ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE
La Sala si cumplió con motivar suficientemente la concurrencia la causa de disminución de la punibilidad, como es el error de prohibición vencible, sobre la base de los siguientes argumentos: i) los hechos ocurrieron sin mediar violencia física, psicológica o amenazas contra la adolescente agraviada; ii) el procesado declaró ante el fiscal que desconocía que era delito mantener relaciones sexuales con una menor de 14 años; iii) la madre de la agraviada, Santos Esfera López Castro, a nivel preliminar mencionó que domicilia en el mismo distrito que el procesado, y refirió que desconocía que conforme a ley, mantener relaciones sexuales con un menor de edad es delito; iv) la convivencia entre procesado y agraviada, era de conocimiento y consentimiento de la madre de esta última, conforme a su declaración inicial, y también por parte de los padres del procesado, pues fue en su casa donde se desarrolló la convivencia, según la versión inicial de la agraviada; v) antes de la convivencia, el procesado cortejaba a la adolescente en espacios públicos, como su escuela, esto es, no se trataron de espacios clandestinos; y, vi) el testimonio de Aniano Quiroz Vigo.

Lima, dieciocho de abril de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el **representante del MINISTERIO PÚBLICO** contra la sentencia del 20 de octubre de 2020, emitida por la Sala Mixta de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el extremo que le impuso a **Samuel Ananías Velarde Torres** a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, como autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la niña con las iniciales E. N. C. L.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

I. IMPUTACIÓN FISCAL

1. Según la acusación fiscal[1], se le imputa a Samuel Ananías Velarde Torres haber sido enamorado de la agraviada desde el mes de diciembre de 1996, es así que mediando esta relación con fecha 9 de septiembre de 1997 y cuando la menor contaba con 13 años de edad, practicaron el acto sexual, el mismo que se ha efectuado con consentimiento de la adolescente debido a que el imputado le ofreció matrimonio y desde esa fecha mantuvieron relaciones sexuales, incluso han llegado a convivir por espacio de cuatro meses (desde el 4 de abril al 26 de agosto de 1998).

Tanto el delito instruido así como la responsabilidad penal del imputado se encuentran probados con la referencia de la menor, en la que narra la forma y

[1] Cfr. páginas 66 a 67.

circunstancias de la comisión de los hechos; los mismos que se han producido por mutuo acuerdo; sin embargo, para el caso es irrelevante que la adolescente haya prestado su consentimiento, pues el fundamento de la tutela de la libertad sexual de un menor de 14 años, se basa en su inmadurez psicobiológica de controlar su conducta sexual; de allí que la ley impone una abstinencia sexual absoluta de los menores de 14 años.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

2. El Tribunal Superior emitió sentencia condenatoria contra Velarde Torres, en la que fundamentó la pena impuesta sobre el razonamiento siguiente:

2.1. Adquiere verosimilitud la versión del procesado respecto al desconocimiento del carácter delictuoso de su conducta, pues mantenía convivencia con la agraviada, lo cual era de conocimiento y consentimiento de la madre de la agraviada y padres del procesado y con anterioridad a ello, el procesado cortejaba a la adolescente en espacios públicos y no de manera clandestina. Por tanto, se evidencia un error de prohibición vencible, que atenuará la pena.

2.2. La afirmación de que la convivencia entre procesado y agraviada se dio con la finalidad de ocultarle a la autoridad judicial sus relaciones sexuales, es una conjetura del Ministerio Público que no tiene respaldo probatorio.

2.3. La comisión misma del delito, así como la verificación de sus elementos configurativos, sirven para la determinación de la responsabilidad penal, pero no para sustentar la pena concreta a imponer.

2.4. La adolescente agraviada tenía la condición humilde, pero el procesado también, pues domiciliaba en la misma comunidad de la agraviada y no tenía una situación económica privilegiada.

2.5. No se ha acreditado que la adolescente haya sido violentada física ni psicológicamente, ni amenazada por el procesado para realizar el acto sexual. Este último no presenta antecedentes penales. Por ello, se fija la sanción en el extremo mínimo de la pena conminada que es 10 años.

2.6. Atendiendo a las circunstancias particulares del procesado, que le impidieron conocer el carácter ilícito de su conducta y en observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, esta debe ser reducida prudencialmente hasta cuatro años de privación de libertad. Y al concurrir lo requisitos del artículo 57 del Código Penal, la pena se suspende por tres años de periodo de prueba.

III. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. La representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad fundamentado[2], planteó como pretensión la nulidad del extremo de la sentencia en que reducen la pena de 10 a 4 años con el carácter de suspendida. Censura que existe infracción al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y afirma lo siguiente:

3.1. En el fundamento 59 no se enumera cuáles serían esas circunstancias particulares del procesado que le habrían impedido comprender el carácter delictuoso a la fecha de comisión delictiva, tampoco se cita la remisión a algún considerando anterior.

3.2. El hecho de que el delito no se cometió mediante violencia de ninguna clase o amenaza alguna, fue doblemente valorado. Primero, para situar la sanción en el extremo mínimo de pena abstracta y segundo, para la reducción por error de tipo vencible.

3.3. La sola mención de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no justifica su aplicación al caso concreto (máxime si se tiene la trascendencia que finalmente tuvo en el presente caso, como es la pena suspendida por el delito de violación sexual de menor de edad)

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO

4. Los hechos atribuidos fueron calificados jurídicamente como delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral 3, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 26293, publicada el 14 de febrero de 1994 (vigente a la fecha de los hechos), que prescribe:

> **Artículo 173.** El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: [...] 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de 10 ni mayor de 15 años.

V. FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

5. El punto de partida para analizar la sentencia recurrida es el principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; por el cual se reduce el ámbito de la resolución, únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido y las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

6. En este caso, no se encuentra en debate la responsabilidad penal de Samuel Ananías Velarde Torres como autor del delito de violación sexual de menor de edad (inciso 3, del artículo 173, del Código Penal), en perjuicio de la adolescente de trece años con las iniciales E. N. C. L., sino lo que es materia de reclamo por parte del Ministerio Público es el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta. Corresponde entonces, absolver los reclamos que sustentan su pedido y

[2] Cfr. páginas 358 a 361

determinar si la pena impuesta por la Sala está correctamente graduada o merece ser revocada, o si en su defecto, debe ser declarada nula la sentencia, conforme a los agravios recursales.

7. En el caso concreto, se trata del delito de violación sexual de menor de edad, cuyo marco punitivo, para la fecha de los hechos, es de 10 a 15 años.

8. Para graduar la pena, se deben atender a factores como las condiciones personales del procesado, como son que, a la fecha de los hechos contaba con 24 años de edad, grado de instrucción-secundaria completa, ocupación agricultor. A ello, se debe sumar los fundamentos 53 al 57 de la sentencia impugnada, donde la Sala Superior ha razonado:

8.1. Está probada la convivencia entre el procesado y la agraviada. Asimismo, se ha descartado la hipótesis fiscal de que haya sido apropósito para ocultar las relaciones sexuales acaecidas previamente, por no tener sustento probatorio.

Esta premisa ha quedado probada con las declaraciones tanto del procesado (con presencia del representante fiscal) y agraviada, así como de la propia madre de la víctima, Esfera López Castro, quien narró que tenía conocimiento y dio su consentimiento para la referida convivencia, pero al notar que el procesado se fue a la ciudad y dejó a su hija sola, decidió denunciarlo. Luego a nivel de instrucción, la agraviada no se ratificó de la denuncia interpuesta por su madre.

En juicio oral –llevado a cabo luego de 23 años de ocurridos los hechos–, tanto la agraviada como su madre la testigo Santos Esfera López variaron su versión, pues negaron que la agraviada haya convivido por cuatro meses con el acusado y en cambió sostienen que este la tenía secuestrada; sin embargo, la Sala de Mérito en sus fundamentos 24, 25 y 26 ha motivado que denota mayor credibilidad la versión rendida inicialmente por ambas, consistente en la existencia de una convivencia conocida y aceptada entre procesado y víctima y recién producto del abandono del referido procesado es que los padres de este al notar que no regresaba, enviaron a la agraviada nuevamente a su casa, lo que conllevó a que la madre de esta última formule una denuncia.

Evaluando la prueba personal como la declaración de la agraviada y su madre refleja mayor fiabilidad la declaración inicial de la víctima. Tal afirmación asume validez, porque no tendría sentido que la madre de la víctima Santos Esfera López Castro, pese a que –según su versión en juicio– conocía que su menor hija había sido presuntamente secuestrada por el procesado Velarde Torres y recién haya denunciado los hechos en octubre de 1998, cuando incluso dicho “secuestro” habría durado cuatro meses. En buena cuenta, la versión expuesta en juicio de las antes citadas supondría que la madre a pesar de tener conocimiento del secuestro de su hija,

denunció tal hecho mucho tiempo después, lo que no es coherente con hechos de suma gravedad y de lo que ella sabía dónde estaba la adolescente.

8.2. La comisión misma del delito y concurrencia de sus elementos configurativos, no son suficientes para determinar la pena concreta. Sino que se requiere de circunstancias adicionales.

8.3. Tampoco se evidencia un aprovechamiento del procesado de una situación de vulnerabilidad de la menor. Es cierto que la adolescente agraviada tenía una condición humilde, domiciliaba en una zona rural; sin embargo, el procesado Velarde Torres, también domiciliaba en la comunidad de la agraviada, no tenía una situación privilegiada con respecto a la víctima y su familia, y esto se acredita con las generales de ley expuestas en la declaración preliminar[3] del acusado así como en su ficha de Reniec[4], de donde se advierte que es natural y a su vez domicilia en el distrito de Cachachi, provincia de Cajabamba, departamento de Cajamarca, de ocupación agricultor, grado de instrucción secundaria completa y superior–tercer año, percibiendo 10 soles diarios.

8.4. No se ha acreditado que la adolescente agraviada haya sido violentada físicamente o psicológicamente por el procesado, ni haber recibido amenaza para cometer el acto sexual.

8.5. No registra antecedentes penales, conforme a su certificado[5].

9. Es en virtud de tales circunstancias, que la Sala Superior fundamentó la graduación de la sanción en el extremo mínimo del marco punitivo conminado, esto es en 10 años de pena privativa de libertad.

10. Ahora bien, concurre en el caso la causal de disminución de la punibilidad, referida al error de prohibición vencible.

Conforme al Recurso de Nulidad N.° 33-2018/Ayacucho, fundamento decimotercero, ha expresado que “Si el hecho es típico y antijurídico, pero existe un error en la creencia de que la conducta era legítima [...] y este pudo ser superado fácilmente con una conducta diligente, se configura el error de prohibición vencible; la culpabilidad de los agentes disminuye, pues los acusados actuaron bajo la idea de que su conducta no conllevaba sanción penal por estar obrando lícitamente [...].

11. Respecto al cual, en el motivo 3.1 el recurrente ha sostenido que no se han enumerado las circunstancias particulares del procesado que le habrían impedido comprender el carácter delictuoso de su acción. Sin embargo, la sala si cumplió

[3] Cfr. página 7
[4] Cfr. página 100
[5] Cfr. página 41

con motivar suficientemente la concurrencia de dicha causa de disminución de la punibilidad, en sus fundamentos 46 al 51.

11.1. Un primer aspecto a resaltar es que los hechos ocurrieron sin mediar violencia física, psicológica o amenazas contra la adolescente agraviada.

11.2. El procesado declaró ante el fiscal que desconocía que era delito mantener relaciones sexuales con una menor de 14 años. Este extremo se corrobora con la declaración de la madre de la agraviada, Santos Esfera López Castro, quien a nivel preliminar mencionó que domicilia en el mismo distrito que el procesado y refirió además que desconocía que conforme a ley, mantener relaciones sexuales con un menor de edad es delito.

11.3. La convivencia entre el procesado y agraviada, era de conocimiento y consentimiento de la madre de esta última, conforme a su declaración inicial –que como ya se fundamentó, tiene mayor fiabilidad que la versión brindada de juicio oral donde varió su relato–, y también era de conocimiento por parte de los padres del procesado, pues fue en su casa donde se desarrolló la convivencia, según la versión inicial de la agraviada.

11.4. Antes de la convivencia, el procesado cortejaba a la adolescente en espacios públicos, como su escuela, donde la esperaba según su versión. No se trataron de espacios clandestinos que pudieran reflejar que el procesado comprendía que cometía un acto reprochable.

11.5. A lo que se debe sumar que, la propia madre, en su declaración preliminar señaló que el motivo por el cual denunció al procesado obedecía a que este había abandonado a su hija.

11.6. Se suma a ello, la declaración en juicio oral del testigo Aniano Quiroz Vigo (teniente gobernador del caserío de Chugur), quien ante la pregunta de si podría indicar si en el año 1998 había la costumbre de iniciar a temprana edad las relaciones de pareja, dijo que si, y podría ser de 13, 15, 18 o 30 años, incluso relató que en ese tiempo los padres se ponían de acuerdo y lo hacían casar a sus hijos “muchachos” y señaló que señoritas de 14 años ya tenían hijos.

12. Si bien, en el fundamento 59 de la impugnada no se remitió a algún considerando anterior, ello no implica una vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; pues, claramente en los fundamentos 46 al 51, la sentencia ha fundamentado el error de prohibición vencible. En este caso, bastaba efectuar una lectura íntegra de la sentencia.

13. De otro lado, en el motivo 3.2, el recurrente ha denunciado que se ha efectuado una doble valoración al hecho de que el delito no se cometió mediante violencia de ninguna clase o amenaza alguna, ya que primero se utilizó para

situar la sanción en el extremo mínimo de pena abstracta y luego, para la reducción por error de tipo vencible.

Es correcto que la Sala de Instancia en el fundamento 56 se basó –entre otros factores– en la ausencia de violencia o amenaza, para así determinar la pena concreta parcial en el extremo mínimo del marco punitivo conminado, esto es 10 años de pena privativa de libertad.

14. Sin embargo, si bien el fundamento 59 vuelve a hacer mención a dicha circunstancia, este no es el motivo principal por el que se redujo la pena de 10 a 4 años, sino que dicha rebaja obedece al error de prohibición vencible que concurre en el caso. Dicha causal de disminución de la punibilidad converge, ya que el imputado Velarde Torres desconocía la ilicitud de su conducta, pero a la vez pudo haber sido más diligente en vencer dicho error, sobre todo si la comunidad en que vivía, se situaba cerca a ciudades urbanas, como por ejemplo Cajabamba. Entonces, en virtud del artículo 14 del Código Penal, genera la atenuación de la pena. Por lo que, la Sala Superior disminuyó la pena concreta a 4 años de privación de libertad.

15. El Tribunal Constitucional[6], ha establecido que el principio de proporcionalidad en las penas usualmente ha sido enfocado como una "prohibición de exceso" dirigida a los poderes públicos. No obstante, también implica una "prohibición por defecto", es decir, la prohibición de que la pena sobre disminuya la responsabilidad por el hecho. Ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer 'a toda costa' la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse.

16. En tal línea de argumentación, en el caso concreto, este Colegiado considera prudentemente graduado el descuento hasta los 4 años de pena privativa de libertad, en atención al error de prohibición vencible que concurre en el caso y además, en función a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, recogidos en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que dispone que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, en concordancia con el principio de culpabilidad, prescrito en el artículo VII del Título Preliminar del citado código.

17. A ello, el artículo 57 del Código Penal establece la facultad del juez para aplicar una pena suspendida, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el mismo dispositivo, siendo los siguientes: "1. que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y,

[6] EXP. N.° 01010-2012-PHC/TC, fundamentos 5 y 6; y, STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41.

3. que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual". Siendo que en el caso se cumplen los tres requisitos, pues la pena concreta determinada fue de 4 años de privación de libertad, se trata de un agente primario, y coincidimos con los considerandos 62 y 63 de la sentencia en el que se fundamenta su prognosis favorable de que no cometerá nuevo delito, pues ha estado en libertad por casi 22 años sin incurrir en nuevo delito. Por lo que resulta conforme a derecho, que la pena de 4 años, sea suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 3 años, con las mismas reglas de conducta establecidas en la sentencia impugnada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

I. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del 20 de octubre de 2020, emitida por la Sala Mixta de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el extremo que le impuso a **Samuel Ananías Velarde Torres** a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, como autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la niña con las iniciales E. N. C. L.

II. **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional que corresponda, para los fines de ley y se haga saber.

Intervino el juez supremo Núñez Julca, por licencia del magistrado Prado Saldarriaga.

S. S.

NÚÑEZ JUCA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

*PH/*rsrr