



**El delito de actos contra el pudor en menor**

**Sumilla.**

- I. De acuerdo a los fundamentos doctrinales fijados, y con pleno respeto del *factum* acreditado por los órganos jurisdiccionales sentenciadores, es razonable deducir que el objetivo final del imputado siempre fue realizar tocamientos lúbricos y frotaciones en las zonas íntimas de la menor. La orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a realizar dichas acciones. No converge prueba objetiva, propuesta y valorada en el juicio oral, que refute lo contrario.
- II. En observancia del principio de legalidad, los hechos descritos configuran el delito de actos contra el pudor, previsto y penado en el artículo 176-A, en concordancia con el último párrafo del artículo 173, del Código Penal, según la Ley número 28704, de fecha cinco de abril de dos mil seis. Esta última tipificación fue postulada en el dictamen acusatorio de fojas setenta y uno, y replicada en los alegatos de clausura de fojas ciento cuarenta y dos. No se vulneró el principio de congruencia procesal.
- III. En atención a los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, corresponde imponer al imputado López Padilla, diez años y ocho meses de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta que se ha configurado un delito continuado.

**–SENTENCIA DE CASACIÓN–**

Lima, veinticinco de octubre de dos mil dieciocho

**VISTOS:** el recurso de casación interpuesto por el encausado RAFAEL SANTOS LÓPEZ PADILLA, contra la sentencia de vista de fojas trescientos tres, de nueve de marzo de dos mil diecisiete, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta y uno, de quince de septiembre de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en perjuicio de la menor de iniciales A. J. M. O. a veintitrés años y seis meses de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al numeral nueve, del artículo treinta y seis del Código Penal,



así como al pago de siete mil soles por concepto de reparación civil, así como ordenaron, de conformidad con el artículo 178-A del Código Penal, practicarse al acusado un tratamiento psicológico, para que sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

### **FUNDAMENTOS DE HECHO**

**PRIMERO.** Las sentencias de mérito declararon probado que el imputado Rafael Santos López Padilla el veintiocho de julio de dos mil quince, a las diez horas aproximadamente dentro de su vivienda donde residía con la menor agraviada, en ese entonces de once años de edad, la habría jalado y bajado su pantalón hasta las rodillas, frotando su pene en el ano de la menor, lo cual fuera descubierto por el hermano menor de esta, para luego sentarse el sentenciado en una silla, masturbarse y eyacular sobre el piso. Asimismo, que el sentenciado realizaba actos similares en perjuicio de la menor desde que tenía cinco años de edad; tales actos consistían en besarla, sobarle el pene por el ano, masturbarse delante de ella e intentar penetrarla con su miembro viril. Estos sucesos ocurrieron desde que la menor tenía cinco años de edad hasta la última oportunidad que fue en julio de dos mil quince.

**SEGUNDO.** La sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta y uno, de quince de septiembre de dos mil dieciséis, condenó al imputado López Padilla como autor del delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, a veintitrés años y seis meses de pena privativa de libertad, inhabilitación, al pago de siete mil soles por concepto de reparación civil, así como ser sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.



Interpuesto el respectivo recurso de apelación por el encausado López Padilla y dado el trámite impugnativo la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa emitió la sentencia de vista de fojas trescientos tres, de nueve de marzo de dos mil diecisiete, que confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus extremos. Contra esta sentencia de vista el encausado López Padilla interpuso recurso de casación.

**TERCERO.** El encausado López Padilla en su recurso de casación de fojas trescientos veintidós, de veintidós de marzo de dos mil diecisiete, invocó como motivos de casación: la inobservancia de preceptos constitucionales (principio de congruencia, debido proceso, derecho de defensa, principio de correlación entre acusación y sentencia) e inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad (el procedimiento previsto en el inciso 1, del artículo 374 del Código Procesal Penal; asimismo, los incisos 1 y 2, del artículo 397 del citado Código Adjetivo): artículos 429, incisos 1 y 2, del Código Procesal Penal.

**CUARTO.** Conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas noventa y nueve, de cinco de septiembre de dos mil diecisiete, es materia de dilucidación en sede casacional:

**4.1.** Las causales de inobservancia de garantías constitucionales y de infracción de norma procesal sancionada con nulidad: artículo 429, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal. Se ampararon las causales postuladas por el recurrente.

**4.2.** Esto es, si la sentencia fue expedida con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías; y, si la sentencia



incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

**QUINTO.** Instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución –con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado López Padilla–, se expidió el decreto de fojas ciento once, de seis de septiembre dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día cuatro de octubre último.

**SEXTO.** Según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa técnica del recurrente, doctor Denis Montoro García. Concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada, tras el formal debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** La fiscalía, por los hechos examinados, investigó, procesó y acusó al encausado López Padilla, por el delito de violación sexual de menor de edad y, alternativamente, por el ilícito de actos contra el pudor en menores, ambos en grado consumado, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales A. J. M. O. El órgano jurisdiccional competente emitió la respectiva sentencia y calificó los hechos como violación sexual de menor de edad pero en grado tentado (mantuvo el tipo penal previsto en el primer párrafo numeral uno, y el último párrafo del artículo 173 del Código Penal –consumado–, pero condujo al grado



de tentativa, concordándolo con el artículo 16 del Código Penal); y, le impuso una pena privativa de libertad de veintitrés años y seis meses.

En la segunda sentencia, se resolvió la situación jurídica del acusado recurrente López Padilla, y el órgano jurisdiccional confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus extremos, es decir, tanto en la pena como en la condena.

**SEGUNDO.** Siendo así, es necesario analizar el aspecto subjetivo de los delitos de violación sexual de menor de edad y de actos contra el pudor a fin de dilucidar si el tipo penal atribuido al encausado es el correcto.

**2.1.** En el delito de violación de la libertad sexual, el tipo subjetivo se encuentra constituido por dos elementos: **(a)** el primero denominado “elemento subjetivo adicional al dolo” y **(b)** el segundo “dolo”.

**(a)** El elemento subjetivo adicional al dolo, se encuentra constituido por la finalidad última que persigue el agente con su conducta. Es decir, que el autor tiene como fin lograr la satisfacción de su apetito sexual; es así que para lograr su objetivo, el agente, la mayoría de las veces, actúa por medio de un plan previamente ideado. El agente debe actuar motivado en lograr la satisfacción sexual y dicha finalidad lasciva puede presentarse de forma principal o accesorio.

**(b)** El otro elemento es el dolo, el cual se presenta cuando el agente actúa con conocimiento y voluntad de cometer el ilícito, es decir, que el sujeto activo debe saber que con la actuación voluntaria desplegada por él, esto es poniendo en movimiento la violencia o amenaza grave, someterá a la víctima al acceso carnal sexual, colocándola en un



comportamiento pasivo con la finalidad que soporte el acceso carnal sexual no requerido por ella<sup>1</sup>.

**2.2.** El ilícito de actos contra el pudor se presenta cuanto el sujeto activo realiza tocamiento lúbrico somático en el cuerpo de la víctima; estos pueden consistir en la palpación, tocamiento o manoseos de las partes genitales. En cuanto al tipo subjetivo, el hecho siempre se comete a título de dolo, además en este también se presenta un propósito lascivo de satisfacción de parte del agente.

Como se sostuvo, necesariamente se requiere la presencia del dolo. El agente con el ánimo de satisfacer sus apetencias sexuales y sin tener el propósito o intención de realizar el acceso carnal sexual o análogo, realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos o eróticos contrarios al pudor, recato o decencia. Salinas Siccha citando a Bramont-Arias Torres y García Cantizano señala que “se requiere necesariamente el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar actos contrarios al pudor, con exclusión del propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, es decir, de violar, lo que permite distinguir un acto contrario al pudor de una tentativa de violación”<sup>2</sup>.

**TERCERO.** En ese orden de ideas, es pertinente reseñar que la Sala Penal Superior, en lo sustancial, dio por acreditados las siguientes circunstancias: **(i)** si bien la menor en sus distintas declaraciones sostuvo que el procesado la había “penetrado” en dos ocasiones “por detrás”, la primera vez cuando tenía siete años de edad y la segunda cuando

---

<sup>1</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal parte especial*. Lima. Quinta edición. Grijley. 2013. Pág. 717.

<sup>2</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal parte especial*. Volumen 2. Lima. Séptima edición. Editorial Iustitia. 2018. Pág. 1085.



contaba con diez años de edad; dicha penetración fue descartada con el examen médico legal respectivo, que concluyó: “No presenta signo de desfloración himeneal, ni lesión genital reciente, no presenta signo de lesiones traumáticas paragenitales, ni extragenital reciente, no presenta signo de acto contranatura, no requiere incapacidad médico legal” (Sic). Aunado a ello, se tuvo en consideración la declaración efectuada por el hermano de la menor, de cuatro años de edad, con referencia a los hechos suscitados; **(ii)** se consideró probaba la tesis de la tentativa de violación sexual de menor de edad, por el hecho que el acusado besó, sobó el pene por el ano de la agraviada e intentó penetrarla; **(iii)** se estableció que la afirmación de la menor en el sentido que el sentenciado la “penetraba”, se refiere a la sensación que tenía cuando este último empujaba su pene con fuerza y le producía dolor, pero sin que, en efecto, haya existido una penetración.

**CUARTO.** Este Tribunal Supremo se encuentra habilitado para analizar la subsunción jurídica efectuada por la Sala Superior. En ese sentido, la dilucidación jurídica discurre por examinar el aspecto subjetivo del comportamiento del agente delictivo, a efectos de establecer si la intención desplegada por este estaba circunscrita a realizar tocamientos lúbricos o, en su caso, era el de perpetrar un acto sexual que no llegó a consumarse, contrastándose una tentativa, conforme concluyó la Sala Superior.

**QUINTO.** El dolo, por estar referido a un aspecto de consciencia inaprensible para el juzgador, no suele acreditarse a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido con datos fácticos debidamente acreditados. En el presente caso, los hechos descritos se produjeron en el inmueble familiar cuando la madre de la



menor se encontraba ausente. El último ocurrió en presencia de su hermano menor. El *modus operandi* estaba circunscrito a retirar las prendas que cubrían sus zonas íntimas y frotarle sus genitales en su ano. Estos hechos fueron repetidos anteriormente desde que la menor tenía cinco años de edad.

**SEXTO.** Bajo los fundamentos doctrinales fijados precedentemente, y con pleno respeto del *factum* acreditado por los órganos jurisdiccionales sentenciadores, es razonable deducir que el objetivo final del imputado siempre fue realizar tocamientos lúbricos y frotaciones en las zonas íntimas de la menor. La orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a realizar dichas acciones. No converge prueba objetiva, propuesta y valorada en el juicio oral, que refute lo contrario.

**SÉPTIMO.** En consecuencia, en observancia del principio de legalidad, los hechos descritos configuran el delito de actos contra el pudor, previsto y penado en el artículo 176-A, en concordancia con el último párrafo del artículo 173, del Código Penal, según la Ley número 28704, de fecha cinco de abril de dos mil seis. Esta última tipificación fue postulada en el dictamen acusatorio de fojas setenta y uno, y replicada en los alegatos de clausura de fojas ciento cuarenta y dos. No se vulneró el principio de congruencia procesal.

#### **DEL QUÁTUM DE LA PENA A APLICARSE**

**OCTAVO.** En lo atinente a la determinación judicial de la pena, cabe precisar que el artículo 176-A, en concordancia con el último párrafo del artículo 173, del Código Penal, según la Ley número 28704, de fecha cinco de abril de dos mil seis, prevé un margen de punibilidad abstracto no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad.





**NOVENO.** Conforme con el artículo 45-A del Código Penal, corresponde dividir la pena abstracta en tres partes: el tercio inferior (de diez años a diez años y ocho meses); tercio intermedio (de diez años y ocho meses a once años y cuatro meses); tercio superior (de once años y cuatro meses a doce años).

**DÉCIMO.** En la dosificación punitiva es preciso ponderar, de conformidad al artículo cuarenta y seis, de un lado, que el procesado carece de antecedentes penales; y, de otro lado, que no concurre causal alguna de disminución de punibilidad, que justifique la rebaja de la pena a límites inferiores al mínimo legal. La pena concreta será establecida en el tercio inferior (de diez años a diez años y ocho meses).

**UNDÉCIMO.** El principio de proporcionalidad, no sólo es concebido como una “prohibición de exceso”; pues, también se le asigna un enfoque de “prohibición por defecto”, con la finalidad de impedir que la pena menoscabe la responsabilidad por el hecho. Asimismo, el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, de aplicación transversal a los poderes públicos especialmente encargados del sistema de administración de justicia, ha determinado que constituye un deber público: “(...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bien general que se fundamenta en la justicia y en el derecho integral y equilibrado de la Nación (...)”.

**DUODÉCIMO.** Corresponde tomar en cuenta la gravedad del hecho punible, cuyo reproche jurídico es absoluto. Por lo tanto, en atención a los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, corresponde imponer al imputado López Padilla, diez años y ocho meses



de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta que se ha configurado un delito continuado. Manteniéndose el monto de la reparación civil fijado (no fue objeto de casación).

**DECIMOTERCERO.** El artículo 178 – A del Código Penal establece que: “El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico y psicológico que determine su aplicación, será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social”. Siguiendo lo acotado, corresponde disponer que el procesado realice el tratamiento terapéutico correspondiente.

**DECIMOCUARTO.** En consecuencia, el recurso de casación planteado por el sentenciado, se declara fundado. La sentencia de vista será casada. Procede, entonces, al no ser necesaria nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa, a tenor del artículo 433, numeral 1), del citado Código Adjetivo, emitir un fallo sustitutivo y condenar al procesado como autor del delito de actos contra el pudor, previsto y penado en el artículo 176-A, en concordancia con el último párrafo del artículo 173, del Código Penal, según la Ley número 28704, de fecha cinco de abril de dos mil seis.

## **DECISIÓN**

Por estos fundamentos:

**I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado RAFAEL SANTOS LÓPEZ PADILLA, contra la sentencia de vista de fojas trescientos tres, de nueve de marzo de dos mil diecisiete, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta y uno, de quince de septiembre de dos mil dieciséis, que lo condenó como



autor del delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en perjuicio de la menor de iniciales A. J. M. O. a veintitrés años y seis meses de pena privativa; y,

**II. CASARON** la referida sentencia de vista de fojas trescientos tres, y reformándola, **CONDENARON** a Rafael Santos López Padilla como autor del delito de actos contra el pudor en menor, previsto en el artículo 176-A, del Código Penal, y como tal, le impusieron diez años y ocho meses de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintiocho de julio de dos mil quince, vencerá el veintiocho de marzo de dos mil veintiséis; y, **DISPUSIERON** que el acusado, de conformidad con el artículo 178-A del Código Penal, previo examen médico y psicológico que determine su aplicación, sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.

**III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la señorita secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes. Intervino el señor Bermejo Ríos, por licencia de la señora Barrios Alvarado.-

**S.S.**

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

**CHÁVEZ MELLA**

BERMEJO RÍOS

CHM/jj