

Casación inadmisibile

Es necesario aclarar que la penetración en el delito de violación sexual debe entenderse como una intromisión en el plano de *horizontalidad* de la zona sexual femenina y, por mínima o breve que fuese, es determinante para que se constituya en agresión sexual por violación sexual, y ello ha sido sostenido en la pericia médico-legal (eritemas de labios menores de la vagina). En los delitos de violación sexual no se exige, por lo tanto, una penetración completa; esta ocurre incluso con un acceso leve o suficiente.

Sala Penal Permanente

Casación n.º 138-2022/Cusco

AUTO DE CALIFICACIÓN

Lima, seis de septiembre de dos mil veinticuatro

AUTOS Y VISTOS: el recurso de casación interpuesto por ÓSCAR SERRANO FLÓREZ contra la sentencia de vista del trece de diciembre de dos mil veintiuno (foja 231), emitida por la Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirmó la sentencia de primera instancia del dieciséis de julio de dos mil veintiuno (foja 87), que condenó al recurrente como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en delito continuado con violación sexual de menor de edad en grado de tentativa (primer párrafo del artículo 170 del Código Penal con las agravantes de los numerales 5 y 6 del segundo párrafo del mismo artículo y tentativamente previsto en el artículo 170 del Código Penal, con las agravantes de los numerales 5 y 6 del segundo párrafo del mismo artículo, en concordancia con el artículo 16 del mismo cuerpo legal), en agravio de Di. Ze. Be., y le impuso catorce años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 5000 (cinco mil soles) el monto de la reparación civil; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El recurrente, en su recurso de casación (foja 261), invocó el artículo 429, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal —infracción del precepto constitucional e ilogicidad en la motivación—. Argumentó que se vulneró el principio de legalidad procesal, sobre la inconstitucional e

ilegal valoración del acta de intervención policial (ilícita), al contener datos irreales e inexactos. No se comunicó al representante del Ministerio Público para que garantice un accionar lícito. Señaló que los testimonios de los suscribientes del acta son falsos y no pueden ser valorados. Indicó que a través del *agente provocador* se afectó directamente la validez de la imputación. Postuló que no hubo obligación al acceso carnal, sino por propia voluntad de la agraviada, al haber sido incitada por los efectivos policiales. Como manifiesta ilogicidad de la motivación, señaló que las sentencias parten de la versión de la menor para encontrar responsabilidad, olvidando que en su versión la agraviada sostuvo textualmente: “Felizmente, no me pasó nada”. Además, el certificado médico concluyó lo siguiente: “No presenta lesiones corporales, genitales recientes ni signos de desfloración o actos contranatura” [sic].

∞ Finalmente, solicitó que se declare la nulidad de las sentencias de instancia y se disponga en reenvío del proceso y se realice un nuevo juicio oral o que alternativamente sin reenvío se revoque y se pronuncie sobre el fondo y se declare absolver al recurrente.

§ II. Fundamentos del Tribunal Supremo

Segundo. Conforme al artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, a este Tribunal Supremo le corresponde decidir si el extremo del auto concesorio —del veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno (foja 282)— está arreglado a derecho y, por lo tanto, si concierne conocer el fondo del asunto.

Tercero. El artículo 427, numeral 2, acápite b), del Código Procesal Penal estipula que la procedencia del recurso de casación está sujeta a la siguiente limitación: “Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años”.

∞ En el caso, se cumple con el objeto impugnado —sentencia de vista— y se señala que el delito materia de incriminación, es decir, violación sexual de menor de edad (primer párrafo del artículo 170 del Código Penal con las agravantes de los numerales 5 y 6 del segundo párrafo del mismo artículo y tentativamente previsto en el artículo 170 del Código Penal, con las agravantes de los numerales 5 y 6 del segundo párrafo del mismo artículo, en concordancia con el artículo 16 del mismo cuerpo legal, vigente al momento de los hechos), tuvo una sanción conminada de doce a dieciocho años, es decir, supera la *summa poena*.

∞ En ese sentido, se está frente a una **casación ordinaria**, por lo que es prescindible la exigencia de promover el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

Cuarto. Se debe destacar que, cuando se impugnan sentencias de apelación, el control de casación sobre la valoración probatoria es limitado. En estos supuestos, los motivos de disidencia no pueden consistir en la reiteración de los argumentos impugnativos puntualizados ante el Tribunal de segunda instancia, sino que han de versar sobre la motivación de la sentencia de segundo grado, en lo relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Y es que, como se sabe, en el recurso de casación no es posible practicar pruebas, no concurre la inmediación en la percepción de la prueba y, por lo tanto, el ámbito de revisión solo puede realizarse sobre la estructura racional de la prueba. Los jueces de casación solo controlan el nexo relacional entre la valoración de la prueba y la motivación que pretende justificarla, y no actúan como jueces del *proceso*, sino como jueces de la *sentencia*¹.

Quinto. Esta Sala Penal Suprema, en atención a lo señalado por el recurrente en su recurso de casación, verifica que, en la sentencia de vista, el Colegiado Superior, luego de delimitar los agravios postulados por el sentenciado en su apelación, los descartó completamente —considerando 2.7., *in extenso* (foja 243)—, y el Juzgado Penal Colegiado realizó un control probatorio del delito imputado, tanto en su tipificación como en la vinculación del procesado al ilícito, en concurrencia con la garantía de certeza. No obstante, el recurrente incorpora agravios que, en sí mismos, no son de recibo por estar dirigidos a cuestionar su responsabilidad penal, determinada por los órganos jurisdiccionales sentenciadores.

Sexto. Los hechos declarados probados se refieren a la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, cometido por ÓSCAR SERRANO FLÓREZ, consumado el nueve de diciembre de dos mil quince y en grado de tentativa el once de diciembre del mismo año, en agravio de Di. Ze. Be. —cuando esta persona tenía catorce años, en el domicilio del procesado (jirón Puno, Cusco)—, a quien conocía por ser su alumna. Al respecto, existen los siguientes materiales probatorios: CML n.º 003612-E-IS de la perito Erika Oporto Velarde, que, si bien concluyó que no hubo desfloración, determinó que presentó eritemas en los labios menores (foja 111); Pericia Psicológica n.º 003613-2015-PSDCLS del perito Edwin Cáceres Angulo, que

¹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. (2018). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra y Temis, pp. 88-89.

concluyó la presencia de indicadores de afectación del área psicosexual (foja 112); levantamiento del secreto de las comunicaciones (foja 131); acta de intervención policial del once de diciembre de dos mil quince; acta de entrevista única del dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, y declaraciones del policía Edwin Segundo Velarde, del alférez PNP Gian Marco Dueñas Chávez, del policía Ginder Peralta Chávez, del policía Tany Lovatón Llanccay, de Jaime Huacac Huacac (cuya declaración resultó inverosímil) y de Juan Chalco Lenes. Considerando lo expuesto, el recurrente no pudo enervar el mérito de la prueba de cargo actuada².

Séptimo. Sin embargo, es necesario aclarar que la penetración, en el delito de violación sexual, debe entenderse como una intromisión en el plano de *horizontalidad* de la zona sexual femenina y, por mínima o breve que fuese, es determinante para que se constituya en agresión sexual por violación sexual, y ello ha sido sostenido en la pericia médico-legal (eritemas de labios menores de la vagina). En delitos de violación sexual no se exige, por lo tanto, una penetración completa; esta ocurre incluso con un acceso leve o suficiente³. Respecto al acta de intervención, la Policía puede realizar diligencias urgentes e imprescindibles (que es lo que se denomina “diligencias preventivas”, en que la Policía actúa por propia iniciativa) y está autorizada para practicar el registro, el recojo y la conservación de los objetos e instrumentos relacionados con el delito en los casos de delitos flagrantes, conforme a los artículos 67 y 68 del Código Procesal Penal —estas diligencias, por su propia naturaleza preventiva (no son diligencias realizadas por comisión), no requieren de la preceptiva intervención del Ministerio Público—⁴.

Octavo. En cuanto a la referencia de un agente provocador, inducido o de hechos creados artificialmente, ello no se observa, pues no es posible, en delitos de violación sexual, disfrazar a la agraviada —sobre todo a menores de edad— como potencial víctima para entrar en contacto con el sospechoso; esto comprometería la propia integridad de la víctima.

² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso M. C. v. Bulgaria*. Sentencia del cuatro de diciembre de dos mil tres, numeral 166: “La Corte está convencida de que la adopción de cualquier enfoque rígido o intransigente en la investigación de los delitos sexuales, que puede verse reflejado en la solicitud de pruebas [...]; implica el riesgo de dejar en la impunidad algunos casos de violencia sexual”.

³ Cfr. SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Recurso de Casación n.º 2140/2021, del veintisiete de mayo de dos mil veintiuno, fundamento de derecho segundo.

⁴ SALA PENAL PERMANENTE. DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación n.º 2752-2021/La Libertad, del dos de septiembre de dos mil veintidós, fundamento jurídico 3.

Además, no es posible establecer una intencionalidad subyacente o soterrada de la propia agraviada. Los hechos ya venían desarrollándose desde el nueve de diciembre y el once de diciembre (del año dos mil quince) la agraviada salió del domicilio del procesado, en desesperación y buscando el dinero exigido por el imputado a fin de no sufrir nuevamente el agravio sexual. Es circunstancial y contingente que la agraviada haya narrado a terceros cuál era la finalidad de conseguir dicho monto —dárselo a su agresor para pasar los cursos o aceptar la vejación sexual—.

∞ La jurisprudencia constitucional ha reseñado sobre el agente provocador que

el *agente provocador* interviene para inducir o incitar a cometer el delito [para provocar la realización del delito] y su actuación determina que una o varias personas incurran en un delito que no tenían propuesto realizarlo con anterioridad, o en caso no hubiesen dado inicio formal a su preparación⁵.

Por lo tanto, en el caso *sub iudice*, la agraviada había sufrido el acto sexual consumado en una fecha anterior al hallazgo *in flagranti*, aunado al hecho de que resulta un imposible jurídico que, en los delitos de acceso carnal, se utilice a una mujer para una situación de exposición a extrema vulnerabilidad, mucho menos tratándose de una adolescente o menor de edad, solo con fines de persecución punitiva, razones por las que queda descartado en el presente caso el supuesto de agente provocador, tanto más si se trata de una institución que ya de por sí es muy polémica.

Noveno. De lo reseñado se revela que no se observa actuación alguna de prueba ilícita o nueva y las inferencias de los jueces de mérito son racionalmente válidas y derivaron de los elementos probatorios actuados —es el único extremo de revisión casacional en el juicio de hecho de una sentencia—. La motivación de la sentencia es coherente, razonable y suficiente⁶. No se observaron inferencias no sustentadas en pruebas ni

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC Expediente n.º 04750-2007-PHC/TC/Lima, caso Thays Penélope Rodrigues, del nueve de enero de dos mil ocho, sentencia plenaria, fundamento 16.

⁶ Cfr. SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116, publicado en el diario oficial *El Peruano* el diez de febrero de dos mil doce: “El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta —nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo—, y jurídicamente correcta —las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles—, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia —determinadas desde parámetros objetivos— y los

se advierte apartamiento sin razón del Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116. Así, los argumentos del recurrente carecen de probabilidades de producción de hipótesis alternativa alguna que, razonablemente, posea un mayor nivel de conclusividad lógica. Por ende, el recurso de casación, como ha sido propuesto, es inadmisibles.

Décimo. La casación es un medio extraordinario de impugnación que no da lugar a una nueva instancia de apelación de las decisiones emitidas en los procesos declarativos de fondo. Debido a que no fluye contenido casacional, se aplica lo regulado en el acápite a) del numeral 2 del artículo 428 y en el numeral 3 del artículo 405 del Código Procesal Penal. El recurso de casación concedido se declara inadmisibles y el extremo del auto concesorio, nulo.

Undécimo. El artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece que quien interpuso el recurso sin éxito deberá pagar las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del citado código. De ahí que incumbe al impugnante asumir tal obligación procesal. La liquidación le atañe a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al Juzgado de Investigación Preparatoria competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON NULO** el auto concesorio del veintinueve de diciembre dos mil veintiuno (foja 282).
- II. **DECLARARON INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por ÓSCAR SERRANO FLÓREZ contra la sentencia de vista del trece de diciembre de dos mil veintiuno (foja 231), emitida por la Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirmó la sentencia de primera instancia del dieciséis de julio de dos mil veintiuno (foja 87), que condenó al recurrente como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en delito continuado con violación sexual de menor de edad en grado de tentativa (primer párrafo del artículo 170 del Código Penal con las agravantes de los numerales 5 y 6 del segundo

conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158º.1 y 393º.2 NCPP)” [fundamento 28].

párrafo del mismo artículo y tentativamente previsto en el artículo 170 del Código Penal, con las agravantes de los numerales 5 y 6 del segundo párrafo del mismo artículo, en concordancia con el artículo 16 del mismo cuerpo legal), en agravio de Di. Ze. Be., y le impuso catorce años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 5000 (cinco mil soles) el monto de la reparación civil; con lo demás que contiene.

III. CONDENARON al recurrente al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria competente. Hágase saber y devuélvanse los actuados.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LUJÁN TÚPEZ
ALTABÁS KAJATT
SEQUEIROS VARGAS
CARBAJAL CHÁVEZ

MELT/jmelgar