

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Casación N.º 790-2018/San
Martín

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Diana Berenice de Jesus Novario Castilla

ASESOR:

Carolina Soledad Rodríguez Castro


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, RODRIGUEZ CASTRO, CAROLINA SOLEDAD, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Casación N° 790-2018/San Martín", del autor NOVARIO CASTILLA, DIANA BERENICE DE JESUS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin del 11 de julio del 2025.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2025

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> RODRIGUEZ CASTRO, CAROLINA SOLEDAD,	
DNI: 45577436	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2883-9361	

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la Casación N.º 790-2018/San Martín, centrada en la valoración de la declaración de la víctima como único medio probatorio en un proceso penal por delitos sexuales. El problema principal identificado es si la decisión judicial de acreditar parcialmente dicho testimonio, sin elementos de corroboración periférica, vulnera el debido proceso y el principio de presunción de inocencia.

El análisis se realiza a través del método dogmático-jurídico, con base en normas constitucionales, legales, jurisprudencia nacional y doctrina especializada. Se aplica además el método sistemático de interpretación jurídica para establecer la relación entre los principios procesales y las exigencias probatorias.

Se sostiene que la fragmentación del testimonio de la víctima, sin una valoración integral ni corroboración objetiva, compromete la imparcialidad judicial, debilita el derecho de defensa y afecta la debida motivación. Asimismo, se concluye que el estándar probatorio de certeza no fue alcanzado, en tanto el testimonio no superó el juicio de credibilidad conforme a los criterios exigidos por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, se coincide con el fallo de la Corte Suprema en cuanto a la indebida motivación de la sentencia de vista; sin embargo, se advierte que esta no abordó de forma suficiente la discusión sobre la idoneidad probatoria del testimonio único de la víctima en ausencia de otros elementos de cargo.

Palabras clave

valoración probatoria, declaración de la víctima, presunción de inocencia, debido proceso, estándar de certeza.

ABSTRACT

This legal report analyzes Supreme Court Case No. 790-2018/San Martín, which focuses on the assessment of the victim's statement as the sole piece of evidence in a criminal trial for sexual offenses. The main issue identified is whether the judicial decision to partially accept such testimony—without peripheral corroborative elements—violates due process and the principle of presumption of innocence.

The analysis is conducted using the dogmatic-legal method, based on constitutional and legal norms, national case law, and specialized doctrine. The systematic method of legal interpretation is also applied to examine the relationship between procedural principles and evidentiary requirements.

It is argued that fragmenting the victim's testimony, without a comprehensive evaluation or objective corroboration, undermines judicial impartiality, weakens the right to defense, and affects the reasoning of the judgment. It is also concluded that the standard of certainty was not met, as the testimony failed to pass the credibility assessment required under the applicable legal framework.

Finally, the report agrees with the Supreme Court's decision regarding the insufficient reasoning of the appellate judgment; however, it also notes the lack of a deeper analysis on the evidentiary sufficiency of the victim's testimony when no additional incriminating evidence is present.

Keywords

evidentiary assessment, victim's statement, presumption of innocence, due process, standard of certainty.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Justificación de la elección de la resolución.....	6
1.2 Presentación del caso y del análisis.....	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	9
2.1 Antecedentes.....	9
2.2 Hechos relevantes del caso.....	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
3.1 Problema principal.....	13
3.2 Problemas secundarios.....	13
3.3 Problemas complementarios.....	13
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	14
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	14
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	15
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	17
5.1 ¿Se cumplieron los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para que la declaración de la víctima sea considerada como prueba válida en el proceso penal?	17
5.2 ¿Se alcanzó el estándar probatorio de certeza para garantizar que la valoración del testimonio de la víctima no vulnerara el principio de presunción de inocencia en este caso?	25
5.3 ¿En qué circunstancias puede el testimonio de la víctima constituir una prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria en ausencia de pruebas objetivas, sin que se infrinja el principio de presunción de inocencia?.....	32
5.4 ¿La configuración tradicional del tipo penal de violación sexual de menor de edad, que establece al agresor como el sujeto activo y a la víctima como el pasivo, genera un sesgo en el análisis de la conducta típica y en la selección de diligencias investigativas?	38
5.5 ¿La configuración del tipo penal de actos contra el pudor en menores genera confusión al momento de determinar si existe un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad?	41
5.6 ¿Es necesario acreditar el elemento subjetivo “sin propósito de tener acceso carnal” en el tipo penal de actos contra el pudor en menores?.....	47
5.7 ¿Se aplicó correctamente la calificación alternativa de los delitos en el presente caso, teniendo en cuenta los hechos y la normativa aplicable?.....	51
5.8 ¿El uso de la declaración de la víctima como prueba suficiente para sentenciar, cuando el juez decide acreditar solo una parte de su testimonio, vulnera las garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia?.....	56

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	64
BIBLIOGRAFÍA.....	67



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Casación N° 790-2018/San Martín
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Penal y Derecho Procesal Penal
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Sentencia de Casación
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Fiscal Superior de Moyobamba
DEMANDADO/DENUNCIADO	Marco Antonio Vásquez Mendoza
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
TERCEROS	
OTROS	<i>[En este rubro, el/la estudiante puede tener en consideración cualquier otro dato que considere importante o que le genere duda, a fin de abordarlo con el/la asesor/a.]</i>

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Casación N° 790-2018/San Martín para la elaboración de este informe jurídico responde a mi interés por analizar en profundidad la valoración probatoria de la declaración de la víctima en casos de delitos sexuales. Este tema me parece de especial relevancia, ya que ofrece diversas perspectivas de análisis y puede dar lugar a un debate académico sobre la aplicación de principios fundamentales del derecho penal, especialmente en lo que respecta a la suficiencia y objetividad de las pruebas.

Además, esta resolución reviste una importancia jurídica significativa, ya que aborda aspectos clave de la interpretación y aplicación de principios fundamentales del derecho penal, como el precepto material y la debida motivación, temas que también serán analizados en este informe. La combinación de estos elementos permite un enfoque integral sobre cómo la valoración de las pruebas, en particular el testimonio de la víctima, interactúa con otras garantías procesales y principios esenciales del derecho penal.

Asimismo, la complejidad del caso se deriva de la interacción entre el testimonio de la víctima, la ausencia de elementos de corroboración periférica y la calificación de los delitos. En particular, la valoración fragmentada del testimonio —acreditado parcialmente para una figura delictiva y desestimado en otro extremo respecto de una calificación distinta— plantea dudas sobre la coherencia del razonamiento judicial, más que sobre el uso del medio de prueba en sí. Esta forma de análisis genera incertidumbre en cuanto a la correcta aplicación de los principios procesales, especialmente en lo relativo a la valoración integral de la prueba y la motivación del fallo.

Esto complejiza la evaluación del caso, ya que se cuestiona si se cumplieron los criterios exigidos para la valoración de las pruebas, como la necesidad de corroboración periférica, conforme lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. En este contexto, la

resolución de la Casación N.º 790-2018/San Martín adquiere especial relevancia, pues ilustra cómo la interpretación y aplicación de estos estándares puede afectar la objetividad de la sentencia, generando un debate sobre el cumplimiento de las garantías fundamentales del debido proceso y la presunción de inocencia.

1.2 Presentación del caso y del análisis

La Casación N.º 790-2018/San Martín aborda la infracción de un precepto material debido a una interpretación errónea de los tipos penales, así como la vulneración de la garantía de debida motivación, en el contexto de un caso de abuso sexual a un menor de edad. Este caso fue calificado principalmente como violación sexual de menor de edad (artículo 173, numeral 2, del Código Penal¹ y último párrafo del mismo artículo) y alternativamente como actos contra el pudor en menores (artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal²), siendo la declaración de la víctima la prueba central en el proceso.

La problemática principal surge cuando el testimonio de la víctima es valorado de forma fragmentaria para condenar por el delito de actos contra el pudor, pero es descartado en otro extremo para absolver por el delito de violación sexual. Esto plantea la siguiente cuestión central: ¿El uso de la declaración de la víctima como prueba suficiente para sentenciar, cuando el juez decide acreditar solo una parte de su testimonio, vulnera las garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia?

A partir de esta interrogante surgen otras preguntas relacionadas, tales como: ¿Qué garantías del debido proceso se ven afectadas? ¿Se realizó una adecuada valoración probatoria de acuerdo con los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico? ¿Puede el testimonio de la víctima ser suficiente para fundamentar una sentencia, especialmente cuando no existen otros elementos

¹ Artículo vigente a la fecha de los hechos, antes de la modificatoria del Código Penal por la Ley 30838, publicada el 4 de agosto de 2018.

² Artículo vigente a la fecha de los hechos, antes de la modificatoria del Código Penal por la Ley 30838, publicada el 4 de agosto de 2018.

probatorios objetivos? Y, finalmente, ¿se cumplió con el estándar probatorio de certeza para asegurar que no se vulneró el principio de presunción de inocencia?

Desde mi perspectiva, el uso de la declaración de la víctima como prueba suficiente, cuando el juez decide acreditar solo una parte de su testimonio, vulnera las garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia. Esta práctica genera incertidumbre sobre la objetividad de la sentencia, afecta la imparcialidad del juez y limita el derecho de defensa, ya que no se puede contradecir una prueba aceptada en un extremo y desestimada en otro; asimismo, compromete la motivación de la sentencia, ya que se basa en una prueba inadecuadamente valorada. Además, la presunción de inocencia se ve comprometida al no existir prueba de cargo suficiente.

De acuerdo con el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116, para que una declaración testimonial sea considerada prueba válida, debe cumplirse el criterio de corroboración periférica. En este caso, no se contaba con estos elementos de respaldo, lo que contraviene lo establecido en dichos acuerdos. Aunque el testimonio de una sola persona puede ser suficiente en ciertos casos, siempre se debe garantizar que el juez motive adecuadamente su decisión, explicando cómo la declaración de la víctima alcanza el estándar de certeza requerido para acreditar los hechos, lo cual no ocurrió en este caso.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se emplea el método dogmático-jurídico, mediante el cual se realiza un análisis sistemático del derecho vigente, comprendiendo tanto las normas como la jurisprudencia y la doctrina relevante. Asimismo, se recurre al método sistemático de interpretación jurídica, que permite comprender el alcance de las disposiciones legales en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico, especialmente cuando se trata de principios y garantías del proceso penal.

En esa línea, se utilizarán como base diversos instrumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios relevantes dentro del ordenamiento jurídico peruano. En primer lugar, se hará referencia a la Convención Americana de

Derechos Humanos, la Constitución Política del Perú, así como al Código Penal y al Código Procesal Penal, los cuales constituyen el marco legal fundamental para el análisis penal y procesal. Asimismo, se considerarán diversos Acuerdos Plenarios emitidos por la Corte Suprema, entre ellos el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N.º 01-2019/CIJ-116.

Del mismo modo, se analizarán precedentes judiciales relevantes, como la Casación N.º 1773-2021, la Casación N.º 933-2021, la Sentencia de Vista N.º 047-2024, el Recurso de Apelación N.º 41-2023, el Recurso de Nulidad N.º 515-2016, el Recurso de Nulidad N.º 1026-2019 y el Recurso de Nulidad N.º 261-2020, así como otros pronunciamientos que resultan pertinentes para el desarrollo del análisis. También se incluirán sentencias del Tribunal Constitucional, correspondientes a los Expedientes N.º 00728-2008-HC/TC, N.º 04415-2013-PHC/TC y N.º 00088-2020-PA/TC, esenciales para tener una interpretación constitucional de los derechos fundamentales en el proceso penal.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

El caso se desarrolla en la ciudad de Moyobamba, en la provincia de San Martín, donde, a solicitud de su madre, el menor de iniciales W.A.G.C., de doce años, se encuentra con Marco Antonio Vásquez Mendoza, quien era profesor de los hermanos menores del niño, Cristian y Flavia, en la Institución Educativa “Juan Clímaco Vela Reyes”.

El propósito de este encuentro era que el profesor dialogara con el menor sobre su conducta rebelde, una situación que preocupaba a su madre. La reunión tuvo lugar en abril de 2014, en el domicilio de Marco Antonio Vásquez Mendoza, ubicado en el jirón Los Helechos, cuadra dos, del Sector Punta de Doña, Barrio El Calvario.

2.2 Hechos relevantes del caso

En el día y lugar de los hechos, Marco Vásquez le expresó al menor su deseo de “agarrarlo como maniquí”, propuesta que fue aceptada. Tras dialogar sobre diversos temas, el profesor le sugirió hacerle masajes, lo que el menor aceptó inicialmente. Sin embargo, cuando los masajes se realizaron cerca de sus genitales, el menor le pidió que se detuviera y lo empujó, lo que provocó que Marco Vásquez cayera al suelo y comenzara a llorar. Ante esta reacción, el menor cedió y permitió que continuara con los masajes, lo que culminó en que le practicasen de sexo oral.

Posteriormente, Marco Antonio Vásquez se disculpó con el menor por lo sucedido y retomaron la comunicación. Así, el menor volvió nuevamente al domicilio del profesor, donde ocurrieron situaciones similares, convirtiéndose en un patrón reiterativo durante los meses de abril a noviembre. Hubo una pequeña pausa en el mes de septiembre, cuando el menor conoció a una chica, situación que fue vigilada por el profesor.

Mediante **requerimiento acusatorio fechado el 11 de julio de 2017**, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Moyobamba formuló acusación contra Marco Antonio Vásquez Mendoza, imputándole la autoría del delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173. 2 del Código Penal³), y alternativamente, la comisión del delito de actos contra el pudor en menores (artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal⁴), en agravio de W.A.G.C.

Habiéndose realizado el juicio oral, en la **sentencia de primera instancia, emitida el 5 de enero de 2018**, se declaró probado que el imputado, Marco Antonio Vásquez Mendoza, realizó tocamientos indebidos al agraviado W.A.G.C., por lo que se le condenó por el delito de actos contra el pudor. Sin embargo, en la misma resolución se absolvió al encausado del delito de violación sexual, al no haberse probado la realización de algún acto sexual oral o anal

³ Artículo vigente a la fecha de los hechos, antes de la modificatoria del Código Penal por la Ley 30838, publicada el 4 de agosto de 2018.

⁴ Artículo vigente a la fecha de los hechos, antes de la modificatoria del Código Penal por la Ley 30838, publicada el 4 de agosto de 2018.

conforme al examen médico legal. Se destacó que, al ser la declaración del menor la única prueba disponible, no se pudo sustentar una condena por el delito de violación sexual.

Contra la sentencia de primera instancia, el imputado Marco Antonio Vásquez Mendoza interpuso **recurso de apelación con fecha 21 de marzo de 2018**, el cual fue concedido el 22 de marzo del mismo año. Posteriormente, el **15 de mayo de 2018, la Sala Superior emitió su sentencia**, en la cual revocó la decisión de primera instancia y absolvió al encausado de la acusación por el delito de actos contra el pudor.

Esta decisión se fundamentó en que el menor no presentó indicadores de afectación emocional compatibles con los hechos enjuiciados, tal como lo señaló el perito psicólogo César Santiago Mundaca Flores. Además, en la entrevista de Cámara Gesell no se mencionó que se hubieran realizado tocamientos en los genitales, y la única prueba disponible —la declaración del menor— fue utilizada tanto para absolver al acusado del delito de violación sexual como para condenarlo por actos contra el pudor, lo que evidenció una incongruencia en el fallo de primera instancia.

Adicionalmente, la Sala Superior manifestó que, en su opinión, debió haberse dictado una condena por el delito de violación sexual. Sin embargo, aclaró que no podía pronunciarse sobre este delito debido a que el imputado había sido absuelto de esa acusación y la Fiscalía no impugnó dicha absolución.

Contra la sentencia de vista y el razonamiento expuesto, **el Fiscal Superior presentó recurso de casación el 30 de mayo de 2018**. En su recurso, invocó como motivos de casación: la inobservancia de la garantía de tutela jurisdiccional por vicio de incongruencia, la infracción del precepto material debido a una interpretación incorrecta de los tipos penales, y la violación de la garantía de motivación.

El Fiscal argumentó que se había desconocido la relación de concurso real entre los delitos de actos contra el pudor y violación sexual, y que no se había

respetado el principio de congruencia. Además, señaló que no se había definido adecuadamente el alcance de ambos delitos en relación con los hechos, y que no se había realizado una correcta motivación ni valoración de los medios de prueba.

Es importante precisar que, en relación con las causales de quebrantamiento del precepto procesal e infracción del precepto material, el Fiscal no detalló su razonamiento justificativo.

Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, mediante Ejecutoria Suprema de fecha **7 de noviembre de 2018**, se declaró bien concedido el **recurso de casación**, indicando que resultaba pertinente examinar el fondo del asunto. Tras la instrucción del expediente en Secretaría, se fijó como fecha para la **audiencia de casación el 6 de noviembre de 2019**, la cual se llevó a cabo en presencia de la Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, Dra. Gianina Rosas Tapia Vivas, y del Dr. Christian Salas Beteta, abogado defensor de Marco Antonio Vásquez Mendoza.

En virtud de lo anterior, la Sala Penal Permanente dictó la **sentencia de casación el 13 de noviembre de 2019**, declarando infundado el recurso por inobservancia de la garantía de tutela jurisdiccional debido a vicio de incongruencia. Esto se fundamentó en que, al haberse absuelto al acusado del delito principal (violación sexual de menor de edad) y no haber sido este extremo impugnado por el Ministerio Público, no era posible modificar la sentencia en segunda instancia debido a la prohibición de reforma peyorativa, conforme al artículo 409.3 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, consideró fundado el recurso en cuanto a la infracción del precepto material y la vulneración de la garantía de motivación; ya que, a su criterio, la motivación de la sentencia de segunda instancia fue ilógica, al tergiversar el elemento de prueba y realizar una subsunción normativa basada en una comprensión indebida del tipo penal. En este sentido, se vulneró el precepto material al considerar erróneamente que el delito de actos contra el pudor recae

exclusivamente sobre los genitales de la víctima, cuando en realidad también puede involucrar áreas cercanas.

En consecuencia, casaron la sentencia de vista y ordenaron que se dicte una nueva sentencia por otro Colegiado Superior.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿El uso de la declaración de la víctima como prueba suficiente para sentenciar, cuando el juez decide acreditar solo una parte de su testimonio, vulnera las garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia?

3.2 Problemas secundarios

¿Se cumplieron los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para que la declaración de la víctima sea considerada como prueba válida en el proceso penal?

¿Se alcanzó el estándar probatorio de certeza para garantizar que la valoración del testimonio de la víctima no vulnerara el principio de presunción de inocencia en este caso?

¿En qué circunstancias puede el testimonio de la víctima constituir una prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria en ausencia de pruebas objetivas, sin que se infrinja el principio de presunción de inocencia?

3.3 Problemas complementarios

¿La configuración tradicional del tipo penal de violación sexual de menor de edad, que establece al agresor como el sujeto activo y a la víctima como el

pasivo, genera un sesgo en el análisis de la conducta típica y en la selección de diligencias investigativas?

¿La configuración del tipo penal de actos contra el pudor en menores genera confusión al momento de determinar si existe un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad?

¿Es necesario acreditar el elemento subjetivo “sin propósito de tener acceso carnal” en el tipo penal de actos contra el pudor en menores?

¿Se aplicó correctamente la calificación alternativa de los delitos en el presente caso, teniendo en cuenta los hechos y la normativa aplicable?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

El uso de la declaración de la víctima como prueba suficiente, cuando el juez decide acreditar solo una parte de su testimonio, vulnera las garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia. Esto genera incertidumbre sobre la objetividad de la sentencia, afectando la garantía de imparcialidad, y el derecho de defensa, ya que no es posible contradecir una prueba que es aceptada en un extremo y desestimada en otro. Además, se compromete la debida motivación, pues se dicta una condena basada en una prueba inadecuadamente valorada (Aguilar, 2015, pp. 153-154).

De acuerdo con el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, los criterios que deben cumplirse para considerar válida una declaración testimonial son: ausencia de incredibilidad subjetiva, presencia de elementos de corroboración periférica, una versión coherente y verosímil, y uniformidad y firmeza en el testimonio. Aunque en casos de delitos sexuales puede flexibilizarse la aplicación de estos criterios, esto no implica que se pueda prescindir de alguno de ellos, como ocurre en el presente caso, donde no se contaba con elementos de corroboración periférica

que respalden lo testificado por la víctima. Esto contraviene lo señalado en el acuerdo, ya que la pluralidad de elementos probatorios es fundamental para una correcta valoración de la prueba.

Por otro lado, la presunción de inocencia también se ve afectada, ya que para desvirtuarla es necesario contar con suficiente prueba de cargo (Aguilar, 2015, pp. 155-156), y en este caso, la única prueba disponible resulta insuficiente.

Para garantizar que el uso del testimonio de la víctima no infrinja el principio de presunción de inocencia, el estándar de prueba que debe exigirse es el de certeza, tal como se establece en el Acuerdo Plenario N.º 1-2019-CIJ-116. Además, se debe garantizar que el juez motive adecuadamente su decisión, explicando de manera clara y razonada cómo el testimonio de la víctima es suficiente para probar los hechos; lo cual no se dio en el presente caso.

A este respecto, el testimonio de una sola persona podría ser suficiente para fundamentar una sentencia, siempre y cuando se cumplan los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico y no existan pruebas directas o indiciarias en contra.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Estoy de acuerdo con la Sentencia de Casación en el extremo que declara infundado el recurso de casación por inobservancia de la garantía de tutela jurisdiccional debido a vicio de incongruencia. En este caso, al tratarse de una calificación alternativa que resultó en una condena por el delito de actos contra el pudor y una absolución por el delito de violación, y dado que el recurso de apelación se interpuso únicamente respecto del delito de actos contra el pudor, no correspondía pronunciarse sobre un asunto que no fue impugnado; ya que de hacerlo, se vulneraría el principio "Tantum devolutum quantum appellatum" y la interdicción de reforma peyorativa ("non reformatio in peius"), concordante con el artículo 409.3 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, comparto el criterio del Tribunal Supremo en el extremo que declara fundado el recurso por vulneración de la garantía de motivación. En este punto, el Tribunal consideró que la sentencia de segunda instancia carecía de la debida motivación, dado que no identifico adecuadamente los hechos alegados en la declaración del menor con relación a las exigencias del tipo penal de actos contra el pudor.

Personalmente, considero que la vulneración de esta garantía se origina en la falta de un razonamiento exhaustivo en la valoración probatoria, especialmente en lo que respecta a los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, como el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 y el artículo 393 del Código Procesal Penal; así como, en la omisión del estándar probatorio de certeza que debe alcanzarse en una sentencia debidamente motivada, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

En cuanto a la infracción del precepto material, coincido con la declaración de fundado este extremo del recurso de casación. Sin embargo, la configuración de los tipos penales de violación a menor de edad y actos contra el pudor en menores puede generar confusión en su aplicación, por lo que hubiera sido oportuno que el Tribunal no solo mencionara ciertos aspectos en cuanto a su aplicación, sino que profundizara más sobre ellos.

En ese sentido, habría sido pertinente que el Tribunal llevara a cabo un análisis sobre cuestiones como si la configuración del delito de actos contra el pudor puede dar lugar a dudas al momento de establecer la existencia de un concurso real con el delito de violación, o si su redacción puede dificultar la probanza en el ámbito subjetivo del tipo penal. Asimismo, habría sido oportuno examinar si en este caso se aplicó adecuadamente la calificación alternativa.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 ¿Se cumplieron los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para que la declaración de la víctima sea considerada como prueba válida en el proceso penal?

- I.
- II.
- III.
- IV.

Los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para valorar la declaración de la víctima se encuentran, en principio, en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116. Este Acuerdo parte de la premisa de que existen dos fundamentos para la valoración de la prueba penal: la presunción de inocencia y el criterio de conciencia.

El primero está consagrado en el artículo 2, numeral 24, literal e) de la Constitución Política del Perú; mientras que el segundo se encontraba en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, el cual establece que los hechos y las pruebas deben ser apreciados con criterio de conciencia.

En atención a lo anterior, el Acuerdo en mención fijó tres garantías de certeza que permiten enervar la presunción de inocencia y valorar la prueba conforme al criterio de conciencia: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación. Todo ello, siempre que no existan razones objetivas que invaliden las afirmaciones.

La ausencia de incredibilidad subjetiva implica que no existan relaciones de resentimiento, enemistad o cualquier otro vínculo entre el agraviado y el imputado que pueda afectar la imparcialidad de la declaración. Por su parte, la verosimilitud, según lo establecido en el acuerdo, no solo se refiere a la coherencia interna y solidez del testimonio, sino también a que este se encuentre respaldado por elementos de corroboración periférica de carácter objetivo. Finalmente, la persistencia en la incriminación no exige una declaración

invariable, sino que, a pesar de posibles variaciones, el núcleo esencial del relato se mantenga sin contradicciones sustanciales.

Al respecto, Paúl Vizcarra realizó precisiones en torno al Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, otorgando especial relevancia a los criterios de verosimilitud y persistencia en la incriminación. En relación con la verosimilitud, sostiene que la declaración debe estar acompañada de corroboraciones periféricas, como datos o circunstancias objetivas e indicios. Por su parte, respecto a la persistencia en la incriminación, señala que esta implica la ausencia de modificaciones esenciales, una conexión lógica en el relato (ausencia de contradicciones), y que dicho relato no debe incurrir en generalidades o vaguedades (2016, pp. 333-335).

A partir de lo expuesto, estimo que la declaración de la víctima constituye una prueba esencial, especialmente en aquellos casos en los que no existen otras pruebas de cargo. No obstante, precisamente por su relevancia, debe ser valorada con especial cuidado, a fin de no vulnerar otras garantías procesales ni el principio de presunción de inocencia. En ese sentido, considero adecuados los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, y comparto las precisiones formuladas por Paúl Vizcarra respecto de los criterios de verosimilitud y persistencia en la incriminación.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en la práctica la aplicación del referido Acuerdo presentó ciertas dificultades interpretativas y deficiencias. Ello motivó la emisión del Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116, cuyo propósito fue precisar y corregir aspectos que no habían sido adecuadamente desarrollados en la jurisprudencia anterior.

Uno de los principales problemas objeto de análisis en el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 fue determinar si, en el ámbito de la prueba personal, la retractación o la falta de persistencia en las declaraciones de las víctimas (declaración única) afecta la credibilidad de la sindicación inicial. Esto, debido a que, si bien el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 establecía que un cambio de versión no implicaba, por sí solo, la invalidez de la declaración para efectos

de su valoración judicial —dejando dicha apreciación al criterio del juzgador—, en la práctica esta postura dio lugar a un elevado número de sentencias absolutorias.

Así, se establecen los siguientes criterios a seguir: ausencia de incredibilidad subjetiva, ampliando la valoración a las características de la personalidad del declarante (desarrollo y madurez mental); presencia de datos objetivos de corroboración periférica; que la versión no sea fantasiosa ni increíble; que exista coherencia; y que se presente uniformidad y firmeza en el testimonio, precisando que, en los delitos sexuales, se debe flexibilizar razonablemente este requisito.

Cabe precisar que las modificaciones o flexibilizaciones que se pretendan hacer no implican un menoscabo a la presunción de inocencia ni al criterio de conciencia⁵. Si bien estos principios fueron mencionados explícitamente en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, su alcance trasciende todos los procesos en los que se aplique el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 o cualquier otro documento jurídico, dado que estos elementos fundamentales de valoración probatoria están respaldados por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2), la Constitución (art. 2, numeral 24, literal e) y el Código Procesal Penal (art. II y art. 393.2).

En cuanto a los Acuerdos en cuestión, se puede observar que ambos comparten en esencia los mismos criterios, con la diferencia de que el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 introduce algunas precisiones adicionales. En este sentido, era necesario abordar estos lineamientos en su totalidad, ya que el caso que se va a analizar se basa en la declaración única del agraviado en Cámara Gesell, la cual, según el último Acuerdo Plenario, no implica falta de credibilidad ni veracidad.

En este sentido, corresponde analizar la declaración del menor a partir de lo que se ha dicho sobre ella a lo largo de las diferentes instancias, con el fin de verificar si se cumplieron los criterios propios del juicio de credibilidad.

⁵ Criterio que ha sido conservado y desarrollado bajo la denominación de sana crítica, establecido el artículo 393.2 del Código Procesal Penal.

En la sentencia de primera instancia se argumentó que la absolución por el delito de violación sexual de menor de edad se sustentó en que la única prueba existente era la imputación del menor. Además, el examen médico legal no evidenció lesiones en las zonas paragenital, extragenital, genital ni anal que pudieran confirmar actos de abuso o relaciones sexuales. Esta ausencia de signos físicos se consideró razonable, dado que el propio menor indicó que fue él quien realizó la penetración sexual al acusado (Casación N.º 790-2018/San Martín, p. 3).

En lo que concierne a esto, podemos partir del hecho de que una sola declaración de la víctima no le resta credibilidad, ya que la persistencia en la incriminación ahora puede valorarse a partir de los criterios adicionales que se han establecido en el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116.

En cuanto a la ausencia de incredulidad subjetiva, debemos descartar cualquier tipo de rencor o enemistad, ya que, de los hechos del caso, se desprende que la madre del menor confió en el Sr. Marco Antonio Vásquez Mendoza para que tratara con su hijo sus problemas de conducta. Asimismo, no se hace referencia a ningún tipo de animadversión o rechazo por parte del menor hacia este señor. Adicionalmente, no se menciona en ninguna instancia que el menor presente problemas en su desarrollo o madurez mental que puedan menoscabar la credibilidad de su declaración.

Respecto a la coherencia, un primer alcance lo encontramos en esta referencia a la declaración, ya que se indica que resulta concordante con lo dicho por el menor el hecho de que no se hayan encontrado signos de abuso. En cuanto a la cuestión de si la declaración es fantasiosa o increíble, se podrá notar que, al igual que en este primer acercamiento, las siguientes referencias de lo sostenido por el menor no presentan elementos fantasiosos.

La sentencia de segunda instancia refiere que no se ha probado que el Sr. Marco Antonio Vásquez Mendoza le realizó tocamientos indebidos a la víctima, señalando que:

[...] el agraviado en cámara Gesell mencionó que el procesado le **masajeó cerca de sus genitales**, pero no precisó si dichos masajes fueron realizados en sus partes íntimas. **Se infiere de dicha declaración que, posteriormente, el imputado le realizó felación**, pues su propósito era tener relaciones sexuales con el agraviado [énfasis añadido] (Casación N° 790-2018/San Martín, p. 3).

En este punto, se puede cuestionar la coherencia, e incluso, hasta cierto grado, la uniformidad y firmeza del testimonio, ya que, en un primer momento, se señala que el menor refiere explícitamente que ocurrió un acto sexual de penetración, y en la cita anterior se menciona que de la declaración se infiere un acto de felación. Sin embargo, de una referencia posterior se podrá comprender que estamos ante un acto de tocamientos que continuó hasta derivar en un acto sexual.

En efecto, el Tribunal en la Sentencia de Casación refirió lo siguiente sobre la declaración del menor:

[...] **según el relato del menor, lo “masajeaba” en el cuerpo y muy cerca de los genitales** –lo que inicialmente determinó su violenta reacción–, **a la vez que le hizo felaciones y lo convenció para tener sexo anal** [énfasis añadido] (Casación N° 790-2018/San Martín, p. 8).

Con esta última referencia, podemos concluir que no se pierde la coherencia, uniformidad ni firmeza del testimonio del menor, sino que, en las diferentes instancias, se realizó un análisis de la declaración en dos partes. Esto, con el objetivo de subsumir los hechos en tocamientos indebidos en menor de edad y violación sexual de menor de edad de manera separada; por lo que, en ciertos momentos, no se logra comprender dónde terminan los hechos de un tipo penal y comienzan los del otro.

Hasta este punto, se puede notar que la declaración del menor cumple con casi todos los criterios del juicio de credibilidad, con excepción de la presencia de

datos objetivos de corroboración periférica. Una particularidad de este criterio es que se encuentra establecido en ambos acuerdos plenarios; incluso, en el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 se señala que se requiere una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia, y que la pluralidad de datos constituye una exigencia para una valoración probatoria segura.

La importancia de este criterio no solo está reconocida en los acuerdos plenarios, sino también en la jurisprudencia. En la Sentencia de Vista N.º 047-2024/Arequipa se señala que una declaración que cumple con todos los criterios del juicio de credibilidad, pero carece de corroboraciones objetivas, constituye una “voz vacía”, insuficiente *per se* (p. 3). Es decir, los criterios para acreditar la declaración de la víctima deben cumplirse en su totalidad; la carencia de alguno de ellos —especialmente la ausencia de elementos objetivos de corroboración— genera un menoscabo en la veracidad del testimonio.

En relación con este caso, ya se ha señalado que el certificado de medicina legal, debido a la naturaleza de las circunstancias, no permite acreditar los hechos denunciados. Sin embargo, aún quedan por analizar las pericias psicológicas practicadas al imputado y al agraviado.

En cuanto al agraviado, en la sentencia de segunda instancia hace referencia a lo siguiente:

Está probado que **el menor no presentó indicadores de afectación emocional compatible con los hechos juzgados**. Así se advirtió con lo expuesto por el perito psicólogo César Santiago Mundaca Flores [énfasis añadido] (Casación N.º 790 -2018/San Martín, p. 3).

A este respecto, el Recurso de Apelación N.º 41-2023/Lima sostiene que, al tratarse de tocamientos, la pericia médico legal no resulta relevante, pero sí lo es la pericia psicológica, en la medida en que evidencia el padecimiento psíquico del menor (ansiedad, pensamientos recurrentes del hecho, temor, pensamientos negativos). Esta pericia se considera suficiente para tener por cumplido este criterio (pp. 9–10).

De lo señalado en la sentencia de segunda instancia, se advierte que no solo no existe evidencia de un padecimiento psíquico, sino que tampoco se identifican indicios de algún tipo de afectación como consecuencia de los hechos denunciados.

En relación con el informe de pericia psicológica del acusado, el Tribunal de Casación hace referencia a este en un apartado de la sentencia, señalando que la Sala Superior no valoró adecuadamente el contexto en que ocurrieron los hechos ni las particularidades personales tanto del imputado como de la víctima (según los informes periciales obrantes en fojas quince y treinta y seis). Tales elementos permitían concluir razonablemente que los tocamientos no se limitaron a zonas cercanas, sino que incluyeron directamente las áreas erógenas, específicamente los genitales de la víctima (Casación N.º 790-2018/San Martín, p. 9).

No obstante, debe señalarse que en este punto no se hace mención a afectaciones sufridas por el agraviado ni se identifica en el imputado una tendencia conductual específica. Lo que se recoge es una referencia general a los informes periciales, utilizada para sustentar que los tocamientos se habrían producido directamente en los genitales del menor.

Referente a esto, ya he mencionado previamente por qué se hacen inferencias sobre el alcance de los tocamientos y cómo esto genera confusión al momento de delimitar este tipo penal y el de violación. De la declaración de la víctima se desprende que hubo actos de acceso carnal; sin embargo, dicha declaración se consideró en dos secciones para subsumir ambos tipos penales. Por ello, se hace referencia a que, en el contexto de los hechos, los tocamientos involucraron los genitales. No obstante, esto responde únicamente a lo dicho en la declaración y no a un elemento objetivo de corroboración.

Podemos observar que la declaración del menor no está respaldada por ningún elemento objetivo de corroboración periférica, lo que implica que no ha superado

el juicio de credibilidad. Afirmar lo contrario sería sostener que la sola declaración de la víctima es suficiente para respaldar una acusación fiscal.

Sobre este punto, la Sentencia de Vista N.º 047-2024/Arequipa advierte que, en ausencia de medios de corroboración objetiva, la declaración de la víctima no puede considerarse suficiente por sí sola, ya que ello implicaría incurrir en un razonamiento circular. En otros términos, se estaría asumiendo que la acusación fiscal es válida únicamente porque la agraviada la sostiene, y que su testimonio resulta creíble solo por estar incorporado en la acusación (pp. 3-4).

En este sentido, no podemos afirmar que la declaración de la víctima cumpla con los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para ser considerada prueba válida de cargo, ya que no superó el juicio de credibilidad al carecer de los elementos objetivos de corroboración periférica.

En la sentencia de casación materia del informe no se evaluó la declaración de la víctima en cuanto a su validez como prueba de cargo; únicamente se señaló que la motivación de la sentencia de segunda instancia incurrió en una indebida motivación, al tergiversar el elemento de prueba (la declaración del menor) y realizar un juicio de subsunción normativa a partir de una comprensión errónea del tipo penal de tocamientos indebidos.

A mi juicio, existió vulneración del deber de motivación no solo por parte del órgano de segunda instancia —que, según el Tribunal de Casación, tergiversó la declaración del menor—, sino también por parte de la primera instancia, ya que en ninguna de ellas se efectuó adecuadamente el juicio de credibilidad conforme a los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico. Dicho juicio era indispensable para una correcta valoración probatoria y la justificación de la sentencia correspondiente.

Lo que se advierte, en cambio, es una sentencia de primera instancia que absolvió al acusado por el delito de violación sexual de menor de edad por falta de pruebas suficientes, pero lo condenó por el delito de tocamientos indebidos en menor de edad, a pesar de que el elemento de prueba que sostenía ambas

imputaciones era el mismo. Una situación similar se presentó en la sentencia de segunda instancia, en la que se concluyó que no se acreditó el delito de tocamientos indebidos, pero sí el de violación sexual; sin embargo, no se emitió pronunciamiento al respecto debido a que la absolución por violación no fue impugnada.

5.2 ¿Se alcanzó el estándar probatorio de certeza para garantizar que la valoración del testimonio de la víctima no vulnerara el principio de presunción de inocencia en este caso?

Para analizar si la declaración de la víctima alcanza el estándar probatorio de certeza necesario para no vulnerar el principio de presunción de inocencia, es preciso comenzar por comprender en qué consiste dicho principio, qué se entiende por certeza como estándar probatorio y cómo se relacionan ambos conceptos.

En primer lugar, la presunción de inocencia implica que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se haya demostrado judicialmente su culpabilidad. Este principio está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2) y en la Constitución Política del Perú (artículo 2, numeral 24, inciso e).

No obstante, esta garantía ha sido objeto de un desarrollo más amplio, tal como se reconoce en la Sentencia del Caso J. vs. Perú, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y citada por el Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente N.º 04415-2013-PHC/TC. En dicha resolución, se precisa que la presunción de inocencia implica que el procesado no tiene la obligación de probar su inocencia, pues la carga de la prueba recae sobre quien formula la acusación. Cualquier duda razonable que surja en el proceso debe favorecer al imputado. En ese sentido, se establece que la existencia de prueba concluyente sobre la culpabilidad constituye un requisito esencial para imponer una sanción penal (2014, Fundamento 2).

Desde esta perspectiva, lo que se busca probar en un proceso penal no es la inocencia, pues esta es la condición con la que toda persona ingresa al proceso. Por ello, corresponde a la parte acusadora desvirtuar esta presunción mediante las pruebas que presente; las cuales serán actuadas en la etapa de juzgamiento.

Respecto a dichas pruebas, estas deben acreditar la culpabilidad de manera indiscutible. En este sentido, el Recurso de Nulidad N.º 515-2016/Lima establece que una persona no puede ser condenada si no existe prueba suficiente; por lo tanto, si la prueba es incompleta o insuficiente, corresponde dictar sentencia absolutoria (2017, p. 3). Así, debe entenderse por prueba suficiente aquella que tiene la capacidad de quebrar la presunción de inocencia, en la medida en que alcance el estándar probatorio exigido para dictar una sentencia condenatoria.

Ante ello, surge la interrogante sobre cuál es el estándar probatorio que debe aplicarse al momento de dictar una sentencia. Al respecto, el Acuerdo Plenario N.º 01-2019-CIJ/116 establece, en su fundamento 25, que el estándar propio de una sentencia condenatoria es la certeza, entendida como un convencimiento más allá de toda duda razonable.

En esta misma línea, Giampol Taboada sostiene que se alcanza la certeza cuando no existe ninguna duda sobre la veracidad de un enunciado, lo que implica que el hecho descrito ocurrió exactamente como se afirma (s.f., p. 3). Desde esta perspectiva, estimo que alcanzar ese nivel de convicción plena no es factible en la mayoría de los casos, por lo que resulta inapropiado concebir la certeza como una forma de seguridad absoluta respecto de los hechos.

En torno a esto, se ha generado un debate jurisprudencial sobre cuál debe ser el estándar probatorio exigible para dictar sentencia.

En concordancia con lo señalado por el Acuerdo Plenario N.º 01-2019-CIJ/116, el Recurso de Nulidad N.º 261-2020/Lima sostiene que un alto nivel de probabilidad no equivale a certeza, y que solo esta última permite sustentar una condena. Por tanto, cuando hay duda o probabilidad, corresponde la absolució (2022, pp. 9-10).

No obstante, en la Casación N.º 1773-2021/Huancavelica se aprecia un cambio de enfoque, al señalarse que “la condena sólo se producirá si los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria se han acreditado acabadamente, con una altísima probabilidad objetiva” (2023, pp. 11-12). En consecuencia, no se requiere una certeza absoluta sobre la comisión de los hechos, sino que las pruebas aportadas permitan sostener, con seguridad y desde un plano objetivo, que se ha producido un hecho merecedor de sanción penal.

En este sentido, Jordi Ferrer considera que ningún conjunto de elementos de juicio, por más fiables que sean, permite alcanzar certeza en sentido absoluto; por tanto, afirmar que un hecho está probado equivale a sostener que es probablemente verdadero (pp. 428-429). Bajo esta lógica, si la probabilidad forma parte de la valoración probatoria, y la certeza entendida como seguridad absoluta no es alcanzable, debe entenderse el estándar de prueba como **una probabilidad que posee un alto grado de certeza**.

A efectos de evitar confusiones o interpretaciones erróneas respecto del estándar de alta probabilidad —como si se tratara de un nuevo criterio que desplaza toda forma de certeza en el proceso penal—, continuaré el desarrollo del presente trabajo sobre la base del estándar probatorio de certeza, aunque entendido desde las limitaciones prácticas y reales que este conlleva.

Después de todo lo expuesto, puede entenderse la relación entre el estándar probatorio y el principio de presunción de inocencia, ya que se requiere que las pruebas presentadas alcancen el estándar exigido para desvirtuar dicha presunción y, de este modo, permitir una sentencia condenatoria.

En este punto, cabe considerar que estamos ante un delito de naturaleza oculta y que, en algunos casos, no deja rastros; sin embargo, ello no implica la alteración del estándar probatorio ni la flexibilización de la presunción de inocencia. En este sentido, Carmen Vázquez y Mercedes Fernández sostiene que la clandestinidad con la que se comete el delito no justifica una reducción de

las exigencias probatorias ni implica una afectación a las garantías del acusado en relación con el nivel de prueba requerido para condenarlo (p. 330).

Por tanto, la valoración de los medios probatorios debe cumplir con el estándar de certeza y realizarse conforme al procedimiento previsto en el artículo 393.2 del Código Procesal Penal. Esta disposición establece que **el juez penal debe analizar en primer término cada prueba de manera individual y, posteriormente, en su conjunto**, aplicando criterios de sana crítica, lo que implica atender a principios lógicos, conocimientos científicos y máximas de la experiencia.

Esta forma de valoración está respaldada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia; por ejemplo, Reynaldo Bustamante sostiene que el juez puede valorar libremente los medios probatorios, pero debe hacerlo de forma razonada, crítica y conforme a las reglas de la lógica y la ciencia, pues de lo contrario se trataría de una valoración defectuosa (s.f., p. 184).

En cuanto a la jurisprudencia, la Casación N.º 933-2021/Cusco establece que la valoración integral de la prueba exige un análisis primero individual, sin fragmentaciones, y luego conjunto, contrastando con los demás medios probatorios (2024, pp. 19–20).

De forma individual, corresponde valorar íntegramente la declaración del menor, los informes de pericia psicológica tanto del agraviado como del imputado, y el certificado médico legal.

Respecto a la declaración del menor, esta fue valorada de forma disgregada en primera y segunda instancia. Por un lado, se intentó adecuar los hechos a tocamientos indebidos, y por otro, a violación sexual. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia mencionada, la declaración debe ser evaluada en su conjunto.

Así, a partir del relato del menor, se describen hechos que evidencian la consumación de un acto sexual, ya que, si bien inicialmente refiere masajes y tocamientos, posteriormente señala prácticas de felación y sexo anal. Por tanto,

corresponde valorar los medios de prueba considerando el delito de violación sexual.

En este tipo de casos, Paúl Vizcarra refiere que algunos elementos objetivos son señas particulares del agresor, datos precisos sobre el lugar de la agresión, así como una concordancia entre la declaración y el certificado médico legal (2016, p. 335-336).

No obstante, en el presente caso, y conforme al juicio de credibilidad previamente desarrollado, existe una carencia de elementos objetivos de corroboración periférica, ya que el menor no proporcionó datos sobre marcas o señas del imputado que pudieran ser confirmados, ni describió espacios íntimos del domicilio que evidenciaran una cercanía inusual. El único dato verificable fue el lugar de los hechos, pero al tratarse de un sitio al que el menor era enviado frecuentemente por su madre, su conocimiento resulta perfectamente comprensible. Por ello, la declaración carece de verosimilitud por sí sola.

En relación con el informe de pericia psicológica del agraviado, éste determinó que el menor no presentaba indicadores de afectación emocional compatibles con los hechos denunciados. Así lo señaló el perito psicólogo César Santiago Mundaca Flores.

Sobre este aspecto, los especialistas en Medicina Legal y Forense, Jorge González Fernández y Encar Pardo Fernández mencionan ciertas reacciones esperables en víctimas de abuso sexual, como sensación de irrealidad, vergüenza, culpa, pérdida de control, confusión, dificultades de concentración y percepción de indefensión. Aun cuando estas manifestaciones pueden disminuir con el tiempo, afirman que el 80 % de las víctimas las mantiene transcurrido un año (s.f., p. 3).

Por tanto, resulta poco razonable la ausencia total de indicadores compatibles con una agresión sexual, ya que generalmente se espera algún tipo de daño psicológico. Con esto no se pretende afirmar que una pericia psicológica sin signos de afectación implique necesariamente que no hubo delito, sino

simplemente que, en este caso, este medio probatorio no contribuye a la acreditación de los hechos denunciados.

En cuanto al informe de pericia psicológica del imputado, no se le asigna relevancia alguna en la sentencia de casación que permita advertir indicios de inclinación o conducta que respalden los hechos denunciados. En consecuencia, este informe no genera convicción alguna sobre lo ocurrido.

Respecto al certificado médico legal, se concluye que la víctima no presentó lesiones en zonas paragenitales, extragenitales, genitales ni anales que evidencien abuso o relaciones sexuales. Por sí solo, tampoco constituye indicio de acceso carnal.

Luego de esta valoración individual de los medios probatorios, corresponde analizarlos de forma conjunta para determinar si, en conjunto, permiten alcanzar el estándar de certeza.

El punto de partida es la declaración del menor, en torno a la cual los demás medios probatorios deberían brindar algún grado de certeza. Sin embargo, al carecer esta de elementos objetivos de corroboración, resultaría clave que el informe de pericia psicológica aportará a reforzar su solidez.

Al respecto, el Recurso de Apelación N° 41-2023/Lima señala que, en delitos de naturaleza clandestina como las agresiones sexuales, la pericia psicológica cumple un rol relevante, ya que puede cumplir con el elemento objetivo de corroboración (pp. 9-10). No obstante, en este caso concreto, el informe no contribuye ni a la acreditación del delito ni al fortalecimiento del testimonio, dado que en una parte del relato se hace referencia a que el menor quedó en estado de shock, lo cual no se refleja en los resultados de la evaluación psicológica.

El informe de pericia psicológica del imputado, como ya se mencionó, tampoco respalda lo señalado en la declaración, ni genera convicción sobre los hechos.

En cuanto al certificado médico legal, resulta irrelevante, ya que, según el propio testimonio del menor, no se esperaba encontrar rastros de agresión sexual, pues refiere que fue él quien realizó la penetración al imputado y que este le practicaba felaciones.

Además, para una valoración adecuada, es necesario preguntarse si las pruebas ofrecidas son todas las que debieron producirse para generar convicción suficiente.

Sobre esto, Jordi Ferrer señala que no basta con considerar que la hipótesis sostenida por el Ministerio Público sea la más creíble, sino que debe sustentarse con todas las pruebas exigibles en esa etapa del proceso (2022, p. 438). Es decir, la hipótesis debe estar respaldada por todos los medios probatorios que razonablemente debieron haberse actuado en el curso de la investigación.

En este caso, considero que faltaron pruebas clave que pudieron reforzar la hipótesis fiscal, tales como: un examen médico al imputado (coherente con la narrativa del menor), pruebas de ADN en eventuales rastros salivales en el cuerpo del agraviado, así como testimonios de la madre, familiares o profesores que pudieran haber observado cambios en el comportamiento del menor.

Por tanto, considerando que los medios probatorios —y especialmente el testimonio de la víctima— no acreditan fehacientemente los hechos materia del proceso, y que además era razonable exigir pruebas adicionales en esta etapa procesal para generar convicción, no puede afirmarse que se haya alcanzado el estándar probatorio de certeza requerido para garantizar la no vulneración del principio de presunción de inocencia.

En la sentencia de casación no se realizó una valoración probatoria, ya que ello no corresponde a esta instancia. No obstante, sí se pronunció respecto de deficiencias en la debida motivación de la sentencia de segunda instancia, lo cual guarda relación con la valoración probatoria, en tanto esta se refleja en el razonamiento expuesto por el juez en la sentencia. En cuanto a la motivación, se señaló que el juez de segunda instancia tergiversó la declaración de la

víctima; sin embargo, no se mencionó si su razonamiento fue claro, suficiente e integral en lo que respecta a la valoración de los medios probatorios.

5.3 ¿En qué circunstancias puede el testimonio de la víctima constituir una prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria en ausencia de pruebas objetivas, sin que se infrinja el principio de presunción de inocencia?

A fin de determinar si la declaración única de la víctima puede constituir prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria sin vulnerar el principio de presunción de inocencia, es necesario partir de la premisa de que dicho testimonio, por sí solo, puede alcanzar el estándar de certeza. Como se ha señalado previamente, la única forma de desvirtuar válidamente la presunción de inocencia es precisamente alcanzando ese estándar.

En relación con este punto, el Recurso de Apelación N.º 41-2023/Lima afirma que la declaración de la víctima constituye una prueba directa —y no indiciaria—, por lo que resulta idónea, incluso por sí sola, para enervar la presunción de inocencia reconocida constitucionalmente. Asimismo, se indica que la credibilidad del testimonio no puede ser cuestionada únicamente por el hecho de que proviene de la propia persona agraviada (2023, p. 9).

En relación con este punto, el Recurso de Apelación N.º 41-2023/Lima afirma que la declaración de la víctima constituye una prueba directa —y no indiciaria—, por lo que resulta idónea, incluso por sí sola, para enervar la presunción de inocencia reconocida constitucionalmente. Asimismo, se indica que la credibilidad del testimonio no puede ser cuestionada únicamente por el hecho de que proviene de la propia persona agraviada (2023, p. 9).

Como se observa, la declaración de la víctima es considerada prueba directa y, por tanto, puede desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia. Sin embargo, ello no implica que cualquier declaración tenga ese efecto, sino únicamente aquella que, en su calidad de prueba directa, alcance el estándar de certeza. Para ello, deben cumplirse dos condiciones: primero, que la declaración de la

víctima supere el juicio de credibilidad conforme al ordenamiento jurídico; y segundo, que no existan pruebas que desvirtúen lo afirmado en dicha declaración.

Como ya se ha señalado, el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 establece las tres garantías de certeza respecto de la declaración de la víctima: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud (con presencia de elementos objetivos de corroboración) y persistencia en la incriminación.

En cuanto al criterio de persistencia, este ha sido flexibilizado por la naturaleza de los delitos sexuales. Así, el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 (referido a casos de retractación o cambios de versión) modifica los criterios y establece los siguientes: ausencia de incredibilidad subjetiva, existencia de datos objetivos de corroboración periférica, que la versión no sea fantasiosa ni increíble, coherencia interna, y uniformidad y firmeza del testimonio.

A partir de ambos acuerdos, se advierte que los criterios siguen siendo esencialmente tres. Primero, la ausencia de incredibilidad subjetiva, ampliada en el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 en cuanto a las características personales del declarante (desarrollo y madurez mental). Segundo, la verosimilitud, entendida como un relato coherente, no fantástico o inverosímil, y respaldado por elementos de corroboración periférica. Y tercero, la uniformidad y firmeza del testimonio, que, al igual que la persistencia, exige que no existan variaciones sustanciales en la narración de los hechos.

Respecto a la exigencia de ausencia de incredibilidad subjetiva, el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 establece que esta condición implica que no existan motivos fundados para considerar que la persona que declara lo hace influida por intereses personales, como encubrir a un tercero, buscar venganza o actuar por obediencia. Por ello, resulta necesario analizar las particularidades de la personalidad del declarante, en especial su grado de desarrollo y madurez mental (p. 8).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente N.º 00088-2020-PA/TC, precisa que la incredibilidad subjetiva solo puede ser admitida cuando se sustente en la existencia de motivos impropios o espurios que hayan llevado a la agraviada a formular la denuncia contra el recurrente (Fundamento 7).

La forma de desvirtuar una posible incredibilidad subjetiva es mediante la pericia psicológica practicada a la agraviada, que permita determinar su grado de desarrollo y madurez mental, y descartar manipulación o motivaciones ajenas al hecho denunciado. Además, si existiera una enemistad entre víctima y agresor, correspondería a este último ponerlo en conocimiento del juzgador; por lo que no resulta difícil superar este criterio del juicio de credibilidad.

En cuanto al criterio de uniformidad y firmeza, ya se ha indicado que debe ser interpretado con flexibilidad debido a la naturaleza del delito y la situación particular de las víctimas, tal como establece el Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. Este señala que es común que las víctimas pasen de sentimientos de rabia al momento de denunciar, a sentimientos de culpa, sumado a presiones familiares u otras circunstancias.

Lo relevante en este punto es que no existan alteraciones en el contenido sustancial de la declaración. Así también lo entiende Paúl Vizcarra, al señalar que la persistencia [o la uniformidad y firmeza en los casos de una sola declaración] se traduce en la ausencia de cambios sustanciales y contradicciones relevantes en la narración de los hechos (2016, p. 334).

En la práctica, este criterio —por la flexibilidad que admite— no debería presentar mayores dificultades para superar el juicio de credibilidad. Distinto es el caso del criterio de verosimilitud, ya que no solo exige coherencia y ausencia de elementos inverosímiles o fantasiosos —aspectos que se pueden valorar a partir del propio testimonio—, sino también la existencia de elementos objetivos de corroboración periférica.

A nivel jurisprudencial, se han establecido algunos alcances sobre lo que constituye corroboración periférica y su aplicación.

El Recurso de Nulidad N.º 1575-2015/Huánuco, en su fundamento octavo, establece que la sola declaración de la víctima no resulta suficiente, por sí misma, para desvirtuar automáticamente la presunción de inocencia del imputado. Cuando dicho testimonio se presenta como prueba de cargo, debe ser valorado conforme a ciertos criterios mínimos, tales como: i) la inexistencia de incredibilidad subjetiva, ii) la coherencia y persistencia en la incriminación, y iii) la presencia de elementos externos que lo corroboren. Tales parámetros constituyen guías lógicas y orientativas que permiten una evaluación racional del testimonio. En este sentido, son precisamente esos elementos externos de corroboración los que otorgan no solo credibilidad al testimonio, sino también fiabilidad a los hechos que este afirma.

La Casación N.º 482-2016/Cusco, en su fundamento décimo primero, señala que el testimonio de la víctima debe estar respaldado por elementos objetivos de corroboración periférica, los cuales se suman a su declaración y la fortalecen. En los casos en que el delito no deja rastros físicos o materiales, pueden considerarse, entre otros medios, informes periciales con valor confirmatorio similar al relato de la víctima, así como declaraciones de terceros sobre circunstancias colaterales, cuya verificación contribuya a establecer la verosimilitud del testimonio.

En esa misma línea, la Revisión de Sentencia N.º 98-2018/Lima sostiene que resulta necesario contar con un nivel mínimo de corroboración periférica, sustentado en datos objetivos que puedan ser contrastados con lo dicho por el declarante (Fundamento 9).

De todo lo anterior se concluye que los elementos de corroboración periférica son aquellos datos objetivos externos al testimonio, que permiten confirmar, de forma lógica, lo declarado por la víctima. Estos pueden ser un certificado médico legal que concuerde con los hechos denunciados, una pericia psicológica que

evidencie afectación emocional compatible con lo narrado, o testimonios de terceros que avalen algún aspecto de la declaración.

A mi juicio, la exigencia de elementos de corroboración periférica es el criterio que mejor sustenta la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima, ya que permite un contraste mínimo entre la declaración y hechos objetivos de la realidad que, por ser externos y verificables, están exentos de subjetividades.

Sin embargo, todos los criterios mencionados integran el juicio de credibilidad y deben ser considerados de manera conjunta al valorar el testimonio de la víctima, a fin de dotarlo de la credibilidad necesaria para ser una prueba suficiente y contundente que permita desvirtuar la presunción de inocencia.

Una vez superado el juicio de credibilidad y consolidada la declaración como prueba suficiente, solo mediante la incorporación al proceso de pruebas directas o indiciarias que contradigan lo declarado por la víctima, se podrá evitar que se desvirtúe la presunción de inocencia.

En este punto, es fundamental distinguir entre prueba directa y prueba indiciaria (también denominada indirecta). Según lo expone Michele Taruffo (2011), la diferencia entre ambas radica en el tipo de vínculo que se establece entre el medio probatorio y el hecho que se pretende acreditar (p. 453).

Explica que hay dos variables importantes a tener en cuenta: por un lado, el hecho jurídicamente relevante del que depende la decisión (hecho principal); y por otro, el objeto de prueba, entendido como cualquier hecho que es demostrado a través de la prueba. Por tanto, si la prueba recae directamente sobre el hecho principal, se tratará de una prueba directa; y si recae sobre otro hecho, será una prueba indirecta (2011, pp. 455-456).

De esto se entiende que la diferenciación entre ambas pruebas es, en realidad, funcional y responde únicamente a la relación de la prueba con el hecho central que se investiga en el proceso. En consecuencia, no puede sostenerse que alguna de ellas posea, por sí sola, un mayor valor probatorio respecto de la otra.

Al respecto, debe precisarse que el ordenamiento jurídico peruano no establece ningún tipo de jerarquía entre ambos tipos de pruebas. El artículo 158 del Código Procesal Penal no establece distinción alguna respecto del valor probatorio, y en su mención a la prueba indiciaria, no le resta valor, sino que plantea ciertos requisitos para su uso.

Por ello, no es necesario que la prueba que contradiga lo sostenido en la declaración sea necesariamente directa; puede tratarse de una prueba indirecta, siempre que cumpla con los requisitos del Código Procesal Penal: que el indicio esté probado, que, si se trata de indicios contingentes, sean plurales y concordantes, y que la inferencia esté basada en reglas de la lógica, de la ciencia o de la experiencia.

De igual modo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente N.º 00728-2008-HC/TC, ha establecido criterios sobre el uso de la prueba indiciaria. En particular, señala que el razonamiento probatorio indirecto requiere que la conclusión inferida sea adecuada, es decir, que exista una conexión justificada entre los indicios considerados y el hecho que se pretende acreditar. Esta relación debe fundarse en una regla lógica, una máxima de la experiencia o un conocimiento científico. Asimismo, se exige que el razonamiento utilizado esté claramente desarrollado y expuesto en la sentencia, a fin de permitir el control del discurso judicial. En ese sentido, debe identificarse con precisión cuáles son los indicios que se consideran acreditados, qué hechos se busca probar a partir de ellos y cuál es la regla o conocimiento aplicado para establecer dicha inferencia. En caso existan varias posibles reglas, se debe justificar por qué se ha optado por una en particular (Fundamento 27).

Se puede notar que el nivel de argumentación requerido respecto de la prueba indiciaria es alto. Por tanto, si se siguen los criterios establecidos tanto en la legislación como en la jurisprudencia, la prueba indirecta puede alcanzar el mismo grado de eficacia que una prueba directa. En consecuencia, puede contradecir válidamente la declaración de la víctima, y el resultado dependerá de la valoración que haga el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica.

En vista de lo anterior, el testimonio de la víctima puede, por sí solo, alcanzar el estándar de certeza y desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que supere el juicio de credibilidad y no sea desvirtuado mediante pruebas directas o indiciarias que generen duda razonable sobre su veracidad.

En cuanto a este extremo, la sentencia de casación no emitió ningún pronunciamiento. Si bien no corresponde a esta instancia realizar una valoración probatoria del testimonio de la víctima, cabía esperar que advirtiera que no existían otros elementos de convicción distintos a la propia declaración, así como que precisará las razones por las cuales dicha declaración podía, o no, desvirtuar el principio de inocencia en este caso.

En la resolución se mencionan, de forma general, los informes de pericia psicológica, haciendo alusión a las características personales del agraviado e imputado, y se hace referencia al contexto descrito en la declaración del menor. No obstante, ello no permite comprender con claridad cuáles son los lineamientos que sigue el Tribunal Supremo respecto a cuándo la sola declaración de la víctima puede quebrar la presunción de inocencia.

5.4 ¿La configuración tradicional del tipo penal de violación sexual de menor de edad, que establece al agresor como el sujeto activo y a la víctima como el pasivo, genera un sesgo en el análisis de la conducta típica y en la selección de diligencias investigativas?

En el caso de violación sexual a menor de edad, el artículo 173⁶. del Código Penal establece lo siguiente:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo **con la introducción de un objeto o parte del cuerpo** por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua. [énfasis añadido]

⁶ Se cita el texto vigente a la fecha de consulta, no al momento de los hechos.

Esta configuración del tipo penal ha tenido que ser objeto de interpretación en diversas oportunidades, debido a que el propio texto enmarca de forma muy tradicional el acto sexual, lo que limita y llega a desproteger ciertos supuestos de hecho que también deberían considerarse como actos de violación.

En el manual de derecho penal de Alonso Peña, se plantea que la acción típica se configura con el acceso carnal o con la realización de un acto similar mediante la introducción del miembro viril. Sin embargo, también considera que dicho acto sexual puede ocurrir en forma inversa. Así pues, afirma que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pueden ser tanto un hombre como una mujer, pues la libertad sexual es privativa de toda persona —independientemente de su género u orientación sexual— (2008, pp. 677-679). A pesar de estas consideraciones, a nivel jurisprudencial el tipo objetivo del delito de violación sexual de menor de edad comenzó a interpretarse bajo otros parámetros, lo que generó una serie de cuestionamientos que, progresivamente, tuvieron que ir resolviéndose.

Un primer cuestionamiento surgió respecto de cómo debía entenderse la noción de “acceso carnal”, específicamente sobre si se requería una penetración total del órgano sexual o si bastaba una introducción parcial. En este sentido, la Casación N.º 1111-2018/Ayacucho aclara que no se exige una penetración completa ni que se superen ciertos límites anatómicos para que el acto se considere consumado. En los casos de penetración vaginal, resulta suficiente una introducción parcial, incluso si esta ocurre únicamente en la zona de los labios de la vulva, los cuales, aunque constituyen la porción externa, forman parte de la estructura vaginal (Fundamento 3).

Este fue un primer avance en la comprensión del tipo penal de violación sexual. Sin embargo, otra interrogante, no resuelta en su momento, se presentó en el Recurso de Nulidad N.º 432-2018, en el cual se descartó el delito de violación sexual porque no se verificó una penetración realizada por el agresor. En ese caso, la víctima era un menor de edad y la agresora, una mujer, que se hizo penetrar por él.

Ante esta situación, el Recurso de Nulidad N.º 486-2021/Junín adoptó una postura distinta, apartándose del criterio previamente expuesto. En su fundamento octavo, el Colegiado Supremo expresó su desacuerdo —de manera respetuosa— con dicho precedente, señalando que este no tiene carácter vinculante. Además, precisó que la expresión “acceso carnal” debe comprenderse en un sentido amplio, incluyendo tanto la penetración como la compenetración, dado que, en cualquiera de estas formas, el bien jurídico protegido —la indemnidad sexual del menor— resulta igualmente afectado.

Este nuevo razonamiento cambió la forma en que se venía entendiendo el tipo penal, ya que anteriormente solo se consideraba que las mujeres podían ser autoras del delito si introducían un objeto o parte de su cuerpo en alguna de las cavidades previstas en la norma.

En línea con esta interpretación del tipo penal, Julio Rodríguez y Cristina Valega coinciden en que las conductas contempladas en los elementos "tener acceso carnal" o "realizar acto análogo con la introducción" abarcan no solo el acceso o introducción directa, sino también aquellas situaciones en las que se induce o hace que otro acceda o introduzca. (2023, p. 313).

Hasta este punto, puede advertirse una mayor claridad respecto a cómo debe interpretarse el tipo penal. No obstante, cabe preguntarse si esta noción de "compenetración" se aplica de igual manera cuando agresor y víctima son del mismo sexo, como en el presente caso. Podría asumirse erróneamente que quien realizó la penetración fue el agresor, cuando en realidad fue la víctima quien “tuvo acceso carnal”.

Un ejemplo claro de cómo esta visión puede generar sesgos en la investigación es el hecho de que, en el caso analizado, se le practicó al menor un examen médico para identificar signos o lesiones compatibles con un acto contra natura, a pesar de que el menor había declarado que fue él quien realizó la penetración.

El Ministerio Público —como titular del ejercicio de la acción penal (artículo 60 del Código Procesal Penal)— dirige la investigación y plantea las diligencias a

realizar, debiendo obtener los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictivo (artículo 65 del Código Procesal Penal). Sin embargo, la evaluación médica realizada al menor no aportaba credibilidad a la hipótesis fiscal, pues pretendía verificar un hecho que no ocurrió: una penetración realizada por el agresor. En este caso, “tener acceso carnal” debía entenderse como “hacer acceder”.

Además, la irrelevancia de esta prueba no fue advertida por ninguna de las instancias que conocieron el caso, a pesar de que el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, en su fundamento 31, establece que el juez debe considerar las particularidades del caso para determinar la relevancia de la prueba, atendiendo a lo declarado por la víctima y a las circunstancias en las que se produce la agresión sexual.

De todo lo expuesto, se concluye que la forma en que está redactado el tipo penal ha generado importantes dudas sobre su interpretación y aplicación. Esto no solo ha conllevado a excluir su aplicación en ciertos casos que no encajan de manera literal en el supuesto normativo, sino que también ha derivado en diligencias innecesarias que afectan a las víctimas, como someter a un menor de edad a una evaluación médica sin pertinencia.

Por tanto, la configuración tradicional del tipo penal de violación sexual de menor de edad, que establece al agresor como sujeto activo y a la víctima como sujeto pasivo, sí genera un sesgo en el análisis de la conducta típica y en la selección de diligencias investigativas.

5.5 ¿La configuración del tipo penal de actos contra el pudor en menores genera confusión al momento de determinar si existe un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad?

Para determinar si la configuración del tipo penal de actos contra el pudor en menores genera confusión al momento de establecer un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad, es necesario, en primer lugar, abordar qué se entiende por la noción de concurso real.

El artículo 50 del Código Penal establece que existe concurso real de delitos cuando una persona comete varios hechos punibles que deben considerarse como delitos independientes entre sí. En estos casos, a cada hecho le corresponde un tipo penal distinto, por lo que se configura una pluralidad de delitos que son sancionados de manera autónoma.

En línea con ello, el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 precisa que el concurso real se configura cuando una misma persona lleva a cabo varias conductas independientes entre sí, y cada una de ellas constituye un delito autónomo (Fundamento 6). Esto implica que debe tratarse de un solo autor, pero no de una única acción: cada conducta debe ser diferenciada, autónoma y encuadrarse en un tipo penal distinto.

Respecto al tipo penal de actos contra el pudor, la acción sancionada se encuentra regulada en el artículo 176-A⁷ del Código Penal, que indica lo siguiente:

El que sin propósito de tener acceso carnal [...] realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo, sobre el agente o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas, actos de connotación sexual en cualquier parte de su cuerpo o actos libidinosos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de quince años. [énfasis añadido]

Al respecto, Alonso Peña indica que la acción típica consiste en llevar a cabo un acto contra el pudor de un menor, excluyendo así la consumación del acceso carnal. Además, establece que sujeto activo puede ser cualquier persona, independiente de su género u orientación sexual, y sujeto pasivo, cualquier hombre o mujer menor de catorce años. Adicionalmente, precisa que el tipo objetivo no exige, para quedar configurado, el aplacamiento del ánimo libidinoso o la satisfacción del apetito sexual (2008, pp. 747-750).

⁷ Se cita el texto vigente a la fecha de consulta, no al momento de los hechos.

En ese sentido, la acción típica abarca cualquier acto impúdico que no haya llegado al acceso carnal; lo cual deja fuera del tipo objetivo el elemento “sin propósito de acceso carnal”, que más bien parecería asimilarse a las nociones de ánimo libidinoso o satisfacción sexual, pero planteadas en forma negativa. Sin embargo, esto no ha sido interpretado con la misma claridad en el ámbito jurisprudencial.

En este contexto, la Casación N.º 2386-2021/Huancavelica precisó el alcance de la conducta típica en este tipo penal, señalando que consiste, esencialmente, en la realización de tocamientos indebidos en las partes íntimas de un menor, sin que exista la intención de lograr un acceso carnal. En dicha resolución, se identificó como ejemplo el tocamiento de los glúteos de la víctima, lo cual fue considerado una afectación no consentida en una zona íntima, materializada mediante contacto físico de connotación sexual o una conducta impúdica ejecutada sobre el cuerpo del menor.

De esta manera, se entiende que la conducta típica consiste en cualquier tipo de tocamiento o acto de connotación sexual realizado sobre el cuerpo de un menor de edad, **sin el propósito de tener acceso carnal**. Este último elemento es el que permite diferenciar este delito del tipo penal de violación sexual en grado de tentativa; sin embargo, puede generar ciertas complicaciones al momento de determinar si se configura un concurso real de delitos.

Como puede apreciarse, en el delito de violación sexual de menor de edad, el artículo 173⁸ del Código Penal establece lo siguiente:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua. [énfasis añadido]

⁸ Se cita el texto vigente a la fecha de consulta, no al momento de los hechos.

Así pues, como ya se ha señalado, en el fundamento 8 del Recurso de Nulidad N.º 486-2021/Junín se establece que la conducta típica implica la penetración o compenetración, ya sea mediante una parte del cuerpo u objeto, por alguna de las vías señaladas en la norma.

Siendo esto así, se presenta una dificultad al momento de determinar cuándo un acto de tocamientos indebidos culmina y da paso al delito de violación, considerando que el elemento que permite diferenciar uno de otro es la ausencia del propósito de tener acceso carnal durante los tocamientos indebidos. Este aspecto resulta ciertamente complejo de acreditar en este tipo de delitos, ya que, si bien en el momento inicial de los tocamientos dicho propósito podría no estar presente, este puede manifestarse durante el desarrollo de la conducta.

En este sentido, resulta difícil delimitar si los tocamientos indebidos constituyen el camino hacia la consumación del delito de violación sexual o si, por el contrario, estamos ante actos diferentes y autónomos que coinciden en el mismo espacio temporal.

La problemática respecto al elemento “sin propósito de tener acceso carnal” —clave para distinguir cuándo culmina el delito de tocamientos indebidos y cuándo inicia el de violación sexual— también se evidencia en el Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este, en el que se reformó la sentencia por delito de actos contra el pudor en menor de edad, y se calificó como delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa. En dicho caso, se planteó el siguiente razonamiento:

Todo da entender, desde los hechos narrados por la víctima —no descartados por la posición no uniforme e incoherente del imputado— que trató de violarla, lo que no se logró por la oportuna llamada de la madre de la agraviada R.L.F.R. **Los hechos externos revelan la intención delictiva del encausado Quispe Corrales:** aprovechó que la niña estaba sola en su casa, ingresó a la misma y se abalanzó contra ella, besándola, manoseándole los senos y la pierna, así como le bajó el pantalón y trató de echarla en la cama [énfasis añadido] (Fundamento 8).

Así, se argumenta que en este caso nos encontramos ante una tentativa del tipo penal de violación sexual, dado que se sostiene que existió una intención de acceso carnal desde el inicio de la conducta típica, lo cual queda evidenciado por los hechos externos.

En este sentido, podría afirmarse que, si en un acto de tocamientos indebidos surge la intención de realizar un acceso carnal, ya estaríamos ante una tentativa de violación. Y si dicho acto se lleva a cabo, entonces no estaríamos ante dos delitos, sino ante un delito consumado de violación sexual.

A partir de esta premisa, revisemos lo expuesto en el caso objeto del presente trabajo. En los hechos imputados se señala lo siguiente:

Dentro del referido inmueble, **el imputado Vásquez Mendoza le manifestó que quería agarrarlo como maniquí**, propuesta que aceptó el menor agraviado. Después de que conversaron de diversos temas, el encausado **le propuso hacerle masajes**, lo que fue aceptado por la víctima. Lo hizo, **primero por sus extremidades y luego cerca de sus genitales**, por lo que el menor le pidió que no siguiera y lo empujó, lo que originó que el encausado se cayera al piso y se pusiera a llorar. Esta situación conmovió al **menor, quien permitió que le hiciera masajes, de lo que se aprovechó el imputado para practicarle sexo oral.**
[énfasis añadido]

En relación a este extremo de los hechos, no podemos notar que existan dos momentos diferentes respecto a los tocamientos y el acto de violación; lo que se puede apreciar desde el inicio es que los masajes son la forma en la que el acusado encuentra de tener cercanía con el menor para posteriormente realizar el sexo oral. Esto, ya que, en relación a los hechos externos, se puede notar que hay primero insinuaciones verbales, luego acercamientos y tocamientos que fueron subiendo de todo hasta que llegó al acto sexual.

El Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este, en su fundamento 8, señala expresamente: “El imputado no se limitó a manosear a la agraviada, sino que la dirección de su ataque delictivo fue más grave: violarla sexualmente”. En el presente caso, podría sostenerse lo mismo, pues la dirección del ataque también estuvo orientada hacia la consumación del acto sexual.

Es decir, no estaríamos ante un concurso real de delitos, sino ante un único delito de violación sexual de menor de edad. Sin embargo, en el presente caso, el fiscal al interponer el recurso de casación, sostuvo que entre los delitos de actos contra el pudor y violación sexual existía una relación de concurso real. Frente a ello, la Corte Suprema se pronunció señalando que no se trataba de un concurso real de delitos; no obstante, no precisó los fundamentos de esta conclusión.

Tanto en el Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este —en el cual se reforma una sentencia precisamente debido a las discrepancias sobre la conducta típica de los tocamientos indebidos— como en el caso que se analiza, donde se evidenciaron posiciones divergentes respecto a la configuración de un posible concurso real, se advierte que el elemento normativo “el que sin propósito de tener acceso carnal” genera confusión. Esta ambigüedad se origina en la necesidad de acreditar la intención del agresor a partir de hechos externos, lo que presenta evidentes dificultades probatorias.

En cuanto a la posibilidad de acreditar la intención del agresor, la Apelación N.º 66-2021/La Libertad (fundamento 3.11) señala que la confesión autoinculpatória suele considerarse como el medio más directo para probar la existencia del dolo, dado que únicamente el propio acusado conoce con certeza lo que pensaba al momento de los hechos. En ese sentido, resulta comprensible que, al intentar acreditar el propósito del agresor mediante elementos objetivos o externos, se generen interpretaciones contradictorias.

Por tanto, puede afirmarse que la configuración del tipo penal de actos contra el pudor en menores efectivamente genera confusión al momento de determinar la existencia de un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad. Esta dificultad radica, principalmente, en las complejidades probatorias

que supone establecer con certeza la ausencia de intención de acceso carnal por parte del autor al momento de los hechos.

Sin embargo, a pesar de las dificultades probatorias mencionadas, lo verdaderamente relevante en estos casos es determinar si hubo o no acceso carnal. Si este elemento se acredita, no correspondería hablar de un concurso real entre ambos delitos, ya que el delito de violación sexual de menor de edad se encontraría consumado, sin que sea necesario probar una intención adicional. En ese sentido, la existencia de acceso carnal excluye la posibilidad de concurso con el delito de actos contra el pudor, al margen de las interpretaciones subjetivas sobre la intención del autor.

5.6 ¿Es necesario acreditar el elemento subjetivo “sin propósito de tener acceso carnal” en el tipo penal de actos contra el pudor en menores?

Para analizar si es necesario acreditar la intención del autor en el marco del tipo penal de actos contra el pudor, es preciso partir del examen de los elementos que integran su ámbito subjetivo, así como de la evolución jurisprudencial sobre su valoración y relevancia en relación con la conducta típica.

En un inicio, se consideraba que el elemento subjetivo comprendía dos componentes: la intención de obtener una satisfacción erótica y la ausencia del propósito de tener acceso carnal.

En esa línea, la sentencia de segunda instancia correspondiente al Expediente N.º 00186-2016-1826-JR-PE-03, en su fundamento tercero, recoge el criterio doctrinal según el cual los actos contrarios al pudor comprenden tanto los tocamientos y manipulaciones realizados sobre el cuerpo de la víctima como aquellos comportamientos de naturaleza libidinosa ejecutados por el agresor **con el objetivo de satisfacer su deseo sexual**. Asimismo, se enfatiza que, para que se configure el tipo penal, deben concurrir en el caso concreto los elementos objetivos, subjetivos y valorativos exigidos por la norma, lo que implica

que **el acto debe dirigirse expresamente a obtener una satisfacción erótica** mediante el sometimiento de la víctima a tocamientos en sus zonas íntimas.

De manera concordante, la Casación N.º 541-2017/Del Santa sostuvo que, en cuanto al ámbito subjetivo, el hecho es doloso y ello implica un “propósito de satisfacción por parte del agente” (Fundamento 2). En consecuencia, parte del tipo subjetivo exigía demostrar que los actos contra el pudor fueron realizados con la intención de alcanzar una satisfacción sexual.

Acreditar este propósito ha supuesto importantes dificultades probatorias, ya que —como se analizó anteriormente— solo se dispone de los hechos externos para inferir la intención del autor. En este contexto, y como resultado del desarrollo jurisprudencial y del enfoque cambiante sobre el dolo entendido como conocimiento y voluntad, se terminó suprimiendo a nivel jurisprudencial el requisito del “propósito de satisfacción sexual”.

Este giro interpretativo se evidencia con claridad en la Casación N.º 2386-2021/Huancavelica, donde se afirma que no resulta necesario que el autor actúe con el objetivo de obtener una satisfacción sexual. Lo relevante, según se señala, es que el agente tenga conocimiento de que su acción implica una agresión que pone en riesgo el bien jurídico protegido o que impone una conducta no consentida a la víctima (Fundamento 3). Esta formulación revela una orientación hacia una concepción del dolo basada en el conocimiento que tiene el agente, dejando en un segundo plano las motivaciones, intenciones o propósitos personales del agresor, los cuales no se consideran indispensables para configurar la conducta típica.

En ese sentido, cabe señalar una contradicción: si el propósito de satisfacción sexual ha sido considerado irrelevante para la tipificación del delito de actos contra el pudor, ¿por qué sí adquiere relevancia la ausencia del propósito de acceso carnal? Esta cuestión adquiere particular importancia, ya que la posibilidad de acreditar dicho elemento subjetivo está estrechamente vinculada a su utilidad dentro del tipo penal. Sin dicho elemento, las delimitaciones del tipo penal podrían entenderse del siguiente modo: si no se verifica un acto de

penetración o compenetración, estaríamos ante el delito de tocamientos indebidos; en cambio, si el acto sexual se consuma, estaríamos frente al delito de violación sexual, siendo los tocamientos previos simplemente etapas que condujeron a su consumación.

La duda en torno a la relevancia de este elemento se presenta con mayor intensidad al tratar de identificar un posible grado de tentativa de violación sexual. Para ello, puede considerarse una perspectiva distinta sobre la importancia de este componente subjetivo, a partir del análisis del caso resuelto en el Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este.

En dicho caso, se plantea una distinción relevante entre el delito de tocamientos indebidos y la tentativa de violación sexual, a partir de la valoración de hechos externos que permiten acreditar la conducta del agente. En ese sentido, se señaló que el comportamiento del imputado no se limitó a una agresión menor, sino que estuvo **dirigida** hacia una acción delictiva de mayor intensidad (Fundamento 8). Aunque esta afirmación podría interpretarse inicialmente como una valoración subjetiva —pues alude a una posible intención—, un elemento fáctico relevante permite orientar el análisis hacia una perspectiva más objetiva: la conducta no se consumó por la intervención de un tercero, y no por una decisión voluntaria del agresor de interrumpir su acción.

Para comprender la relevancia de este hecho, es necesario remitirse al marco legal y jurisprudencial sobre la tentativa. El artículo 16 del Código Penal define la tentativa como la situación en la que el sujeto ha iniciado la ejecución de un delito que decidió cometer, pero no llega a concretarlo. De manera coherente con esta disposición, la Resolución de Nulidad N.º 2907-2007/Apurímac aclara que la tentativa constituye una fase del desarrollo delictivo que no se consuma ya sea por causas externas ajenas a la voluntad del autor, o por una decisión voluntaria de desistirse (Fundamento 4).

De lo anterior se desprende que existen dos formas de justificar que una conducta delictiva fue iniciada pero no consumada: el desistimiento voluntario o la intervención de factores externos. En el primer caso, la prueba más eficaz es

la confesión autoinculpatoria, como lo destaca la Apelación N.º 66-2021/La Libertad, ya que fuera de ello no habría forma certera de determinar si el agente realmente desistió. En el segundo caso, la acreditación recae en la evaluación del contexto fáctico y los hechos externos, lo cual permite inferir la dirección de la conducta sin necesidad de conocer o suponer las motivaciones internas del agente, sino aplicando criterios de lógica y máximas de la experiencia.

Desde este enfoque, en el caso resuelto mediante el Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este, era perfectamente posible concluir que el delito que se pretendía consumir era el de violación sexual, y que este fue impedido únicamente por la intervención de un tercero. Este razonamiento —centrado en el desarrollo de los hechos y no en la intención subjetiva— puede aplicarse de manera coherente en la delimitación de la tentativa de violación sexual, sin necesidad de probar el propósito específico del autor.

Este planteamiento cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la jurisprudencia reciente ha dejado de considerar a la voluntad como un componente esencial del dolo en la configuración de la conducta típica. En ese sentido, la Apelación N.º 66-2021/La Libertad, en su fundamento 3.10, señala que la concepción tradicional del dolo —entendido como la conjunción de conocimiento y voluntad— ha sido progresivamente desplazada. En su lugar, ha ido ganando fuerza la postura que sostiene que basta con el conocimiento del hecho para que se configure el dolo, lo que ha llevado a identificar estas corrientes bajo el nombre de teorías del conocimiento o de la representación.

Desde esta perspectiva, corresponde dejar de lado aquellos elementos que exigen acreditar la voluntariedad del agente para establecer la tipicidad de su conducta, en tanto han perdido peso en el análisis del elemento subjetivo. Así, resulta perfectamente admisible prescindir del requisito “sin propósito de acceso carnal” al momento de calificar el delito de actos contra el pudor, sin que ello impida diferenciar adecuadamente la tentativa de violación sexual. Esta misma lógica fue aplicada cuando se dejó en desuso el criterio del “propósito de satisfacción del agente”, sin que ello afectara la interpretación ni la aplicación del tipo penal en casos de connotación sexual.

Al respecto, Iván Meini hace referencia a estos elementos subjetivos distintos del dolo, distinguiendo dos: elementos de tendencia interna trascendente y elementos de tendencia interna intensificada. El primero exige que el autor persiga una finalidad concreta que va más allá del comportamiento típico y que **no es necesaria para consumir el tipo**. El segundo apunta a que el comportamiento debe venir acompañado de una intención que se pueda alcanzar con el comportamiento típico (2014, pp. 253-254).

En cuanto a los elementos “propósito de satisfacción del agente” y “sin propósito de acceso carnal”, ambos son de tendencia interna trascendente, ya que requieren que el agente actúe con una finalidad concreta que no se limita al comportamiento típico. La diferencia es que el primer elemento se expresa en forma positiva, mientras que el segundo lo hace en forma negativa: en este último, el agente no debe tener un determinado fin para que su conducta quede enmarcada dentro del tipo penal de tocamientos indebidos. Por tanto, dado que ambos elementos son de tendencia interna trascendente, su finalidad no es estructural para la configuración del tipo, sino accesoria. En este sentido, se puede notar que no son necesarios para que se pueda consumir el tipo penal, tal como lo señala el propio autor.

Por tanto, a mi juicio, **no es imprescindible acreditar el elemento subjetivo “sin propósito de tener acceso carnal” en el tipo penal de actos contra el pudor en menores**, ya que este no es un requisito necesario para acreditar el dolo ni la consumación del delito. Por el contrario, resulta perfectamente posible, e incluso deseable, que se deje de lado, tal como se hizo con el elemento “propósito de satisfacción del agente”; ello a fin de evitar confusiones, como las que se presentan, por ejemplo, en torno al concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad.

5.7 ¿Se aplicó correctamente la calificación alternativa de los delitos en el presente caso, teniendo en cuenta los hechos y la normativa aplicable?

Como se ha expuesto previamente, los hechos evidencian actos de sexo oral y contra natura que se iniciaron mediante masajes en el cuerpo de la víctima. En este contexto, el Ministerio Público formuló imputación principal por el delito de violación sexual de menor de edad y, de manera alternativa, por el delito de tocamientos indebidos. A fin de determinar si en este caso se aplicó correctamente la figura de la calificación alternativa, es necesario delimitar previamente en qué supuestos y bajo qué criterios corresponde su utilización.

El artículo 349, inciso 3, del Código Procesal Penal reconoce la posibilidad de que el Ministerio Público formule una calificación jurídica alternativa o subsidiaria en su acusación. Esta opción procede cuando existen circunstancias de hecho que podrían encajar en un tipo penal distinto al planteado inicialmente, siempre que los elementos del tipo principal no sean plenamente demostrados en juicio. Su finalidad es garantizar que el imputado pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa ante todas las hipótesis jurídicas planteadas.

Como puede advertirse, la norma permite al Ministerio Público plantear una calificación alternativa siempre que existan circunstancias fácticas que puedan enmarcarse en un tipo penal distinto al principal, y que este escenario sea considerado para el caso en que no se logren acreditar los elementos de la imputación principal. En el caso analizado, se imputó de forma alternativa el delito de tocamientos indebidos en razón de los masajes realizados por el agresor, previos a los actos sexuales, partiendo del supuesto de que durante ese primer acercamiento no existía aún el “propósito de tener acceso carnal”. En consecuencia, se plantea la existencia de dos momentos delictivos diferenciados.

La sentencia de casación objeto de análisis aborda esta cuestión reconociendo que el ordenamiento procesal penal contempla la posibilidad de plantear una calificación jurídica principal y, en caso de insuficiencia probatoria, una segunda calificación formulada en términos subsidiarios —aunque dicha denominación, según lo precisa el fallo, no sea del todo adecuada desde una perspectiva técnica—. En realidad, se trataría de lo que el derecho procesal civil denomina “pretensiones subordinadas” o “eventuales”, conforme al artículo 87 del Código

Procesal Civil. En ese marco, se resalta que el juez posee la facultad de realizar una determinación alternativa en la calificación jurídica, **cuando surgen dificultades en torno a la prueba o a la subsunción penal**, sin que ello implique una vulneración de la presunción de inocencia (Casación N° 790-2018/San Martín, Fundamento 2).

De esta interpretación jurisprudencial se desprenden dos criterios fundamentales para aplicar correctamente la calificación alternativa. Primero, que el Ministerio Público exponga con claridad las circunstancias de hecho que permitan subsumir la conducta imputada en un tipo penal distinto al principal. Segundo, que los elementos de convicción disponibles, aun cuando no alcancen para acreditar la imputación principal, sí permitan sustentar razonablemente la imputación alternativa.

En esta línea, Marcelo Fernández sostiene que el Ministerio Público debe recurrir a la calificación o acusación alternativa únicamente en aquellos casos en los que la situación procesal lo justifique de forma excepcional, y siempre que dicha actuación esté debidamente motivada, resulte proporcional, razonable y cuente con una justificación adecuada (2023, s/p).

Desde esta perspectiva, y en coherencia con los criterios antes mencionados, la calificación alternativa no debe ser empleada de forma automática ni como una estrategia para asegurar una condena en caso de duda sobre el éxito de la imputación principal. Por el contrario, su uso debe estar debidamente sustentado en hechos que puedan razonablemente encajar en más de un tipo penal, cuando la investigación no haya logrado esclarecer completamente dicha ambigüedad, o cuando, pese a los esfuerzos por alcanzar un estándar probatorio suficiente para la calificación principal, solo sea posible sostener la alternativa.

Así, en el caso que venimos analizando, lo procedente es que cada uno de los delitos imputados –el principal y el alternativo– esté sustentado en hechos diferenciados y respaldado por elementos de convicción que cumplan con el estándar probatorio correspondiente a la etapa procesal en la que se formuló la acusación.

Por una parte, conforme se ha señalado anteriormente, el fiscal calificó los hechos como delito de violación sexual de menor de edad en relación con los actos de sexo oral y contra natura. De manera alternativa, consideró el delito de tocamientos indebidos por los masajes realizados sobre el cuerpo de la víctima. Si dejamos de lado el análisis sobre el elemento “sin propósito de acceso carnal”, podríamos decir que estamos ante dos hechos distintos a los que corresponden dos tipos penales diferentes.

No obstante, si aplicamos un análisis similar al desarrollado en el Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este —previamente abordado—, podríamos afirmar que la finalidad de la agresión era consumir la violación sexual, y que los masajes fueron solo un medio para alcanzar ese fin. En consecuencia, no deberían subsistir dudas sobre cuál era la tipificación penal que correspondía aplicar en este caso.

Por otra parte, si la calificación principal no cuenta con los elementos de convicción necesarios para alcanzar el estándar probatorio exigido en la etapa procesal de la acusación, entonces la calificación alternativa sí debería cumplir con dicho estándar. En este punto, es necesario precisar que el estándar probatorio requerido para acusar es el de **sospecha suficiente**, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 del Código Procesal Penal y en el Acuerdo Plenario N.º 01-2019/CIJ-116.

En cuanto al concepto de “sospecha suficiente”, el fundamento 37 del acuerdo plenario en mención aclara que este nivel de sospecha debe entenderse como una acreditación que, a primera vista, resulta más probable que la eventual absolución del imputado. Esta valoración se identifica con la idea de una “probabilidad preponderante”, la cual no debe confundirse con un grado elevado de certeza, como ocurre en los supuestos de sospecha fuerte o vehemente.

En ese sentido, se requería que el fiscal, al momento de formular acusación, contará con los elementos de convicción necesarios para que fuera más probable obtener una sentencia condenatoria. Si esa probabilidad no se

alcanzaba con la calificación principal, debía ser incluso más probable que se lograra con la calificación alternativa.

En el caso concreto, la sentencia de primera instancia concluyó que no se probó la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, ya que solo se contaba con la declaración de la víctima y un certificado del médico legista que no acreditaba signos de abuso. En cuanto a los informes de pericia psicológica, no se consideró que aportaran elementos relevantes para generar convicción.

Si solo se cuenta con estos elementos, y —como se ha indicado— la declaración de la víctima no supera el juicio de credibilidad por carecer de elementos de corroboración periférica (aspecto que pudo y debió advertir el fiscal), no resulta razonable sostener que dichos elementos constituyan una sospecha suficiente para sustentar una acusación de violación sexual. No obstante, sí se obtuvo una condena por el delito de actos contra el pudor en menor de edad, debido a que en primera instancia no se realizó adecuadamente el juicio de credibilidad.

En segunda instancia, se revisó la sentencia y se absolvió por el delito de actos contra el pudor en menor de edad, al constatarse que solo se contaba con la declaración de la víctima, y que la pericia psicológica no arrojaba indicios de afectación emocional compatibles con los hechos denunciados. También en este extremo se evidencia que no se alcanzó el estándar probatorio requerido, ya que se contaba con el mismo medio probatorio —la declaración de la víctima— usado para sustentar la acusación por violación, y un medio adicional —la pericia psicológica— que no logró acreditar la existencia de actos de connotación sexual.

Así, en el caso de la violación sexual se presentó como prueba la declaración de la víctima y el certificado médico legal (que no acreditaba el delito). En el caso de los actos contra el pudor, también se presentó la declaración de la víctima y, adicionalmente, la pericia psicológica del menor (que igualmente no acreditaba el delito). Por tanto, si ambos tipos penales se sustentaban en los mismos elementos y los adicionales no lograron acreditar el delito correspondiente, no

puede sostenerse válidamente que se cumplió con el estándar de sospecha suficiente.

En ese sentido, si ni la calificación principal ni la alternativa contaban con elementos de convicción suficientes para alcanzar una probabilidad preponderante —circunstancia que debió advertir el fiscal—, no resultaba lógico emplear esta figura, ya que uno de sus presupuestos es que la calificación alternativa no comparta los mismos defectos probatorios que la calificación principal.

5.8 ¿El uso de la declaración de la víctima como prueba suficiente para sentenciar, cuando el juez decide acreditar solo una parte de su testimonio, vulnera las garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia?

En este caso, se utilizó la declaración de la víctima de forma disgregada, otorgándole una valoración distinta a dos partes de un mismo relato. En primera instancia, se consideró que el relato superaba el juicio de credibilidad respecto de los tocamientos indebidos. Por el contrario, se estimó que no alcanzaba la veracidad suficiente en cuanto a la violación sexual.

En segunda instancia, se señaló que la declaración del menor no constituía prueba suficiente para acreditar el delito de tocamientos indebidos, al tratarse del único elemento incriminatorio disponible, dado que la pericia psicológica no evidenció ningún tipo de afectación. Sin embargo, el juez de esta instancia consideró que sí podría acreditarse el delito de violación sexual, aunque no podía pronunciarse al respecto por no haber sido apelado ese extremo.

Esta situación resulta incongruente con lo establecido en los Acuerdos Plenarios N.º 02-2005/CJ-116 y N.º 01-2011/CJ-116, ya que la verosimilitud exigida para la declaración implica que todo el contenido esencial del testimonio sea considerado verdadero. No resulta coherente otorgar credibilidad a una parte del relato —tocamientos indebidos— y considerar falsa otra —violación sexual— o viceversa, en tanto ambas forman parte del mismo núcleo fáctico.

Asimismo, como se ha expuesto en este trabajo, la declaración de la víctima carecía de elementos de corroboración periférica, por lo que no superaba el juicio de credibilidad conforme a los parámetros establecidos en los Acuerdos Plenarios citados. Esto, debido a que ni la evaluación médica ni la evaluación psicológica practicadas al menor contribuyeron a la acreditación del hecho ilícito denunciado.

Frente a este escenario, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿cómo contradecir una prueba que es considerada veraz en un extremo y falsa en otro?

Para responder esta cuestión, es necesario aclarar dos conceptos: credibilidad y fiabilidad. La credibilidad se refiere a la persona que declara y al valor que se otorga a su testimonio, bajo los criterios de los Acuerdos Plenarios ya mencionados. En cambio, la fiabilidad se refiere a la justificación racional, en el plano probatorio, que permite considerar una declaración como verdadera.

La diferencia entre los conceptos de credibilidad y fiabilidad, así como su articulación en el análisis probatorio, ha sido desarrollada en la Sentencia de Vista N.º 102-2025/Arequipa. En esta se afirma que el modelo de valoración de la prueba debe centrarse en la fiabilidad del testimonio como criterio epistémico, y no en la credibilidad subjetiva de quien declara. Es decir, no se trata de “creer” a la víctima, sino de determinar si su relato ha sido verificado de manera objetiva. En ese marco, se advierte que la confianza en el testigo no puede reemplazar la obligación del juzgador de contrastar empíricamente lo afirmado. Por tanto, la fiabilidad se presenta como una exigencia racional, que obliga al juez a justificar con fundamentos por qué le atribuye valor de verdad al testimonio recibido (2025, p. 6).

En ese sentido, una declaración no debe sustentarse únicamente en la credibilidad, sino también en la fiabilidad. Esto implica que el juez tiene el deber de justificar racionalmente por qué considera verdadero lo afirmado en el testimonio. Por tanto, no resulta coherente que se otorgue veracidad solo a una parte de la declaración de la víctima, ya que en ese punto del análisis se supone

que el juez no solo valoró su credibilidad, sino que además se convenció de la veracidad del relato en su totalidad, luego de haberlo contrastado con elementos objetivos.

Con base en ello, podemos retomar la pregunta planteada y vincularla con el derecho de defensa, reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2, inciso c), en la Constitución Política del Perú (artículo 139, numeral 14) y en el Código Procesal Penal (Artículo IX del Título Preliminar).

Si bien este derecho es amplio y comprende distintos componentes normativos, en el presente trabajo nos centraremos en el principio de contradicción, el cual, según Carol Quiróz, constituye uno de los principios fundamentales y de carácter estructural incorporado dentro del derecho de defensa (s. f., apartado 2.2.).

Sobre este principio, Reynaldo Bustamante afirma que implica que la parte contra la cual se presenta un medio de prueba debe tener la oportunidad de conocerlo, discutirlo y contraprobarlo (1997, p. 13). De manera concordante, Mercedes Fernández señala que el principio de contradicción permite a ambas partes discutir tanto la credibilidad de la fuente como la fiabilidad de la información, advirtiendo que limitar dicha posibilidad impacta directamente en el valor probatorio (2022, p. 228).

En este entendido, el principio de contradicción como parte del derecho de defensa, implica que una prueba pueda ser cuestionada tanto en la credibilidad como en la fiabilidad; a efectos del caso concreto, la declaración de la víctima puede contradecirse tanto en la credibilidad que se le da al menor declarante como a la fiabilidad del propio testimonio.

Bajo este entendido, puede afirmarse que, en el caso analizado, existió una limitación para contradecir la declaración de la víctima, dado que esta no fue plenamente validada como prueba de cargo. No es posible determinar con certeza qué parte de su contenido es veraz y cuál no, lo que impide un cuestionamiento efectivo.

Esta situación se vuelve aún más evidente si se considera que un juez de primera instancia otorgó credibilidad y fiabilidad a la declaración en el extremo referido a tocamientos indebidos, mientras que el juez de segunda instancia le atribuyó veracidad respecto del delito de violación sexual. Así, si dos operadores de justicia llegan a conclusiones distintas sobre la credibilidad y fiabilidad del mismo testimonio como medio de prueba, ¿cómo podría la defensa técnica del imputado advertir qué parte de la declaración debe cuestionar? Podría ocurrir que objete un extremo que el juez no considera probado, sin que ello tenga incidencia en su valoración.

Esta falta de claridad, derivada de una valoración fragmentada, limita la posibilidad de contradecir eficazmente el medio de prueba y afecta el ejercicio del derecho de defensa.

Cabe señalar que la valoración de un medio de prueba debe realizarse de forma íntegra, no sólo para establecer adecuadamente su credibilidad y fiabilidad, sino porque así lo exige el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

El artículo 393.2 del Código Procesal Penal dispone que la apreciación probatoria debe partir de un examen individual de cada prueba, seguido de un análisis conjunto. En cuanto a la valoración individual, la Casación N.º 933-2021/Cusco establece que esta debe realizarse de forma íntegra y sin fragmentaciones (2024, p. 19).

En consecuencia, valorar de manera diferente dos extremos de una misma declaración contradice lo dispuesto en el artículo 393.2 del Código Procesal Penal, ya que no resulta lógico, partiendo de un examen individual, considerar que una misma declaración puede ser simultáneamente verdadera y falsa. Esta forma de valoración tampoco se ajusta a lo establecido en la Casación N.º 933-2021/Cusco, que exige una apreciación probatoria sin fragmentaciones.

Cuando el juez se aparta de este marco normativo y jurisprudencial, pueden surgir cuestionamientos sobre una posible vulneración de la garantía de juez

imparcial, reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, numeral 1) y resguardada en el Código Procesal Penal Peruano (artículos 53 y 54).

Respecto a esta garantía, la Casación N.º 106-2010/Moquegua distingue dos dimensiones de la imparcialidad judicial: una subjetiva y otra objetiva. En cuanto a esta última, sostiene que debe evaluarse si el juez brinda condiciones suficientes para descartar cualquier sospecha razonable sobre la corrección de su actuación. Para que proceda su apartamiento del caso, no es necesario demostrar que haya favorecido a alguna de las partes, sino que basta con la existencia de **hechos verificables que generen dudas fundadas sobre su neutralidad**. Esto no solo protege el derecho de las partes, sino que también busca preservar la confianza pública en la imparcialidad del sistema de justicia (2011, p. 203).

Esto guarda coherencia con lo señalado en el inciso e, artículo 53 del Código Procesal Penal, que reconoce como causal de afectación a la imparcialidad la existencia de cualquier motivo grave y fundado. En este sentido, la imparcialidad objetiva se ve comprometida cuando existe una circunstancia que razonablemente permite dudar de la neutralidad del juzgador, especialmente si no se han garantizado las condiciones propias de un debido proceso.

Por tanto, si consideramos que la declaración de la víctima fue valorada de manera deficiente, al no realizarse un examen integral de la misma y fragmentarse su veracidad —en contravención de lo establecido en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia—, se puede afirmar que se vulneró el principio de contradicción, como parte esencial del derecho de defensa. En consecuencia, el juez no ofreció garantías suficientes para despejar cualquier duda sobre su correcta actuación.

En esa línea, puede sostenerse que, al menos en lo que respecta al juez de primera instancia —quien incurrió en dicha fragmentación—, se habría transgredido la garantía de imparcialidad judicial, dado que su actuación se apartó de lo dispuesto por la normativa y la jurisprudencia, y además afectó el

ejercicio pleno del derecho de defensa. Cabe precisar que, al menos en esta cuestión, el juez de segunda instancia se limitó a pronunciarse sobre el delito de tocamientos indebidos, que fue el extremo apelado.

Corresponde en este punto examinar si la forma en que se valoró la declaración de la víctima como medio de prueba generó una afectación al principio de presunción de inocencia, reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2), en la Constitución Política del Perú (artículo 2, numeral 24, inciso e) y en el Código Procesal Penal Peruano (Artículo II del Título Preliminar).

Si bien previamente se ha sostenido que en este caso no se alcanzó el estándar probatorio de certeza necesario para respetar dicho principio, en este apartado se analizará si la forma en que se utilizó la declaración ya representaba, en sí misma, un riesgo para su observancia.

En este caso, la declaración de la víctima fue considerada como prueba de cargo suficiente, sin contar con elementos objetivos de corroboración periférica, basándose el juicio de credibilidad únicamente en los demás criterios recogidos por los Acuerdos Plenarios N.º 02-2005/CJ-116 y N.º 01-2011/CJ-116.

Sobre esta forma de proceder, la Sentencia de Vista N.º 102-2025/Arequipa advierte que los operadores del sistema penal, en muchos casos, adoptan un enfoque mecánico al momento de valorar la declaración de la víctima. Se señala que dicha valoración tiende a realizarse mediante un esquema lineal o una lista de verificación formal, donde se suman ciertos elementos sin un análisis sustantivo real. Como consecuencia, se llega a otorgar valor probatorio a la declaración únicamente por haber superado ese control superficial, sin una verdadera verificación de su fiabilidad (2025, p. 5).

Este enfoque revela una confusión conceptual entre credibilidad y fiabilidad: se parte de la premisa de que, si se cumplen la mayoría de los criterios del juicio de credibilidad, ello basta para otorgar no sólo credibilidad a la declarante, sino

también fiabilidad a su testimonio, prescindiendo de cualquier contraste con elementos objetivos de prueba.

Esta práctica judicial es descrita en la Sentencia de Vista N.º 102-2025/Arequipa, en la que se advierte que parte de un supuesto equivocado: asumir que el conocimiento judicial puede aplicarse como si existieran leyes universales del comportamiento humano. Esta premisa se traslada a la noción de “máximas de la experiencia”, lo que lleva a aplicar los criterios de certeza —propios del juicio de credibilidad— como si se tratara de verdades absolutas. La sentencia evidencia esta lógica a través de ejemplos que reflejan una valoración automática del testimonio: si la menor no presenta móviles espurios, es porque dice la verdad; si su relato es internamente coherente, entonces dice la verdad; y si su declaración se mantiene constante en el tiempo, nuevamente se le otorga credibilidad sin mayor contraste (2025, p. 5).

Este modo de aplicar los criterios de certeza genera una apariencia de credibilidad y fiabilidad, sustentada únicamente en la suma de los factores presentes en el testimonio, relegando el criterio de corroboración periférica a un plano accesorio. La sentencia mencionada crítica este enfoque, señalando que incluso se pretende cumplir con la corroboración mediante testimonios de referencia, lo cual refleja una visión inquisitiva del proceso (Sentencia de Vista N.º 102-2025/Arequipa, p. 5).

En ese sentido, la vulneración al principio de presunción de inocencia no se produjo únicamente porque los elementos probatorios no alcanzaran el estándar de certeza requerido para una condena. También se materializó en la forma en que fue utilizada la declaración de la víctima en la primera instancia: de manera fragmentada, aplicando solo algunos criterios del juicio de credibilidad, sin contraste con evidencia objetiva, lo cual ya ponía en riesgo dicho principio. Esta situación, sin embargo, no fue advertida en ninguna de las instancias posteriores.

Todas las deficiencias advertidas previamente repercuten en la garantía de la debida motivación, reconocida en la Constitución Política del Perú (artículo 139, numeral 5), en el Código Procesal Penal (artículo 394, numeral 3) y en el Texto

Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 12). Esto se debe a que la motivación de una sentencia representa la expresión del razonamiento lógico y de la valoración probatoria que realiza el juez a lo largo del proceso.

Según lo señalado en la Casación N.º 933-2021/Cusco, el deber de motivar las resoluciones judiciales implica que estas deben construirse sobre una fundamentación sólida tanto a nivel interno como externo. Ello supone que la decisión adoptada debe ser el resultado de un razonamiento estructurado de forma coherente, con objetividad y suficiencia argumentativa (2024, p. 15).

Para Manuel Atienza, la justificación interna responde a una lógica deductiva en sentido estricto, compuesta por premisas normativas y fácticas que conducen a una conclusión. Por su parte, la justificación externa va más allá de esta lógica y, en línea con Neil MacCormick, se refiere a una justificación de segundo nivel, que exige coherencia y consistencia entre las premisas normativas —el derecho vigente— y las fácticas —la prueba producida— (2005, pp. 25–26, 117).

En el caso analizado, el cuestionamiento no se dirige contra el silogismo jurídico (justificación interna), ni tampoco contra la justificación externa en lo que respecta a las premisas normativas, pues estas fueron adecuadamente identificadas y aplicadas en las distintas instancias. La deficiencia radica en la justificación externa en relación con la premisa fáctica, es decir, en la forma en que se valoró la prueba para sustentarla. Este defecto se originó en la primera instancia y no fue debidamente advertido ni corregido en las posteriores, como se ha expuesto anteriormente.

En relación con este aspecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N.º 988/2020, ha precisado que el derecho fundamental a la debida motivación también protege frente a deficiencias en la motivación externa, entendidas como la falta de justificación adecuada de las premisas en que se sustenta la decisión judicial. En ese sentido, se reconoce que el juez constitucional puede intervenir cuando dichas premisas no han sido debidamente confrontadas ni evaluadas en cuanto a su validez jurídica o fáctica (2020, fundamento 9).

Bajo este entendido, la incorrecta valoración de la declaración de la víctima — particularmente, la fragmentación del testimonio y la atribución de una credibilidad y fiabilidad sólo aparente en la primera instancia— comprometió la debida motivación de la sentencia, al no analizarse de manera adecuada la validez de la premisa fáctica.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que, cuando el juez decide fragmentar la declaración de la víctima y atribuirle credibilidad y fiabilidad únicamente a uno de sus extremos, el uso de ese testimonio como prueba de cargo no solo resulta insuficiente para sustentar una condena, sino que además vulnera garantías esenciales del debido proceso, tales como la defensa, la contradicción, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y la debida motivación.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

6.1. La configuración tradicional del tipo penal de violación sexual de menor de edad, al considerar al sujeto activo como el agresor y al sujeto pasivo como la víctima, sí genera un sesgo tanto en el análisis de la conducta típica como en la selección de diligencias investigativas. Esto tiene como consecuencia que, en determinados casos, el procedimiento pueda dejar de considerar hechos relevantes o realizar diligencias innecesarias que generan una revictimización de la víctima.

6.2. La configuración del tipo penal de actos contra el pudor en menores genera confusión al determinar la existencia de un concurso real con el delito de violación sexual de menor de edad. Esto ocurre principalmente cuando el elemento “sin propósito de acceso carnal” es el que define o descarta dicho concurso. Así, cuando el acceso carnal queda acreditado, el concurso deja de tener lugar, sin importar las interpretaciones sobre la intención del autor; pero cuando no se logra determinar ese elemento, surgen problemas interpretativos en el procedimiento.

6.3. No resulta necesario demostrar el elemento subjetivo “sin propósito de tener acceso carnal” para que se configure el tipo penal de actos contra

el pudor en menores. Por el contrario, prescindir de dicho elemento evita confusiones interpretativas, puesto que el tipo puede quedar consumado sin que sea preciso demostrar una intención específica más allá de la conducta en sí.

6.4. En el presente procedimiento no se aplicó de forma adecuada la calificación alternativa de los hechos. Esto se debió a que tanto la calificación principal como la secundaria carecía de elementos de convicción suficientes para alcanzar el estándar de sospecha requerido. Así, el procedimiento no estaba en condiciones de aplicar una calificación alternativa cuando esta adolecía de las mismas deficiencias que la principal.

6.5. La declaración de la víctima no alcanzó los parámetros exigidos en el ordenamiento jurídico para tener validez como prueba de cargo. Esto se debió a que carecía de elementos objetivos de corroboración periférica y el juicio de credibilidad no se llevó a cabo de forma adecuada. Así pues, se vulneró el deber de valorar debidamente dicho medio de prueba, tanto en primera como en segunda instancia.

6.6. En el procedimiento no se alcanzó el estándar de certeza requerido para desvirtuar la presunción de inocencia. Esto considerando que los medios probatorios —y en especial el testimonio de la víctima— no acreditan fehacientemente los hechos materia del proceso, y que además era razonable exigir pruebas adicionales en esta etapa procesal para generar convicción.

6.7. La declaración de la víctima puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria. Esto, si dicho testimonio logra superar el juicio de credibilidad y no es desvirtuado por pruebas directas o indiciarias que afecten su fiabilidad.

6.8. Cuando se fragmenta la declaración de la víctima y se le atribuye credibilidad y fiabilidad únicamente a uno de sus extremos, el uso de ese testimonio como prueba de cargo no solo resulta insuficiente para sustentar una condena, sino que además vulnera garantías esenciales del debido proceso, tales como la defensa —principio de contradicción—, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y la debida motivación.



BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 de 2005 [Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia]. Por la cual se establecen los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado. 30 de septiembre de 2005.
- Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 de 2009 [V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia]. Por la cual se aborda la determinación de la pena y concurso real. 13 de noviembre de 2009.
- Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116 de 2011 [VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia]. Por la cual se aborda la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. 06 de diciembre de 2011.
- Acuerdo Plenario N.º 01-2019-CIJ/116 de 2019 [XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia]. Por la cual se establecen los presupuestos y requisitos de la prisión preventiva. 10 de septiembre de 2019.
- Aguilar, M. (2015). Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio. *Instituto de la Judicatura Federal*.
- Atienza, M. (2017). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (4ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bustamante, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *Ius Et Veritas*, (14), 171–185.
- Código de Procedimientos Penales [CPP]. Ley N.º 9024 de 1939. 23 de noviembre de 1939 (Perú).
- Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635 de 1991. 3 de abril de 1991 (Perú).
- Código Procesal Penal [N CPP]. Decreto Legislativo 957 de 2004. 22 de julio de 2004 (Perú).
- Constitución Política del Perú [Const]. Art. 2. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8º. 22 de noviembre de 1969.

Corte Superior de Justicia de Arequipa. Primera Sala Penal de Apelaciones. Sentencia de Vista N.º 047-2024.

Corte Superior de Justicia de Arequipa. Primera Sala Penal de Apelaciones. Sentencia de Vista N.º 102 – 2025.

Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Penal de Apelaciones. Expediente N.º 00186-2016-1826-JR-PE-03. Sentencia de Segunda Instancia.

Corte Suprema de Justicia de la República. Primera Sala Penal Transitoria. Casación N.º 482-2016/Cusco.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 106-2010/Moquegua.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 1111-2018/Ayacucho.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 1773-2021/Huancavelica.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 2386-2021/Huancavelica.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 541-2017/Del Santa.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 790-2018/San Martín.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 933-2021/Cusco.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Apelación N.º 41-2023/Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Apelación N.º 66-2021/La Libertad.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.º 316-2021/Lima Este.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.º 515-2016/Lima

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Revisión de Sentencia N.º 98-2018/Lima.

- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.º 261-2020/Lima.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.º 486-2021/Junín.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Resolución de Nulidad N.º 2907-2007/Apurímac.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.º 1575-2015/Huánuco.
- Fernández, M. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio III. Principios generales de la práctica de la prueba. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 223–239). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Fernández, M. (2023). La acusación alternativa en el Código Procesal Penal peruano: retos y vicisitudes. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 15(19), 211-235.
- Ferrer, J. (2022). La decisión probatoria. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 397–451). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- González, J. y Pardo, E. (2007). El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual. *VIII Congreso Virtual de Psiquiatría (Interpsiquis 2007)*.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal: Parte general. Teoría jurídica del delito* (1.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Peña, A. (2008). *Derecho penal. Parte especial (Tomo I)*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Quiróz, C. (s.f.). *El principio de contradicción en el proceso penal peruano*. *Revista Jurídica Cajamarca*, (10).
- Rodríguez Vásquez, J. A., & Valega Chipoco, C. (2023). Violencia sexual y derecho penal: Sobre los problemas contemporáneos en la interpretación del tipo penal de violación sexual en el Código Penal del Perú. *Derecho PUCP*, (91), 301–347.
- Taboada, G. (2012). Los grados del conocimiento en el proceso penal. *Instituto de Ciencia Procesal Penal*.
- Taruffo, M. (2011) *La prueba de los hechos*. (4ª ed.). Editorial Trotta.

Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo 017-93-JUS de 1993. 2 de junio de 1993 (Perú).

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 00728-2008-HC/TC.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 04415-2013-PHC/TC.

Tribunal Constitucional. Sentencia 988/2020 del Expediente N.º 00088-2020-PA/TC.

Vásquez, C. y Fernández, M. (2022). La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 289–345). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Vizcarra, P. (2016). Precisiones al Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 Declaración de la víctima suficiente para enervar la presunción de inocencia. *Foro jurídico*, (15), 326-340.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 790-2018/SAN MARTÍN
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de actos contra el pudor. Pretensión subordinada o eventual
Sumilla. 1. El artículo 349 apartado 3, del Código Procesal Penal permite una calificación jurídica principal y, en defecto de prueba, una calificación jurídica que el Código Procesal Penal califica erróneamente de: “alternativa o subsidiaria”. En pureza se trata del expreso reconocimiento de las denominadas “pretensiones subordinadas” –también llamadas “eventuales”–, pues, conforme al artículo 87 del Código Procesal Civil, en este caso la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal por defectos de prueba sea desestimada, por lo que, de ser el caso, el órgano jurisdiccional debe absolver por la pretensión principal y condenar por la pretensión subordinada si la prueba así lo confirma –el pronunciamiento de la pretensión subordinada está claramente condicionada a la suerte de la pretensión planteada como principal–. 2. El tipo penal de abusos deshonestos o tocamientos indebidos es un ataque a la libertad sexual –ausencia de consentimiento libre en lo sexual por el sujeto pasivo, obvio tratándose de menores de edad–. La conducta del sujeto activo del delito tiene un carácter sexual inobjetable. Importa, desde su elemento objetivo, contactos físicos, tocamientos de la más diversa índole, siempre que éstos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades. El propósito de esta conducta (elemento subjetivo) es el de obtener una satisfacción sexual por el agente o al menos reside en el conocimiento del carácter sexual de la acción.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, trece de noviembre de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de la motivación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOYOBAMBA contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintiséis, de quince de mayo de dos mil dieciocho, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y dos, de cinco de enero de dos mil dieciocho, absolvió a Marco Antonio Vásquez Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de W.A.G.C.; con lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el fiscal provincial provisional del Primer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de

Moyobamba por requerimiento de fojas una, de once de julio de dos mil diecisiete, acusó alternativamente a Marco Antonio Vásquez Mendoza como autor del delito de violación sexual de menor de edad o de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de W.A.G.C.

∞ Los hechos objeto de imputación son los siguientes:

- A.** En abril de dos mil catorce el agraviado W.A.G.C., de doce años de edad, a pedido de su madre, se encontró con el encausado Marco Antonio Vásquez Mendoza, profesor de sus hermanos menores Cristian y Flavia en la Institución Educativa “Juan Clímaco Vela Reyes”, a fin de conversar con él sobre su comportamiento rebelde, conducta que preocupaba a su progenitora. El encuentro se concretó en el domicilio del mencionado imputado, ubicado en jirón Los Helechos, cuadra dos, Sector Punta de Doña Barrio El Calvario, en la ciudad de Moyobamba, provincia de San Martín.
- B.** Dentro del referido inmueble, el imputado Vásquez Mendoza le manifestó que quería agarrarlo como maniquí, propuesta que aceptó el menor agraviado. Después de que conversaron de diversos temas, el encausado le propuso hacerle masajes, lo que fue aceptado por la víctima. Lo hizo, primero por sus extremidades y luego cerca de sus genitales, por lo que el menor le pidió que no siguiera y lo empujó, lo que originó que el encausado se cayera al piso y se pusiera a llorar. Esta situación conmovió al menor, quien permitió que le hiciera masajes, de lo que se aprovechó el imputado para practicarle sexo oral. En esos momentos la víctima se quedó “en blanco”. En su casa el menor agraviado se metió al baño y comenzó a llorar.
- C.** Posteriormente, el encausado se disculpó con él y retomaron la comunicación. De este modo, el agraviado W.A.G.C. nuevamente comenzó a ir a la casa del imputado Vásquez Mendoza, en específico sábados y domingos, en los cuales este último le realizó felaciones. En una ocasión dicho imputado le propuso mantener relaciones sexuales, pues sostuvo que se había cansado del acto sexual oral, lo que fue aceptado por el menor. Estos hechos se produjeron en reiteradas ocasiones, por lo que el imputado Vásquez Mendoza entregaba dinero (cinco, ocho, diez y quince soles) al aludido agraviado.
- D.** Las relaciones sexuales se produjeron hasta el mes de septiembre de dos mil catorce, pues el agraviado W.A.G.C. había conocido a una chica, no obstante el imputado lo mandaba a vigilar. Al terminar con la chica, el menor retornó a la casa del encausado entre octubre y noviembre de dos mil catorce.

SEGUNDO. Que, mediante sentencia de primera instancia, de fojas ciento cuarenta y dos, de cinco de enero de dos mil dieciocho, se declaró probado que el imputado Vásquez Mendoza realizó tocamientos indebidos al agraviado W.A.G.C., por lo que se le condenó por el delito de actos contra el pudor (artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal) a seis años de pena privativa de la libertad y se fijó cinco mil soles por concepto de reparación civil, así como se

dispuso la ejecución provisional de la pena y que después de que sea capturado se someta a un tratamiento terapéutico, previo diagnóstico. Asimismo, se absolvió al aludido encausado por la acusación fiscal por el delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173, numeral 2, del Código Penal y último párrafo del mismo artículo) en agravio de W.A.G.C, al no probarse que hayan practicado algún tipo de acto sexual oral o anal.

∞ Respecto de la absolución, la sentencia se sustentó en que lo único con que se cuenta es la sindicación del menor, aunado al hecho de que, conforme al examen médico legal, la víctima no presentó en su zona paragenital, extragenital, genital ni anal ningún tipo de lesión que dé cuenta de abuso o de relaciones sexuales, más aun si no se exteriorizaron signos de actos contra natura, lo que es entendible porque el agraviado refirió que él le realizó la penetración sexual al encausado.

TERCERO. Que, contra la referida sentencia de primera instancia, el imputado Vásquez Mendoza interpuso el recurso de apelación de fojas ciento ochenta y nueve, de veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, que fue concedido por auto de fojas doscientos cinco, de veintidós de marzo de dos mil dieciocho.

∞ Posteriormente, seguido el procedimiento impugnativo de apelación, el Tribunal Superior dictó la sentencia de vista de fojas doscientos veintiséis, de quince de mayo de dos mil dieciocho, que revocó la de primera sentencia y absolvió al encausado Vásquez Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de tocamientos indebidos –o contra el pudor– en agravio de W.A.G.C.

∞ Los argumentos de esta sentencia fueron los siguientes:

- A.** Está probado que el menor no presentó indicadores de afectación emocional compatible con los hechos juzgados. Así se advirtió con lo expuesto por el perito psicólogo César Santiago Mundaca Flores.
- B.** No está probado que el encausado realizó tocamientos indebidos, pues el agraviado en cámara gessel mencionó que el procesado le masajeó cerca de sus genitales, pero no precisó si dichos masajes fueron realizados en su partes íntimas. Se infiere de dicha declaración que, posteriormente, el imputado le realizó felación, pues su propósito era tener relaciones sexuales con el agraviado.
- C.** No se probaron los actos de tocamientos indebidos, solo se tiene la sindicación del menor. El juez de la causa no ha especificado en qué consistió tales actos y si, en efecto, fueron contra el pudor del agraviado.
- D.** Se probó, en cambio, el delito de violación sexual. Discrepa del criterio del juez de primera instancia, puesto que la misma declaración del menor ha servido para, por un lado, condenar por delito de actos contra el pudor y, por otro, absolver por delito de violación sexual.
- E.** Estimó que el juez de primera instancia absolvió por delito de violación sexual y condenó por delito de actos contra el pudor, pero lo correcto debió

ser que, entre las dos calificaciones jurídicas alternativas, se elija el delito de violación sexual. No obstante ello, afirmó que podía pronunciarse por dicho delito porque el acusado fue absuelto y la Fiscalía no impugnó dicho extremo.

CUARTO. Que, contra la sentencia de vista, el señor fiscal superior promovió el recurso de casación de fojas doscientos cincuenta y cinco, de treinta de mayo de dos mil dieciocho. Invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

∞ Argumentó, en lo específico, que se desconoció que entre los delitos de actos contra el pudor y violación existe una relación de concurso real; que no se respetó el principio de congruencia; que no se definió adecuadamente los alcances de ambos delitos en relación con los hechos atribuidos al encausado –son dos hechos distintos–; que no se realizó una debida motivación ni valoración correcta de los medios de prueba. Sobre las concretas causales de quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material, empero, no detalló la pretensión respectiva, específicamente la causa de pedir y su razonamiento justificativo.

∞ El señor fiscal superior demandó el acceso excepcional al recurso de casación. Empero, no era de recibo esta excepcionalidad desde que lo que determina el objeto impugnado en caso de sentencia condenatoria es la acusación fiscal, no el propio fallo.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y uno, de siete de noviembre de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso por los motivos de inobservancia de precepto constitucional, vulneración de la garantía de motivación e infracción de precepto material

∞ Al respecto, la citada Ejecutoria Suprema precisó que la acusación fiscal importó una calificación alternativa de los hechos: actos contrarios al pudor o violación sexual, al amparo del artículo 349, apartado 3), del Código Procesal Penal. Si bien la sentencia de primera instancia optó por el primer delito, la sentencia de vista afirmó que la subsunción típica correspondería el delito violación sexual, el cual estaría probado, y absolvió por el delito de actos contra el pudor objeto de sentencia en primera instancia.

∞ Agregó la referida Ejecutoria que es pertinente examinar el fondo del asunto. Desde la concepción de la voluntad impugnativa, y conforme a lo expuesto por el recurrente, los motivos objeto de examen casacional serán los referidos a la inobservancia de la garantía de tutela jurisdiccional por un vicio de incongruencia, a la vulneración de la garantía de motivación por una motivación

ilógica, y a la infracción de precepto material por una interpretación inadecuada de los tipos penales de actos contra el pudor y violación sexual.

SEXO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día seis de noviembre de dos mil diecinueve, y realizada ésta con la concurrencia de la señora fiscal adjunta suprema en lo penal, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas, y del doctor Christian Salas Beteta, abogado defensor del encausado Vásquez Mendoza, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate oral, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y dar lectura de la misma en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que es de precisar que la acusación fiscal de fojas una propuso, en sus propios términos, una calificación alternativa respecto del tipo penal aplicable al *sub-lite* y, al efecto, se amparó en el artículo 349, apartado 3, del Código Procesal Penal. Planteó que los hechos acusados se adecuan indistintamente a los tipos penales de violación sexual de menor de edad –la designó: “calificación jurídica principal”– y de actos contra el pudor de menor de edad –la denominó: “calificación jurídica alternativa”–.

∞ El Juzgado Penal en la sentencia de primera instancia estimó (*i*) que no se probó que el encausado Vásquez Mendoza succionó pene al menor W.A.G.C. ni que este último penetró analmente al encausado –véase fundamento jurídico cuarto, numeral ocho: folio ciento setenta y ocho–; pero (*ii*) que sí se probó que el imputado sometió al agraviado a tocamientos indebidos. Por tanto, absolvió por el delito de violación sexual de menor de edad y condenó por el delito de actos contra el pudor o tocamientos indebidos de menor de edad.

∞ Solo recurrió en apelación el encausado Vásquez Mendoza. Pidió la anulación de la sentencia o del juicio (la denominó: “pretensión principal”) o la absolución (la designó: “pretensión subordinada”) [fojas ciento ochenta y nueve y fojas ciento noventa]. El imputado negó los hechos atribuidos y declarados probados en primera instancia.

∞ El Tribunal Superior, en la sentencia de vista de fojas doscientos veintiséis, de quince de mayo de dos mil dieciocho, consideró que no se probó que, en efecto, el imputado Vásquez Mendoza sometió al agraviado W.A.G.C. a tocamientos indebidos, por lo que optó por la revocatoria de la sentencia impugnada y la absolución del mencionado encausado por el delito efectivamente condenado en primera instancia de actos contra el pudor.

SEGUNDO. Que, ahora bien, según ya se precisó, el fiscal invocó expresamente el artículo 349, apartado 3, del Código Procesal Penal para consignar como títulos acusatorios: violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad.

∞ El citado artículo 349, apartado 3, del Código Procesal Penal estipula: “*En la acusación, el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal*” [el subrayado es nuestro].

∞ Este precepto permite una calificación jurídica principal y, en defecto de prueba, una calificación jurídica que el Código Procesal Penal califica erróneamente de: “alternativa o subsidiaria”. En pureza se trata del expreso reconocimiento de las denominadas “pretensiones subordinadas” –también llamadas “eventuales”–, pues, conforme al artículo 87 del Código Procesal Civil, en este caso la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal por defectos de prueba sea desestimada, por lo que, de ser el caso, el órgano jurisdiccional debe absolver por la pretensión principal y condenar por la pretensión subordinada si la prueba así lo confirma –el pronunciamiento de la pretensión subordinada está claramente condicionada a la suerte de la pretensión planteada como principal–.

∞ Lo alternativo plantea, en cambio, un problema jurídico distinto, pues en este supuesto el fiscal propone ante unos mismos hechos la posibilidad, por razones de subsunción normativa, de una tipificación indistinta: violación sexual de menor de edad o actos contra el pudor de menor de edad, según la opción dogmática que podría asumir el órgano jurisdiccional –se trataría de un puro problema de subsunción normativa–.

∞ En todo caso, desde el Derecho penal material, y en relación con la presunción de inocencia, se tiene la institución de la *determinación o constatación alternativa*, que es una potestad propia del órgano jurisdiccional en relación con la presunción de inocencia ante problemas de prueba o de calificación jurídico penal de los hechos juzgados [véase: HARRO, OTTO: *Manual de Derecho Penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2017, pp. 529-533].

TERCERO. Que, ahora bien, lo que, en rigor, la acusación fiscal introdujo fue una pretensión subordinada o eventual. Dio cuenta de un cuadro fáctico complejo, en una línea de continuidad temporal presididos por una finalidad sexual claramente definida, que habría culminado con actos sexuales de penetración bucal y anal (sexo oral y anal). El Juzgado Penal, por ello, entendió que no se probó los actos sexuales y que solo se acreditó el delito de actos contra el pudor, mientras que la Sala Superior, al evaluar los hechos, afirmó que la violación estaría probada, no así los abusos deshonestos o actos contra el pudor, pero como la Fiscalía no

impugnó el extremo absolutorio del fallo de primera instancia no podía emitir una sentencia condenatoria por el aludido delito más grave.

CUARTO. Que, con independencia de la concreta valoración probatoria y justificación de la sentencia de primera instancia, ésta desestimó la pretensión principal y estimó la pretensión subordinada o eventual. Su conclusión en términos procesales, desde el análisis de la coherencia de la pretensión y el fallo, fue correcta.

∞ Por el contrario, es cuestionable la valoración probatoria y justificación de la sentencia de segunda instancia impugnada en casación. Es claro que ante la absolución de la pretensión principal (por delito de violación sexual de menor de edad al no probarse, según la sentencia de primera instancia, los actos de penetración bucal y anal) y la no impugnación de este extremo por el Ministerio Público no era posible, por razones de interdicción de la reforma peyorativa (artículo 409, apartado tres, del Código Procesal Penal), corregir la aludida sentencia y condenar al imputado por delito de violación sexual de menor de edad –no cabe, por tanto, aplicar lo dispuesto por el artículo 425, apartado 3, literal b), tercera oración, del citado Código, pues esta posibilidad no estaba “[...] Dentro de los límites del recurso [...]”, como reza la primera oración del apartado 3 de dicho precepto”-. Solo era del caso determinar si el pertinente cuadro fáctico contenido en la acusación, descartado el delito de violación sexual, estaba realmente probado y correspondía ratificar o rectificar la sentencia de primera instancia. Es de analizar si los poderes de revisión fueron utilizados correctamente.

QUINTO. Que, al respecto, el artículo 425 del Código Procesal Penal define los poderes de revisión del Tribunal Superior. El apartado 2 estipula que: *“La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”*.

∞ En el presente caso no se actuó nueva prueba en el juicio de apelación. El agraviado no declaró en el plenario de primera instancia, y se cumplió con oralizar el mérito de la diligencia de entrevista única en Cámara Gessel. Al acto oral concurren la denunciante y madre del agraviado, María Tania Calva Huamán, las testigos Joyce Moreno Ruiz de Tenazoa y Maribel Chávez Valles, así como la médico legista y los peritos psicólogos que evaluaron al imputado y al agraviado –formó parte del material probatorio los protocolos de pericia psicológica correspondientes [fojas quince y dieciséis]–.

SEXTO. Que la apreciación de la prueba, una vez determinada la licitud de los medios de prueba (juicio de valorabilidad), comprende dos fases: primera, la interpretación de la prueba, es decir, la identificación del elemento de prueba, lo que arroja como información utilizable cada medio de prueba –el resultado de la prueba–, ámbito en el cual no pueden existir reglas de prueba; y, segunda, la valoración de la prueba, esto es, la operación intelectual que permite extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase, la que está presidida según las reglas de la sana crítica judicial (principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos: artículos 158, apartado 1, y 393, apartado 3, del Código Procesal Penal). Esta última fase, y solo ésta, es la que limita el poder de valoración autónomo del Tribunal Revisor, pero solo respecto de la prueba personal actuada, con inmediatez, en presencia del juez de primera instancia.

SÉPTIMO. Que en el presente caso el Tribunal Superior obtuvo un resultado probatorio distinto al del Juzgado Penal respecto de la información proporcionada por el menor agraviado. Se advierte, sin embargo, que los hechos que narró, en relación con las exigencias del tipo penal de actos contra el pudor, no fueron identificados correctamente; propiamente, los tergiversó. En efecto, el agraviado expuso las incidencias y circunstancias de la experiencia vivida en sus continuas reuniones con el imputado. Se trató de encuentros privados entre imputado y agraviado, en los que el primero se impuso a la voluntad del segundo, aprovechando su minoría de edad (solo doce años), a partir de los cuales realizó sobre él conductas con un claro cariz sexual. Le impuso caricias en el cuerpo y, según el relato del menor, lo “masajebaba” en el cuerpo y muy cerca de los genitales –lo que inicialmente determinó su violenta reacción–, a la vez que le hizo felaciones y lo convenció para tener sexo anal. El conjunto de caricias narradas por el agraviado y el contexto en que se produjeron, sin duda, buscaban la excitación del menor y su contribución, en ese marco de juegos sexuales.

OCTAVO. Que el tipo penal de abusos deshonestos o tocamientos indebidos es un ataque a la libertad sexual –ausencia de consentimiento libre en lo sexual por el sujeto pasivo, obvio tratándose de menores de edad–. La conducta del sujeto activo del delito tiene un carácter sexual inobjetable. Importa, desde su elemento objetivo, contactos físicos, tocamientos de la más diversa índole, siempre que éstos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades. El propósito de esta conducta (elemento subjetivo) es el de obtener una satisfacción sexual por el agente o al menos reside en el conocimiento del carácter sexual de la acción.

∞ El artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal, según la Ley número 28704, de cinco de abril de dos mil seis, señala, como elemento objetivo, no solo tocamientos indebidos en las partes íntimas de la víctima, sino también actos libidinosos contrarios al pudor de la misma, lo que comprende, sin duda,

contactos físicos en proximidades de las zonas erógenas –la expresión “partes íntimas” hace referencia a zonas del cuerpo más amplias que los órganos sexuales propiamente dichos–.

NOVENO. Que esta perspectiva normativa para apreciar los hechos narrados por la víctima no ha sido cumplida por el Tribunal Superior. Consideró equivocadamente que el acto contra el pudor únicamente puede recaer sobre los genitales de la víctima, no en áreas próximas a él. Asimismo, la Sala Superior tampoco tuvo en cuenta el contexto de los hechos ni las características personales de imputado y agraviado [informes periciales de fojas quince y treinta y seis], que permitían entender lógicamente que los tocamientos abarcaron no las proximidades sino las propias zonas erógenas, concretamente los genitales del menor.

∞ Por tanto, la motivación de la sentencia de segunda instancia fue ilógica al tergiversar el elemento de prueba y realizar un juicio de subsunción normativa desde una comprensión indebida del tipo penal. Asimismo, al dar un alcance incorrecto o una indebida interpretación del tipo delictivo de actos contra el pudor o tocamientos indebidos, infringió el artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal, según la Ley número 28704, de cinco de abril de dos mil seis. Este precepto señala, como elemento objetivo, no solo tocamientos indebidos en las partes íntimas de la víctima, sino también actos libidinosos contrarios al pudor

DÉCIMO. Que el recurso de casación también comprende el examen de la garantía de tutela jurisdiccional por un vicio de incongruencia *citra* o *infra petitum* –que, en puridad, es un supuesto de vulneración del deber de exhaustividad [conforme: MONTERO AROCA, JUAN Y OTRO: *El recurso de casación civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp.139-140].

∞ Como ya quedó definido, el fiscal provincial introdujo una pretensión subordinada o eventual; y, el recurso de apelación únicamente se circunscribió al delito de actos contra el pudor materia de condena –oportunamente se descartó el delito de violación sexual de menor de edad–. Este delito es el comprendido en la sentencia de vista; luego, al no tratarse de un supuesto de concurso real, no cabía un pronunciamiento sobre un delito respecto del cual no se impugnó y, por ende, la sentencia en este extremo era firme.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOYOBAMBA contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintiséis, de quince de mayo de dos mil dieciocho, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y dos, de cinco de enero de dos mil

dieciocho, absolvió a Marco Antonio Vásquez Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de W.A.G.C. **II.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOYOBAMBA contra la citada sentencia de vista, en cuanto revocando la referida sentencia de primera instancia, absolvió a Marco Antonio Vásquez Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de W.A.G.C. **III.** En consecuencia, **CASARON** la aludida sentencia de vista y **ORDENARON** se dicte nueva sentencia de vista por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta lo expuesto en esta sentencia casatoria. **IV. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano de apelación para que proceda conforme a Ley y se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/abp