



ERROR DE TIPO NO ACREDITADO

El error de tipo por desconocimiento de la edad real de la víctima en los delitos de violencia sexual contra menores, no se acredita con la sola afirmación del procesado e incluso de la agraviada, sino que requiere de corroboración adicional (corroboración objetiva), en el que se deberá evaluar conforme con las máximas de la experiencia: **i)** El rol social del imputado. **ii)** Las circunstancias de hecho. **iii)** La situación de vulnerabilidad de la menor y las normas culturales del lugar. **iv)** La capacidad intelectual, discernimiento y percepción del imputado.

Lima, ocho de junio de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de **Elmer Jesús Poma Silvestre** contra la sentencia del veintinueve de marzo de dos mil veintiuno (folios 266-275), expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Mediante dicha sentencia se le condenó como autor del delito de violación sexual de menor (previsto en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal), en agravio de la menor identificada con las iniciales B. D. Ch. G. En consecuencia, se le impuso diez años de pena privativa de libertad y fijaron en dos mil soles el monto por concepto de reparación civil que pagará a favor de la agraviada; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

CONSIDERANDO

Primero. Marco legal de pronunciamiento

1.1. El recurso de nulidad es el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios que regula el Código de Procedimientos Penales. En términos del profesor García Rada: "Se trata de un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión superior"¹. De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, el recurso de nulidad permite la revisión total de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema.

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima; Grijley, 2014, p. 981.



1.2. La Sala Penal de la Corte Suprema tiene facultades para modificar o revocar la sentencia o auto dictados por la instancia inferior. En forma previa a la resolución final de la Sala Suprema, el Ministerio Público debe emitir pronunciamiento y lo hará si la causa se encuentra dentro de los supuestos taxativamente contemplados en el artículo ochenta y tres de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Frente a la decisión adoptada no cabe recurso alguno y, por lo tanto, la causa se agota procesalmente dado que la ejecutoria genera estado definitivo del proceso.

Segundo. Imputación fáctica

Según los términos de la acusación fiscal (folios 191-197 y 200) se imputa que el veintiuno de mayo de dos mil diecisiete, a las 22:00 horas aproximadamente, el acusado **Elmer Jesús Poma Silvestre** habría conducido a la menor agraviada de iniciales B. D. Ch. G. de 13 años, al Hostal Bella Durmiente ubicado en el lote 24 de la manzana C de APAVIC en Carabayllo, conjuntamente con Jesús Quispe Ferrer, quien acompañaba a la menor de iniciales R. G. B., también de 13 años. Una vez que llegaron al hostal, todos ingresaron a la habitación número 300, donde los varones ingirieron cerveza por un espacio de 30 minutos, luego de ello, Jesús Quispe Ferrer y la menor R. G. B. se dirigieron a su habitación número 307, mientras que el acusado se quedó con la menor agraviada en la habitación, donde esta se quedó dormida, circunstancias en las cuales el acusado aprovechó para tener acceso carnal vía vaginal con la víctima. Permaneció en dicho lugar hasta las 03:00 horas, aproximadamente, del día siguiente, luego de lo cual la menor despertó con dolor en su vientre y sangrado en su ropa interior, por lo que el procesado la llevó a su casa, donde sus padres, al tomar conocimiento de lo acontecido, se dirigieron a la comisaría para asentar la denuncia.

Tercero. Fundamentos del recurso (folios 281-284)

El recurrente solicitó la nulidad de la sentencia y se le absuelva de los cargos imputados en su contra, sobre la base de los siguientes fundamentos:



3.1. No se ha efectuado una debida apreciación de los hechos materia de inculpación, ni compulsado adecuadamente las pruebas ofrecidas por la defensa técnica, ni resuelto todos aquellos planteamientos utilizados como argumentos de defensa, la misma que recorta la observancia del debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de motivación de resoluciones judiciales y el derecho de defensa.

3.2. En la sentencia se inaplicó el error de tipo regulado en el artículo 14 del Código Penal, a pesar de que se probó que la menor indicó al recurrente que tenía quince años, por lo que se ha presentado un error de tipo invencible, lo que elimina el dolo en su comportamiento.

3.3. La propia agraviada manifestó que era enamorada del procesado y la relación sexual fue de manera consensuada. A la fecha, viven juntos, por lo que la sentencia recurrida lesiona la relación familiar que mantienen.

3.4. Finalmente, en el modelo procesal acusatorio, el imputado es considerado como parte procesal (sujeto procesal); por consiguiente, su declaración es una expresión de voluntad, que por regla general no debe considerarse como fuente de prueba personal.

Cuarto. Análisis jurídico fáctico

Control formal

4.1. La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública de veintinueve de marzo de dos mil veintiuno (folios 276-277). La defensa del encausado interpuso recurso de nulidad el señalado día y lo fundamentó el seis de abril del señalado año, esto es, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5 del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

Análisis de fondo

4.2. Es pertinente establecer que este Supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el Recurso de Nulidad, de acuerdo con lo prescrito en el numeral 1 del artículo 300 del Código de Procedimientos



Penales² (principio conocido como *tantum appellatum quantum devolutum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión está delimitada objetiva y subjetivamente, precisamente por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

4.3. En el presente caso, el objeto de impugnación radica en cuestionar el conocimiento del encausado sobre la edad que tenía la menor agraviada al momento de ocurridos los hechos, que según expresa le señaló que tenía 15 años y las relaciones sexuales se produjeron con el consentimiento de esta.

4.4. Ahora bien, 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 o, en todo caso, secundarios. 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.

4.5. 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

² **Artículo 300. Ámbito del recurso de nulidad**

1. Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.

[...]



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 con el artículo 14 del Código Penal³.

4.6. Sin embargo, ya esta Instancia Suprema ha señalado en los Recursos de Nulidad números 1740-2017/Junín y 145-2019/Lima, que no basta con las declaraciones del procesado e incluso de la agraviada (que refiera haber dicho una edad distinta y superior a la que tenía al momento de los hechos) sino que requiere de corroboración adicional (corroboración objetiva). En ese sentido, el juez deberá examinar la configuración del error de tipo (vencible o invencible), en contraste con las máximas de la experiencia: **i)** El rol social del imputado. **ii)** Las circunstancias de hecho. **iii)** La situación de vulnerabilidad de la menor y las normas culturales del lugar. **iv)** La capacidad intelectual, discernimiento y percepción del imputado.

4.7. En el caso en concreto, tal corroboración adicional objetiva no existe, tanto más si la agraviada ha sostenido en cámara Gesell (folios 14-19) que abusaron de ella (corroborado con el Reconocimiento Médico Legal N.º 019793-CLS, que determinó desfloración reciente, folio 32) y que le dijo al encausado que tenía trece años, porque conversaban y eran como enamorados. Asimismo, el recurrente señaló preliminarmente (folios 21-24) y corroboró lo antes señalado, que era enamorado de la agraviada y conocía que esta tenía trece años.

4.8. El cambio de versión de ambos se suscita en el juzgamiento, en el que ambos sostienen que las relaciones sexuales fueron consentidas y que la víctima le señaló antes de los hechos que tenía 15 años. Esta nueva versión, objetivamente no está acreditada, pues no basta la afirmación de que se dijera que tenía una edad distinta y no se ha alegado que esta representara físicamente edad distinta.

Con relación a ese relevante tema no se actuó prueba idónea alguna. Lo que la defensa ha presentado es una copia simple de una declaración jurada presuntamente suscrita por la madre de la agraviada, en la que señala que la

³ Ver fundamentos cuarto y quinto del Recurso de Nulidad N.º 1200-2018/Lima Norte.



víctima de 17 años hace vida en común con el encausado, hechos que no pueden darse por acreditados con ese documento no solo porque significaría una prueba irregular (elemento que pretende ser probatorio y que se trata de incorporar sin observar el procedimiento legalmente establecido), sino además porque si bien es cierto la testigo sostuvo en sesión de juicio oral de ocho de marzo de dos mil veintiuno, que después de los hechos la agraviada y el encausado se juntaron, también expresó que no sabe cuántos años le dijo la agraviada que tenía al encausado (ver folios 235--38).

En ese sentido, la agraviada en sesión de juicio oral de quince de marzo de dos mil veintiuno (folios 239-244), sostuvo que no viven juntos aún, pero que son pareja, lo que claramente evidencia el afán de las partes de que se le desvincule al recurrente del hecho delictivo bajo la postura de un error de tipo inexistente, argumentos frente a los cuales también debe acotarse que la convivencia o incluso el matrimonio ulterior no implica una excusa absolutoria o una causa de atipicidad, justificación, de inculpabilidad o de exclusión de punibilidad.

4.9. Como se tiene indicado, en los considerandos precedentes, el consentimiento de un menor de catorce no es válido, con ello se pretende proteger la indemnidad de las personas, entendida como seguridad o desarrollo físico o psiquiátrico normal, para que, en el futuro, puedan ejercer su vida sexual que aún se encuentran en una situación de desarrollo.

4.10. De otro lado lo que se evaluó en el presente caso, no fue la autoinculpación, como hace referencia la defensa, sino la aceptación del conocimiento de edad real de la agraviada (tanto en su declaración preliminar como ante el juez de instrucción en la audiencia de presentación de cargos, ver folios 124-125), que con posterioridad fuera negada. Lo que se analizó, por tanto, fueron las contradicciones prestadas por la defensa, que conlleva a concluir que su nueva posición solo tiene el afán de que se le absuelva de los cargos.

4.11. A la fecha de los hechos, el encausado contaba con veintidós años, tenía estudios secundarios, domiciliaba en el distrito de Carabayllo-Lima y era vecino de la localidad de la agraviada (aquí se evalúa la capacidad



intelectiva, discernimiento y percepción del imputado); además, laboraba como repartidor. Por tanto, es posible afirmar que el encausado tuvo todas las posibilidades de conocer la edad real de la víctima (lo que inicialmente fue reconocido por este), y también conocer, al haber accedido a estudios secundarios, que las relaciones sexuales con menores de edad son consideradas como un delito (aquí se evalúan el rol social del imputado, las circunstancias de hecho y la situación de vulnerabilidad de la menor y las normas culturales del lugar).

4.12. En atención a los fundamentos expuestos, no obrando algún agravio válido, para este Tribunal lo decidido en primera instancia se encuentra conforme a ley, en tanto se ha respetado el debido proceso y ha sido suficientemente motivada la decisión, concluyéndose la responsabilidad del encausado y desechando la teoría del error de tipo, por lo que la decisión de condena debe quedar firme.

4.13. En cuanto a la pena privativa de libertad, que conforme con el delito imputado, se sanciona con entre treinta y treinta y cinco años de privación de libertad, el Colegiado Superior atendió una causa de disminución de punibilidad, prevista en el artículo 21 del Código Penal, dado que el encausado se encontraba disminuido de sus capacidades por efectos del alcohol; además, la víctima contaba con trece años y cinco meses de edad y que no presentaba una afectación emocional, solo una reacción ansiosa por lo suscitado, consecuencia obvia de la vulnerabilidad de la víctima por razones de la edad que tenía y la exposición a conductas sexuales tempranas sin contar con la madurez suficiente para consentirlas.

Ahora bien, aunque no se presenta el caso de una confesión sincera, dado que en el transcurso del proceso se ha pretendido alegar un error de tipo sin mayor sustento, no existen motivos idóneos para alguna modificación punitiva, máxime, al ponderarse el principio de proscripción de reforma peyorativa.

De la reparación civil y el tratamiento psicológico para la víctima



4.14. La reparación civil (conforme con los artículos 92 y 93 del Código Penal) busca el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima y el pago de los daños y perjuicios que se hayan producido como consecuencia del accionar del sujeto activo. En este caso, dicho extremo no fue cuestionado por las partes procesales y debe mantenerse con lo demás que contiene.

4.15. A su vez, la víctima tiene el derecho de obtener una reparación integral⁴ por el daño que generó la comisión del delito, que no se limita a la compensación económica impuesta al encausado, sino también comprende necesariamente la recuperación psicológica que pudiese padecer como efecto del hecho delictivo en su agravio. Al respecto, en atención a la edad actual de la víctima (recientemente mayor de edad), aún podrían existir secuelas de la vejación que sufriera. Dicho tratamiento psicológico estará a cargo del Ministerio de Salud de la jurisdicción de su domicilio, siempre que la víctima esté de acuerdo, cuya supervisión la realizará el juez de ejecución. Aspecto que debe ser integrado a la sentencia de mérito.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

I. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintinueve de marzo de dos mil veintiuno, expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Permanente, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, por la que se condenó a Elmer Jesús Poma Silvestre como autor del delito de violación sexual de menor (previsto en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal), en agravio de la menor identificada con las iniciales B. D. Ch. G.; se le impuso diez años de

⁴ Conforme la legislación interna, el artículo 38 del Código de los Niños y Adolescentes, que señala: "El niño o el adolescente víctimas de maltrato físico, psicológico o de violencia sexual merecen que se les brinde atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. El servicio está a cargo del sector salud. Estos programas deberán incluir a la familia".

La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N.º 30364, prevé en su artículo 20 lo siguiente: "La sentencia que ponga fin al proceso por delitos vinculados a hechos que constituyen actos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar puede ser absolutoria o condenatoria [...].

En caso de que se trate de una sentencia condenatoria, además de lo establecido en el artículo 394 del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, y cuando corresponda, contiene: [...] 2. el tratamiento terapéutico a favor de la víctima".



pena privativa de libertad y fijaron en dos mil soles el monto por concepto de reparación civil que pagará a favor de la agraviada; con lo demás que contiene.

II. INTEGRAR a la aludida sentencia y **DISPONER** que la agraviada identificada con las iniciales B. D. Ch. G., reciba tratamiento psicológico adecuado, si es que así lo quisiera, el mismo que estará a cargo del Ministerio de Salud de la jurisdicción de su domicilio, cuya supervisión la efectuará el juez de ejecución.

III. DISPONER se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino el juez supremo Núñez Julca por licencia de la jueza suprema Castañeda Otsu.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

NÚÑEZ JULCA

BROUSSET SALAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

GL/gc.