



**El dolo en la configuración del delito de violación sexual de menor de edad**

Acreditadas las relaciones sexuales entre el agente activo y una menor de catorce años, es importante evaluar el elemento subjetivo con el que aquel habría actuado, ya que el artículo 12 del Código Penal dispone que las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa y el agente de infracción culposa solo es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

Lima, veintidós de octubre de dos mil veinte

**VISTOS:** el recurso de nulidad interpuesto por la representante del **Ministerio Público** contra la sentencia emitida el treinta de julio de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que absolvió a Franklin Pedro Limaymanta Contreras de la acusación fiscal en su contra como autor del delito de violación sexual de menor de edad –tipificado en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal (texto modificado por la Ley número 30076, vigente a la fecha de la comisión de los hechos)–, en agravio de la menor de iniciales K. S. R. M.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

**CONSIDERANDO**

**Primero. Fundamentos de la impugnación**

El Ministerio Público solicita que se revoque la recurrida. Sus fundamentos son los siguientes:

- 1.1.** No se realizó una valoración conjunta de la prueba actuada a lo largo del proceso. Se vulneró el derecho a la debida motivación,



pues erradamente el Tribunal se limitó a concluir que en el acceso carnal no medió violencia, engaño ni amenaza.

- 1.2. Las pruebas acreditan la responsabilidad penal del procesado; además, este aceptó expresamente haber mantenido relaciones sexuales con la menor en el interior de su domicilio.
- 1.3. La norma busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años. Una menor de catorce años es incapaz del ejercicio autónomo de su sexualidad, lo que justifica proteger su involucramiento en cualquier contacto sexual.
- 1.4. El procesado se aprovechó de la situación en que se encontraba la menor agraviada, quien había fugado de su domicilio y necesitaba un lugar donde pernoctar; por eso, lo aceptó como enamorado y el refugio que este le brindó en su domicilio.
- 1.5. La relevancia del error de tipo no se determina simplemente con la alegación de tal situación por parte del procesado, sino que debe procederse a precisar su existencia también con criterios normativos.

## **Segundo. Contenido de la acusación**

- 2.1. El Ministerio Público sostiene que el ocho de agosto de dos mil catorce, en horas de la mañana, la menor agraviada –de trece años de edad– identificada con las iniciales K. S. R. M. fue víctima de violación sexual por vía vaginal por parte del procesado Franklin Pedro Limaymanta Contreras –su enamorado–. El hecho se suscitó en circunstancias en que la menor había fugado de su casa días antes por problemas con sus progenitores y no tenía dónde quedarse, por lo que durante algunos días se quedó a pernoctar en casa de unos amigos. En tales circunstancias se encontró con el procesado, quien la invitó a comer y a subir a su vehículo para conversar, donde la requirió para que fuera su enamorada, lo



que ella aceptó. Entonces el imputado la llevó a su domicilio con la finalidad de que se quedara a dormir.

- 2.2.** Durante los primeros cuatro días la menor durmió con la hermana del procesado; sin embargo, el ocho de agosto de dos mil catorce, a las diez de la mañana aproximadamente, cuando la menor estaba echada en la cama del procesado mirando la televisión y no había nadie más en el inmueble, este aprovechó para besarla y practicarle el acto sexual por vía vaginal en tres oportunidades.
- 2.3.** Posteriormente, el doce de agosto de dos mil catorce, la menor volvió a tener relaciones sexuales con el procesado, quien después le entregó diez soles para que se comprara una pastilla del día siguiente y la obligó a tomársela delante de él.

### **Tercero. Fundamentos de la sentencia impugnada**

- 3.1.** La sentencia considera probados los siguientes hechos: **i)** la menor contaba con trece años de edad en la fecha de la comisión de los hechos, conforme se desprende de la ficha del Reniec obrante en autos; **ii)** el acusado y la agraviada se conocieron en el mes de enero de dos mil catorce en la discoteca Doña Juerga, según se desprende de las declaraciones de la madre de la menor agraviada y del acusado; **iii)** antes de los hechos existía una relación sentimental de enamorados entre ellos, lo que se acredita con la manifestación policial de la agraviada, los *panneaux* fotográficos de la cuenta de Facebook de la menor y las declaraciones del acusado, la madre y la hermana de este; **iv)** la menor y el acusado mantuvieron relaciones sexuales hasta en tres oportunidades; **v)** la menor no fue forzada ni amenazada para mantener relaciones sexuales; ello fue de mutuo acuerdo, pues



- eran enamorados; **vi)** la menor presentó desgarró antiguo al momento de ser examinada en su integridad sexual, y admitió haber mantenido relaciones sexuales por propia voluntad hasta con dos sujetos distintos antes de ocurridos los hechos denunciados; **vii)** la menor fugó de su domicilio por voluntad propia; **viii)** la menor dijo al acusado, a la madre y a la hermana de este que tenía dieciséis años de edad, y **ix)** la menor aparentaba tener más de catorce años de edad, conforme a la descripción física que tanto el agraviado como su madre y su hermana hicieron de ella.
- 3.2.** Se está ante un error de tipo invencible. Se verificó que el acusado actuó en la creencia de que la menor contaba con dieciséis años y no tenía la posibilidad de saber su verdadera edad. Por las características físicas de aquella no podía sospechar que le mintió, tanto más si la conoció en un local nocturno llamado Doña Juerga, donde presuntamente solo ingresan mayores de edad.
- 3.3.** No solo el acusado incurrió en error, sino también la madre y la hermana de este por las características físicas de la menor, su comportamiento, su manera de vestir y su talla.
- 3.4.** El Ministerio Público sostiene que no existe error de tipo basado en la fotografía del Reniec de la menor; sin embargo, de la misma ficha se desprende que la inscripción de la menor se realizó el veinticinco de abril de dos mil ocho, esto es, la fotografía corresponde a cuando tenía ocho años de edad.
- 3.5.** El Ministerio Público asevera que el encausado se aprovechó de las circunstancias por las que pasaba la menor para proponerle que sea su enamorada y tener relaciones sexuales con ella; pero, ha quedado acreditado que se conocían desde el mes de enero de ese año –seis meses antes de los hechos– para luego iniciar una



relación de enamorados un mes antes de los hechos y sobre la base de esa relación fue que la invitó a quedarse en su domicilio, donde vive con sus padres y su hermana, y recién tuvieron relaciones al cuarto día, con lo que se descarta que el procesado se haya aprovechado de la situación.

- 3.6. La pericia psicológica fue realizada en otro proceso contra otro sujeto distinto. No existe en autos pericia psicológica practicada a la menor.
- 3.7. Se protege la indemnidad sexual, pero debe tomarse en cuenta cada caso en particular. La menor tuvo relaciones sexuales antes con otros sujetos, por lo que no podría concluirse que su indemnidad sexual fue afectada por el procesado.

#### **Cuarto. Fundamentos del Tribunal Supremo**

- 4.1. Se encuentra fuera de controversia que la menor agraviada y el acusado mantuvieron relaciones sexuales consentidas. Así lo acreditan los diversos elementos de prueba actuados a lo largo del proceso y que han sido puntualmente señalados no solo en la sentencia impugnada, sino en el recurso de nulidad materia de la presente –lo declarado por la madre de la menor (quien a nivel policial afirmó que su hija se había fugado de su domicilio), el certificado médico legal (que diagnosticó himen anular con desgarramiento parcial antiguo y sugilación en la mama derecha), la ficha del Reniec (que acreditó que la menor tenía trece años al momento de los hechos), la declaración de Noemí Contreras Rojas (madre del procesado, quien aseveró que la menor se quedó a dormir en el domicilio del acusado), el acta de registro domiciliario y la de entrega de especies (que acreditaron que se encontraron prendas de vestir de la menor en el inmueble del procesado)–.
- 4.2. Por lo tanto, el análisis debe partir de la edad de la menor en la fecha de la comisión de los hechos. Como ya se expresó, la ficha del Reniec –foja 47– acredita que esta nació el diecinueve de



enero de dos mil uno; por lo tanto, tenía trece años, seis meses y diecisiete días de edad al momento de los hechos.

- 4.3.** La aceptación voluntaria de las relaciones sexuales por parte de una menor de catorce años de edad o la existencia previa de una relación sentimental entre esta y el agente activo carecen de relevancia para la configuración del delito de violación sexual de menor de catorce años.
- 4.4.** El bien jurídico protegido en estos casos es la “indemnidad sexual” o “intangibilidad” de la menor, quien por su minoría de edad no puede prestar un consentimiento jurídico válido. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, por lo que no es correcto afirmar, como se consigna en la sentencia impugnada, que no podría concluirse que su indemnidad sexual fue afectada por el procesado, dado que la menor mantuvo relaciones sexuales con otras personas antes que con este.
- 4.5.** El Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, en su fundamento jurídico 7, establece que el consentimiento de la víctima no puede derivar de ninguna palabra o conducta de esta cuando sea incapaz de dar un consentimiento libre, ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de esta cuando pretenda fundarse en su comportamiento anterior o posterior de naturaleza sexual.
- 4.6.** Sin embargo, esta protección al menor no implica desconocer el derecho a la presunción de inocencia que ampara al agente activo. Acreditadas las relaciones sexuales entre el agente activo y una menor de catorce años, es importante evaluar el elemento subjetivo con el que aquel habría actuado, ya que el artículo 12 del Código Penal dispone que las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa y el agente de



infracción culposa solo es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

- 4.7.** El artículo 173 del Código Penal que tipifica los delitos de violación sexual a menores exige como elemento subjetivo el dolo en el accionar del agente, y el artículo 14 del mismo código establece que el error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.
- 4.8.** El debate, entonces, se centra en torno a la configuración o no del error de tipo alegado por el procesado.
- 4.9.** El Ministerio Público no expone agravios contra el fundamento de la sentencia impugnada en lo que a este extremo respecta; se limita a afirmar de manera genérica que esta debe ser evaluada con criterios normativos, lo que no constituye expresión de agravios.
- 4.10.** Ciertamente, no basta que el procesado alegue haber actuado bajo el error de tipo –sobre la edad de la menor– para que opere la duda a favor de él, ya que quien alega un hecho debe probarlo.
- 4.11.** En el presente caso, conforme se señala en la sentencia impugnada, el dicho del acusado no solo se corrobora con la declaración de la madre y la hermana de este, quienes afirmaron que la menor les dijo que tenía dieciséis años, y con el dicho de la agraviada, sino con otros elementos indiciarios que se derivan de lo declarado por la madre de la menor, como es su afirmación de que la agraviada frecuentaba la discoteca Doña Juerga, donde, conforme se señala en la sentencia impugnada, solo ingresaban mayores de edad, y que no era la primera vez que la menor estuvo con personas mayores, a las que les decía que tenía





dieciséis años –conforme se desprende de la copia del acta de entrevista única a fojas 72-83, realizada con motivo de otro hecho también por violación sexual en su agravio, en que la menor mencionó que a su entonces enamorado, investigado en ese otro proceso, le dijo que tenía dieciséis años de edad–. Es menester indicar que en el presente proceso no se realizó una entrevista en cámara Gesell ni hubo evaluación psicológica de la menor –la que obra en autos, en copia a foja 96 y siguientes, corresponde a otro proceso por un hecho anterior al que es materia del presente proceso–; solo la declaración de la menor en presencia del Ministerio Público y de su madre, que fue oralizada en audiencia.

- 4.12.** La madre y la hermana del acusado coinciden con este en que la forma de vestir de la menor y su comportamiento no coincidían con los de una menor de trece años, y no obra en autos ningún elemento de juicio que permita aseverar lo contrario. El Ministerio Público repite lo alegado ante el Colegiado Superior de que la foto de la menor en la ficha del Reniec evidencia su minoría de edad; pero el Colegiado Superior emitió pronunciamiento en la sentencia sobre esto indicando que se desprendía de esa ficha que la foto fue tomada cuando la menor contaba con solo ocho años de edad, y así se evidencia de la lectura de dicho documento.
- 4.13.** Asimismo, el Ministerio Público hace referencia a la talla de la menor descrita en las declaraciones de la hermana del acusado para afirmar que esto evidencia que era menor de edad; pero este es un argumento muy débil, primero, porque la hermana del acusado señaló que la menor era más alta que ella y que su hermano; además, la talla es solo referencial y por sí sola no acredita nada; la altura de las personas depende de muchos factores.





- 4.14.** Existe duda respecto a si antes de los hechos eran enamorados o no, ya que el acusado en su declaración en juicio oral afirmó que solo la vio en dos ocasiones: una en enero de ese año y la otra cuando fue a dormir a su domicilio en la fecha de la comisión de los hechos imputados, y que desde un mes antes solo se comunicaban por Facebook; lo que confirmaría la versión inicial de la menor agraviada respecto a que recién el primer día en que fue a dormir a casa del procesado, antes de ir, este le pidió que fuesen enamorados.
- 4.15.** Ya se dijo precedentemente que es irrelevante para la configuración del delito el que fuesen enamorados o no; pero la duda respecto a esta circunstancia aumenta la posibilidad de que el acusado no haya conocido la edad real de la menor, menos aún si esta se mantenía en su posición de aumentarse la edad evidentemente para posibilitar su relación con personas mayores que ella.
- 4.16.** De lo expuesto se desprende que los elementos de prueba actuados no acreditan de manera fehaciente que el acusado haya tenido conocimiento de la edad real de la menor agraviada; por el contrario, advierten que actuó bajo error de tipo, en la creencia de que aquella tenía más edad que la real.

## **DECISIÓN**

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

- I. DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia emitida el treinta de julio de dos mil dieciocho por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que



absolvió a **Franklin Pedro Limaymanta Contreras** de la acusación fiscal en su contra como autor del delito de violación sexual de menor de edad –tipificado en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal (texto modificado por la Ley número 30076, vigente a la fecha de la comisión de los hechos)–, en agravio de la menor de iniciales K. S. R. M.

II. **MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

**SEQUEIROS VARGAS**

COAGUILA CHÁVEZ

ASV/mirr