ERROR DE TIPO

SUMILLA. El delito de violación sexual de menor de edad es eminentemente doloso y, por tanto, se tiene que determinar si el agente estaba en condiciones de conocer el carácter ilícito de su conducta desde sus circunstancias concretas. Uno de los elementos del tipo penal del cual debe estar consciente el sujeto es la edad de la víctima, pues si no pudo conocer que tenía menos de catorce años o no lo supo por imprudencia, estamos ante un caso de atipicidad subjetiva. En consecuencia, esta falencia en el conocimiento del carácter ilícito de su conducta lo exime de responsabilidad penal, conforme al artículo 14 del Código Penal.

Lima, doce de marzo de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta, del cuatro de enero de dos mil diecisiete, que condenó a Jesús Johnnathan Herrera de la Cruz como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales S. M. S. C., a cuatro años de pena privativa suspendida por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto que deberá abonar a favor de la menor agraviada.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

CONSIDERANDO

§ I. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Primero. El recurso de nulidad formalizado por el representante del Ministerio Público, de fojas cuatrocientos ochenta y nueve, está destinado a cuestionar la proporcionalidad de la pena impuesta al acusado Jesús Johnnathan Herrera de la Cruz. En ese sentido, indicó que la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116 y en la circular del primero de septiembre de dos mil once, estableció criterios vinculantes para la determinación judicial de la pena.

LPDERECHO.PE

Del mismo modo, reguló la suspensión de la ejecución de la pena, mediante la circular del ocho de septiembre de dos mil once.

En el caso en concreto, el acusado Jesús Johnnathan Herrera de la Cruz fue condenado por el delito de violación sexual de menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, vigente a la fecha de la comisión de los hechos, que preveía una pena mínima de treinta años. Sin embargo, la Sala Superior no realizó una correcta determinación de la pena, al no considerar que la víctima fue sometida sexualmente por el acusado en febrero de dos mil diez, cuando tenía doce años de edad, y su personalidad aún estaba en proceso de formación; lo que dejó marcadas secuelas psicológicas en la menor.

Por último, indicó que no existe justificación legal para imponer una pena de cuatro años de carácter suspendida, pues no existió una relación de convivencia.

§ II. IMPUTACIÓN FISCAL

Segundo. De la acusación fiscal, de fojas ciento diecinueve, se imputa a Jesús Johnnathan Herrera De La Cruz, haber abusado sexualmente de la menor agraviada de iniciales S. M. S. C., hasta en tres oportunidades. La primera vez fue en el mes de febrero de dos mil diez, en la vivienda del procesado, quien la amenazó con un sable (machete). La segunda, en junio de dos mil diez, en la misma vivienda, donde el acusado la amenazó con una pistola que le puso en la cabeza. La tercera y última, el domingo doce de diciembre de dos mil diez, cuando el acusado nuevamente la obligó a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

§ III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tercero. El fin del proceso es alcanzar la verdad respecto de los hechos que se ventilan y que la decisión del juzgador esté condicionada al descubrimiento de esta verdad judicial, que se sustenta en el mérito de las pruebas recabadas en el curso de la instrucción y actuadas en juicio oral (pues solo en esta etapa se genera la prueba). De otro lado, la condena no debe sustentarse en la simple

LPDERECHO.PE

apariencia de la comisión del delito y la responsabilidad penal, sino que debe apoyarse en actividad probatoria de cargo que provoque convicción plena en el juzgador y despeje toda duda razonable.

Cuarto. El delito de violación sexual de menor, tipificado en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, únicamente exige que el procesado haya tenido contacto sexual con una menor de edad entre diez y menos de catorce años de edad. De modo que el consentimiento o el medio comisivo empleado –uso de violencia, intimidación, inconciencia o engaño– son tópicos irrelevantes. El interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual, entendida como seguridad o desarrollo físico o psiquiátrico normal de las personas que aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, para que en el futuro, de ser posible, puedan ejercer su vida sexual. El hecho punible se configura con el acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal, o realizando otros actos análogos, como introducir objetos o partes del cuerpo por las vías ya referidas.

Quinto. Sin embargo, el delito mencionado es eminentemente doloso y, por tanto, se tiene que determinar si el agente estaba en condiciones de conocer el carácter ilícito de su conducta desde sus circunstancias concretas. Uno de los elementos del tipo penal del cual debe estar consciente el sujeto es la edad de la víctima, pues si no pudo conocer que tenía menos de catorce años o no lo supo por imprudencia, estamos ante un caso de atipicidad subjetiva. En consecuencia, esta falencia en el conocimiento del carácter ilícito de su conducta lo exime de responsabilidad penal, conforme al artículo 14 del Código Penal[1].

Sexto. En ese sentido, el acusado Jesús Johnnathan Herrera de la Cruz, desde el inicio del proceso, reconoció haber sostenido relaciones sexuales consentidas con la agraviada S. M. S. C., pues mantenían una relación amorosa; así, cuando conoció a la menor, ella le dijo que tenía catorce años

[1] **Artículo 14 del Código Penal.** "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".

LPDERECHO.PE

de edad y que en el mes de mazo de dos mil diez iba a cumplir quince años. Postulando de esta forma, haber incurrido en error de tipo respecto a la edad de la menor. La actividad sexual está acreditada con la declaración de la menor y la prueba pericial, esto es, el certificado médico legal, de fojas cuarenta.

Séptimo. La Sala Penal Superior descartó la posibilidad de que el acusado haya actuado bajo un error de tipo invencible, en mérito al principio de inmediación, en tanto que, la agraviada al acudir al juicio oral, ya contaba con diecinueve años de edad, aunque no los aparentaba, debido a la contextura corporal que presentaba (delgada). En este sentido, la Sala consideró lógico suponer que, cuando se suscitaron los hechos, la agraviada aparentaba una edad real no mayor de catorce años de edad.

Octavo. Sin embargo, no valoró las declaraciones testimoniales de: **i)** Yhon Anderson Egúsquiza Silva[2], conocido con el alias "Chicho", primo lejano del acusado Jesús Johnnathan Herrera de la Cruz, quien indicó que el acusado le presentó a la agraviada como su enamorada entre los meses de mayo y junio de dos mil diez. Además, dicho testigo refutó la aseveración de la menor –en la medida en que esta manifestó que en la segunda oportunidad que fue ultrajada por el acusado, solicito auxilio a "Chicho"–; **ii)** Daniel Fernando Farfán Calderón[3], quien afirmó que el acusado y la agraviada sostenían una relación de enamorados. Además, refirió que la agraviada parecía tener entre quince y dieciséis años de edad, por su apariencia física; **iii)** María Elizabeth de la Cruz Aguilar[4], madre del acusado, quien afirmó que la menor y su hijo mantenían una relación amorosa, y que por ello frecuentaba su domicilio; además, dijo que la agraviada aparentaba tener más de quince años de edad; **iv)** María Claudia Alván Gonzales[5], en su condición de amiga de la agraviada, quien señaló que su amiga y el acusado sostenían una relación amorosa, y que incluso el acusado iba al colegio a recogerla –vestido con ropa de colegio–, y que si bien

[2] Fojas 72
[3] Fojas 397
[4] Fojas 400
[5] Fojas 433.

LPDERECHO.PE

contaba con trece años de edad, aparentaba mayor edad por la forma de vestirse y arreglarse. Es evidente que el transcurrir del tiempo genera cambios fisonómicos en las personas, hecho que no fue considerado por la Sala Superior.

Noveno. Lo detallado anteriormente evidencia que la menor indujo a error al procesado Herrera de la Cruz, respecto de su edad. De este modo, no se niega que la menor haya tenido relaciones sexuales con el procesado, hecho acreditado con el certificado médico legal, o que pueda tener algún tipo de afectación emocional por haber iniciado su vida sexual a tan temprana edad, conforme al protocolo de pericia psicológica. Lo que se niega es que el procesado Herrera de la Cruz haya tenido conocimiento de la edad de la menor; aunque no tomó las medidas necesarias para comprobarla, debido a su inmadurez e imprudencia, pues a la fecha de los hechos contaba con diecinueve años de edad. Por lo cual el delito de violación sexual de menor –numeral 2 del artículo 173 del Código Penal– no se configura.

Décimo. Asimismo, esta Sala Penal Suprema no puede soslayar el contexto situacional en que se denunció el hecho delictivo, pues resulta relevante. Entre otros aspectos, conforme la declaración de la menor en Acta de Entrevista Única –foja 7–, se encuentran: **i)** el embarazo de la menor S. M. S. C., y **ii)** que el acusado comenzó una relación de convivencia con otra persona. Además, las declaraciones de la menor sobre el contexto de violencia o amenaza fueron desbaratadas tanto con las declaraciones de los testigos como con el certificado médico legal, que denota solo el acceso por vía vaginal, no por vía anal, como refirió la agraviada –pues se debe considerar que la agraviada detalló que los actos de violencia sexual fueron por vía vaginal y anal–.

Undécimo. En consecuencia, este Tribunal Supremo declara que el acusado Herrera de la Cruz incurrió en un error de tipo vencible. Se evidencia que entre el acusado y la menor existió una relación sentimental de íntima cercanía,

LPDERECHO.PE

corroborada tanto con el reconocimiento del primero (en todas las etapas del proceso) como con las declaraciones testimoniales, y con lo referido por la menor, plasmado en el Acta de Entrevista Única –la menor remitía mensajes cariñosos al acusado, lo que, conforme las máximas de la experiencia, no es compatible con alguien que ha sido víctima de actos de violencia o amenaza en reiteradas oportunidades–. En consecuencia, la conducta es atípica, por lo que corresponde absolver al acusado de los cargos imputados.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta, del cuatro de enero de dos mil diecisiete, que condenó a Jesús Johnnathan Herrera de la Cruz como autor del delito contra la libertad en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales S. M. S. C., a cuatro años de pena privativa suspendida por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto que deberá abonar a favor de la menor agraviada: y, reformándola, lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención. **MANDARON** que se archive definitivamente lo actuado y que se anulen los antecedentes policiales y judiciales que dieron lugar al presente proceso; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

ChM/mrvc

LPDERECHO.PE