



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1706-2018
LAMBAYEQUE**

DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR

Sumilla. No es de recibo la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado cuando este no ha sido sustentado en prueba científica y objetiva suficiente, que haya sido ofrecida y actuada en su oportunidad y dé cuenta efectivamente de las costumbres y cultura de determinado poblado.

Lima, veinticuatro de junio de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **DAVID HEREDIA ARIAS**, contra la sentencia del veinte de julio de dos mil dieciocho (foja 275), emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales N. P. G. S; y como tal, se le impuso cinco años de pena privativa de libertad, y al pago de dos mil soles como reparación civil; con lo demás que contiene. Oído el informe oral.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO. La defensa del sentenciado **DAVID HEREDIA ARIAS**, en su recurso de nulidad formalizado el veintiséis de julio de dos mil dieciocho (foja 309),



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1706-2018
LAMBAYEQUE**

solicitó la nulidad de la sentencia y pidió la absolución o reducción de la pena impuesta, con base en los siguientes fundamentos:

1.1. La Sala Penal Superior vulneró el debido proceso, por cuanto no cumplió con lo ordenado en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso Nulidad N.º 3085-2012-Lambayeque¹, toda vez que en el nuevo juicio se tenía que determinar si conforme a las costumbres del lugar (del caserío Túpac Amaru, San Ignacio, Cajamarca), la conducta de su patrocinado se subsumió a lo establecido en el artículo 15 del Código Penal (CP), que regula el error de comprensión culturalmente condicionado.

1.2. Conforme al artículo 160 del Código de Procedimientos Penales (C. de PP.), debió ordenar de oficio la realización de una pericia antropológica, a fin de determinar la configuración del error de tipo cultural. En ese sentido, si bien la pericia de parte no fue ofrecida como medio de prueba, esta cumple con los criterios establecidos en la Casación N.º 337-2016-Cajamarca, del veintiuno de junio de dos mil diecisiete, sobre los lineamientos para la adecuada aplicación del artículo 15 del CP. Por lo tanto, debió ser valorada.

1.3. Tampoco valoró los medios de prueba oralizados en la audiencia, orientados a acreditar el error de comprensión cultural alegado, consistentes en la constancia de vivienda expedida por el teniente gobernador del caserío de El Laurel (foja 101) y la constancia expedida por el teniente del caserío de Pueblo Nuevo (foja 103), ambas del distrito y provincia de San Ignacio, Cajamarca.

¹ Del veintiséis de octubre de dos mil doce.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1706-2018
LAMBAYEQUE**

IMPUTACIÓN FÁCTICA

SEGUNDO. Conforme a la acusación fiscal (foja 48) se imputó a David Heredia Arias, que a principios del mes de mayo de dos mil siete, le propuso a la menor con las iniciales N. P. G. S., iniciar una relación como enamorados, lo que aceptó. Luego, se reunieron en el lugar denominado El Chorrillo, caserío Túpac Amaru, San Ignacio, Cajamarca, donde con engaños la convenció para llevarla a su domicilio, ubicado en el citado caserío, en el que la violó, y con amenazas de muerte la retuvo por espacio de dos meses –del veintiséis de junio hasta el veintiséis de agosto de dos mil siete-.

Posteriormente, Heredia Arias salió con su hermano con destino a una fiesta y no regresó; por lo que, la madre de este le sugirió a la menor que se fuera a la provincia de San Ignacio a buscar trabajo como doméstica, puesto que su hijo ya no regresaría. Ante esta circunstancia, ella optó por regresar al domicilio de sus padres, donde les contó lo ocurrido y se denunciaron los hechos.

TERCERO. Los hechos objeto de acusación fueron materia de pronunciamiento judicial, mediante la sentencia de terminación anticipada del diecinueve de julio de dos mil doce (foja 105), emitida por la Sala Penal Transitoria Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

En el proceso de determinación judicial de la pena valoró, entre otros, que aceptó los cargos, su condición de reo primario, y la responsabilidad restringida –contaba con dieciocho años al momento de los hechos–, y lo condenó a cuatro años de la pena privativa de libertad, suspendida en su



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1706-2018
LAMBAYEQUE**

ejecución por el período de prueba de tres años. La sentencia fue recurrida por el fiscal superior, y resuelta por este Supremo Tribunal, en el Recurso de Nulidad N.º 3085-2012, del veintiséis de octubre de dos mil doce (foja 132), que ordenó se realice nuevo juicio con otro Colegiado, toda vez que no se presentó la doble conformidad respecto a los hechos, necesaria para la terminación anticipada del proceso.

En el nuevo juicio oral, el sentenciado aceptó someterse al procedimiento de conformidad; en cambio, su abogado solicitó la aplicación del error de tipo.

CONSIDERACIONES DEL SUPREMO TRIBUNAL

CUARTO. La conducta básica del tipo de violación sexual, sanciona a aquel que “con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías [...]”.

QUINTO. El Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116² establece que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, entre otros presupuestos, por su minoría de edad, se protege la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o síquicas para el ejercicio sexual en libertad.

SEXTO. En el caso que nos ocupa el delito de violación sexual de menor de edad, imputado al sentenciado Heredia Arias, se encuentra previsto en el inciso 2, artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704,

² Del 6 de diciembre de dos mil once. Asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, fj 16.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1706-2018
LAMBAYEQUE

del cinco de abril de dos mil seis, aplicable al momento de los hechos, el mismo que lo sancionaba con una pena no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

SÉTIMO. Por otro lado, en los delitos contra la libertad sexual de menores de edad, en los que se invoque la aplicación del artículo 15 del CP³, el Acuerdo Plenario N.º 1-2015/CJ-116, estableció que este dispositivo regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a esta comprensión⁴; a su vez fijó los parámetros para valorar su configuración, entre ellos, la aplicación de una pericia antropológica.

OCTAVO. Conforme a la Casación N.º 337-2016-Cajamarca⁵, la pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y son las siguientes: **i)** la primera, debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal; **ii)** la segunda, debe considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo con la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica; y, **iii)** la tercera, debe contener la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por

³ El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

⁴ Del 10 de junio de 2015, fj. 16.

⁵ Del 21 de junio de 2017, fj. 6.4.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1706-2018
LAMBAYEQUE**

el magistrado. El perito, podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen.

NOVENO. Como se ha indicado, la defensa de Heredia Arias cuestionó que en el nuevo juicio no se cumplió con lo ordenado en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3085-2012, toda vez que no se orientó a determinar si conforme a las costumbres del lugar (caserío Túpac Amaru, San Ignacio, Cajamarca), la conducta del ahora recurrente se subsumió a lo establecido en el artículo 15 del CP.

DÉCIMO. Sin embargo, lo que cuestiona la defensa de Heredia Arias en esta instancia, no es atendible, pues no tiene vinculación con los fundamentos nulificantes que sustentaron el recurso de nulidad. Como se ha indicado en el fundamento tercero de la presente ejecutoria, no se cumplió con la doble conformidad. Es por ello, que este Tribunal Supremo, ordenó la realización de un nuevo juicio oral a fin de que las partes puedan sustentar sus posiciones.

Asimismo, argumentó el recurrente que la Sala Penal Superior debió ordenar de oficio la realización de una pericia antropológica, a fin de determinar la configuración del error de tipo cultural, y que en tal caso, debió valor la pericia de parte, que cumple con los criterios establecidos en la Casación N.º 337-2016-Cajamarca, sobre los lineamientos para la adecuada aplicación del citado artículo 15 del CP.

DECIMOPRIMERO. En cuanto al agravio consistente en que de oficio se ordena una pericia antropológica, es de resaltar que en virtud de la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1706-2018
LAMBAYEQUE

imparcialidad del juez, no le está permitido sustituir a las partes en su deber en el proceso, debido a que no se encuentra en un mismo plano de igualdad con ellas⁶. Así, aun cuando el juez es conocedor del derecho (*iura novit curia*), su imparcialidad supone la no injerencia del juzgador en cuestiones ajenas a su función, actuar de otra manera implicaría directamente el incumplimiento de sus funciones⁷.

En el caso, si bien el artículo 160 del C. de PP., reconoce al juez la facultad para nombrar peritos cuando sea necesario conocer o apreciar hechos que requieran conocimientos especiales; lo cierto, es que tal facultad está prevista para la etapa de instrucción; es decir, en una fase previa al juicio oral, donde precisamente se recaban las pruebas que serán actuadas y sometidas al contradictorio ante el plenario; circunstancia que no se advierte en este caso. En efecto, la tesis de defensa referida al error de comprensión culturalmente condicionado, no fue propuesta en su oportunidad; por lo que, no cabe ordenar de oficio una prueba, que no fue solicitada por el ahora recurrente de manera oportuna, pues el juez no puede suplir los defectos de su pretensión. Por tanto, dicho argumento no puede ser atendible.

DECIMOSEGUNDO. En cuanto a la valoración de la pericia de parte, la citada Casación N.º 337-2016-Cajamarca, además de haber fijado los lineamientos ya mencionados en considerandos anteriores de la presente ejecutoria suprema; también, precisó que: "[...] El órgano jurisdiccional debe,

⁶ ALVARADO Belloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Tercera Parte. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni editores. 2008. p. 391

⁷ GUARNIERI, citado por GOZAINI Osvaldo. La imparcialidad de los jueces y el debido proceso. Artículo publicado en la revista *Proceso y justicia*. Editada por la Acción civil, Taller de Derecho. Perú. N.º 5. p. 28.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1706-2018
LAMBAYEQUE**

además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia"⁸.

En el caso que nos ocupa, por haberse aportado, al ser una pericia de parte, el juez no pudo constatar las cualidades del profesional que la realizó. Adicionalmente, conforme el acta de audiencia del cuatro de julio de dos mil dieciocho (foja 236), no se ofrecieron nuevas pruebas; es por ello que la pericia referida recién se presentó como parte de los alegatos finales de la defensa técnica; es decir, no fue ofrecida en la fase oportuna para que sea admitida por el juez, tampoco fue sometida al contradictorio ni ratificada por su otorgante. En conclusión, no se cumplió con lo dispuesto en la citada casación, en consecuencia, dicho argumento debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO. Por otro lado, el recurrente cuestionó que la Sala Penal Superior no valoró la constancia de vivienda expedida por el teniente gobernador del caserío de El Laurel, San Ignacio (foja 101) y la constancia expedida por el teniente del caserío de Pueblo Nuevo, San Ignacio (foja 103). Al respecto, de la revisión de las mencionadas documentales que fueron oralizadas en juicio, se aprecia que no poseen entidad suficiente para acreditar la configuración del error de comprensión culturalmente condicionado; máxime cuando no existe una pericia antropológica ofrecida en su oportunidad y admitida válidamente en el proceso, frente a la cual dichas documentales ayudarían a contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones periciales.

⁸ Fj. 6.3.



DECIMOCUARTO. Pese a que el recurrente insiste en alegar inocencia, su responsabilidad penal se acreditó más allá de toda duda razonable, con los elementos probatorios ofrecidos y oralizados en juicio, como son los siguientes:

14.1. Referencial de la menor agraviada con las iniciales N. P. G. S. (foja 6), con presencia del fiscal, y oralizada en juicio, quien señaló que tras vivir dos meses junto al sentenciado, en su domicilio ubicado en el caserío Túpac Amaru, San Ignacio, Cajamarca, el domingo veintiséis de agosto de dos mil siete, este salió a una fiesta junto a su hermano y no regresó. Ante ello, la madre del sentenciado, le dijo que su hijo ya no regresaría y le sugirió que se fuera a trabajar a San Ignacio; sin embargo, la menor optó por ir a la casa de sus padres donde les contó lo ocurrido, versión que fue ratificada en su declaración preventiva (foja 26), brindada ante el juez del Juzgado Mixto de San Ignacio.

14.2. Partida de nacimiento de la agraviada (foja 68), que acredita su minoría de edad, pues contaba con trece años y cinco meses de edad cuando ocurrieron los hechos.

14.3. Certificado Médico Legal N.º 002097-PF-DD –reconocimiento *post facto*–, del uno de octubre de dos mil nueve (foja 69), practicado a la agraviada, en el que se consignó: **a)** la paciente no presenta lesiones traumáticas externas; **b)** himen: desfloración antigua, y **c)** ano: signos clínicos de acto contra natura antiguo habitual; lo que acredita las relaciones sexuales de la menor.



14.4. Reconocimiento médico legal de la menor agraviada (foja 9), que acredita su estado de gestación, producto de las relaciones sexuales con el recurrente, de cuyos exámenes auxiliares se desprende: Pronóstico: Positivo. Ecografía obstétrica: gestación única de 11.5 semanas x LCR.

14.5. A lo que se suma la declaración del sentenciado Heredia Arias, brindada en sesión de juicio oral del cuatro de julio de dos mil dieciocho (foja 236), quien indicó que mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, bajo su consentimiento y voluntad, en un contexto de una relación convivencial, lo cual forma parte de las costumbres de la zona, es decir, del caserío Túpac Amaru, provincia de San Ignacio, departamento de Cajamarca. Agregó que cuando se enteró que la menor estaba embarazada, salió del domicilio a buscar trabajo; sin embargo, la referida agraviada se marchó del domicilio.

DECIMOQUINTO. Como se puede observar, si bien el sentenciado reconoció los hechos, alegó que estos se produjeron con el consentimiento de la agraviada. No obstante, tratándose de una agraviada menor de edad, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, conforme ya se precisó, se protege la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo que se protege son las condiciones físicas o síquicas para el ejercicio sexual en libertad. En tal sentido, la tolerancia o consentimiento brindado por la menor no excluye la responsabilidad penal sentenciado.

DECIMOSEXTO. En consecuencia, los agravios expuestos por la defensa no resultan amparables, por cuanto no se ha logrado acreditar la



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1706-2018
LAMBAYEQUE**

configuración del error de comprensión culturalmente condicionado, más aun si el sentenciado abandonó a la agraviada al poco tiempo de haber convivido con ella, quien quedó embarazada y dio a luz a la niña con las iniciales K. D. H. G., menor que no ha reconocido por el sentenciado aun cuando obra un compromiso del diez de julio de dos mil doce (foja 96), firmado ante el teniente gobernador del caserío de Pampa de la Quinua, de la provincia de San Ignacio.

Por lo expuesto, las pruebas actuadas y valoradas correctamente por la Sala Penal Superior han permitido generar convicción en este Supremo Tribunal sobre la comisión del delito, y la responsabilidad penal del sentenciado.

RESPECTO A LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

DECIMOSÉTIMO. Nuestro ordenamiento jurídico penal, prevé en el artículo IX del título preliminar, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, en concordancia con el inciso 22, artículo 139, de la Constitución Política y conforme lo ha precisado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005:

las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1706-2018
LAMBAYEQUE

Así, las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo VIII, del Título Preliminar, del Código Penal, límite al *Ius Puniendi*, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena, conforme lo prevé el numeral 6, artículo 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso, el fiscal superior en su acusación solicitó para Heredia Arias treinta años de pena privativa de la libertad. Y, la Sala Penal Superior al momento de fundamentar el *quantum* (cantidad) de la pena, valoró la responsabilidad restringida del recurrente, quien al momento de los hechos contaba con dieciocho años de edad; su condición de reo primario, pues no registró antecedentes penales, su escaso nivel cultural –tiene primaria incompleta–, sus factores sociológicos, por ser de extracción campesina, la que en cierto modo, condiciona su conducta delictiva, y finalmente su admisión de los hechos, por lo que determinó una pena por debajo del mínimo legal establecido y, lo condenó a cinco años de pena privativa de libertad.

DECIMOCTAVO. Si bien, el hecho reviste gravedad, por haber abusado de una menor de edad y dejarla embarazada, conforme a las pruebas ya analizadas, lo cierto, es que los hechos ocurrieron en el contexto de una relación de enamoramiento/convivencia, en la que la agraviada decidió volver al hogar de sus padres cuando el recurrente abandonó el hogar de sus padres en el cual ella permaneció por el espacio de dos meses.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1706-2018
LAMBAYEQUE**

Tampoco puede dejar de valorarse la edad del recurrente a la fecha de los hechos (18 años), tratándose de una persona joven, padre de familia, lo que nos permite concluir que los fines de la pena, en tanto preventiva y resocializadora, se cumplirían en un tiempo menor a lo establecido en la sentencia materia de alzada. En consecuencia, en virtud a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como a los fines perseguidos por la pena, consideramos, que debe reducirse la pena impuesta a David Heredia Arias, de cinco a cuatro años de pena privativa de libertad con la calidad de efectiva.

DECIMONOVENO. En cuanto a reparación civil, el fiscal superior solicitó el monto de dos mil soles por dicho concepto. En virtud a lo establecido en el artículo 93 del Código Penal, debe tenerse en cuenta que el monto de la reparación civil debe ser fijado en función a la magnitud del daño irrogado y al perjuicio ocasionado, teniendo en cuenta además la proporcionalidad y razonabilidad entre estos. La Sala Penal Superior sostuvo que el monto solicitado por el fiscal, resulta razonable y proporcional con el daño causado, por lo que resolvió fijarla en el monto de dos mil soles solicitados. La agraviada no se constituyó en parte civil, motivo por el cual, de conformidad con el artículo 300 del C. de PP., debe mantenerse el importe anotado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinte de julio de dos mil dieciocho (foja 275), emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1706-2018
LAMBAYEQUE

condenó a **DAVID HEREDIA ARIAS**, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales N. P. G. S.

- II. **HABER NULIDAD** en la referida sentencia, en el extremo que le impuso cinco años de pena privativa de libertad, y **REFORMÁNDOLA**, le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva. **NO HABER NULIDAD**, en lo demás que contiene.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia del juez supremo Quintanilla Chacón.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

CASTAÑEDA ESPINOZA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/ejir