de delito.

Decimoquinto. Respecto a la unidad de sujeto activo, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; asimismo, los diversos actos o hechos —sean comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a

cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única.

Decimosexto. Es indispensable tener en cuenta la unidad normativa relativa, esto es, infracción de la misma disposición o de una semejante, además de que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción infrinjan de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante, a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo. Así las cosas, puede haber un nexo de continuación entre un tipo simple y uno calificado; entre una conducta tentada y otra realizadora del tipo penal, o al revés (acto completado seguido de tentativa); o entre la ejecución del tipo básico y el agravado, etc. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma finalidad, encajen en un mismo supuesto de hecho o tipo penal, y se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva. Asimismo, se exige que la conducta solo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico.

Decimoséptimo. El delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor, se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, y constituye un delito continuado al tener la misma resolución criminal, por lo cual es pertinente absolver por dichos actos contra el pudor. En cuanto al delito de aborto tipificado en el artículo 116, primer párrafo, del Código Penal, se configura cuando el agente, sin tener el consentimiento de la mujer en estado de gestación, la somete a prácticas abortivas; quedando acreditada tal conducta con la diligencia de entrevista a la menor practicada por el fiscal, donde señala que el acusado le introdujo dos pastillas por la vagina y le dio de tomar dos más; asimismo con el certificado médico legal practicado a la menor L. E. P. T., con fecha veintisiete de septiembre de dos mil trece, el cual concluyó como diagnóstico ginecoobstétrico: aborto incompleto infectado.

Decimoctavo. La pena que correspondería imponer al acusado Marcial Mariano Mejía por el delito de violación sexual sería la de cadena perpetua, a

tenor de lo previsto en el artículo 173, última parte, del Código Penal (al ser el sentenciado el único recurrente, la misma debe quedar en treinta y cinco años); y en atención a que el delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, constituyendo un delito continuado, la pena a imponerse respecto a ello sería de 35 años; y, respecto al aborto sin consentimiento, correspondería aplicar la pena privativa de libertad de tres años. Por lo que para la determinación de la pena, es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en los artículos octavo y noveno del Título Preliminar del Código Penal, y los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del citado Código, así como deben valorarse las circunstancias que acompañaron a la comisión del delito y la conducta del encausado Mariano Marcial Mejía, por lo demás deberá valorarse la presencia del concurso real entre la violación y el aborto, y teniendo en cuenta que la sumatoria de penas no puede exceder de los treinta y cinco años, se queda con la misma.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta y nueve de fecha quince de noviembre de dos mil dieciséis, que condenó al acusado Marcial Mariano Mejía como autor del delito de violación sexual de menor de edad y aborto sin consentimiento, en agravio de la menor L. E. P. T. y la sociedad; y le impuso treinta y cinco años de pena privativa de libertad; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que condena a Marcial Mariano Mejía como autor del delito contra el pudor en agravio de la menor L. E. P. T. Reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el anotado delito; con respecto a la reparación civil **NO HABER NULIDAD** respecto a los mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la sociedad; y **HABER NULIDAD** respecto de los once mil soles que

deberá abonar el sentenciado por concepto de reparación civil a favor de L. E. P. T.; **reformándola**, la fijaron en ocho mil soles (siete mil soles por el delito de violación y mil soles soles por el delito de aborto sin consentimiento); y los devolvieron.

S. S.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHAVES ZAPATER

CALDERÓN CASTILLO

JLLC/isa