SUMILLA: El condenado alega inocencia en el delito de violación sexual imputado, sustentado en el presunto consentimiento de la menor agraviada para tener relaciones sexuales (lo cual resulta irrelevante debido a que la perjudicada tenía once años de edad al momento de los hechos), y en un presunto error de tipo al desconocer la edad de la agraviada.

Lima, siete de abril de dos mil quince

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Josafat David Salcedo Sobrado, contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos cinco, del treinta y uno de julio de dos mil catorce. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

Primero. La defensa técnica del encausado Salcedo Sobrado, en su recurso formalizado a fojas quinientos cuarenta y seis, alega en concreto que los primeros abogados de su patrocinado, lo condujeron a error al aconsejarle que mintiera respecto a la relación sentimental que tenía con la menor agraviada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aquella le dijo a su patrocinado que tenía catorce años de edad, por lo cual en el presente caso se configura el error de tipo; sin perjuicio de indicar que las relaciones sexuales que tuvieron ambos fueron consentidas, solicitando en todo caso acogerse a la Ley número veintiocho mil ciento veintidós para obtener una pena mínima.

Segundo. Según el sustento fáctico de la acusación fiscal, de fojas ciento ochenta y nueve, el doce de noviembre de dos mil siete, a las

diecisiete horas, aproximadamente, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., de once años de edad, se encontraba vendiendo gaseosa en el interior del kiosko de su hermana Magaliz Oscate Peña, contiguo a su domicilio, situado en la localidad de Mallqui, Chinchao, departamento de Huánuco, se presentó el acusado Josafat David Salcedo Sobrado (vecino) quien la sujetó violentamente y la llevó contra su voluntad al domicilio de esta, donde aprovechando la ausencia de sus familiares, la condujo hasta un dormitorio, la cogió con fuerza de la cintura y la arrojó sobre la cama, practicándole el acto sexual vía vaginal, para después bajo amenazas retirarse del lugar de los hechos. Que, producto de dicha violación sexual, la menor agraviada quedó en estado de gestación.

Tercero. El presente proceso penal tiene su origen en la denuncia verbal presentada por Magaliz Oscate Peña ante la autoridad fiscal, a las quince horas con diez minutos, del cinco de marzo de dos mil ocho, con la finalidad de poner en conocimiento la violación sexual de su menor hermana identificada con las iniciales L. M. S. P., de once años de edad, por parte del encausado Josafat David Salcedo Sobrado (vecino), hecho ocurrido en el mes de noviembre de dos mil siete al interior de su domicilio, de lo cual se enteraron por intermedio de aquella al comprobar que esta se encontraba en estado de gestación.

Cuarto. La materialidad del delito imputado se encuentra acreditada en autos por el mérito de lo siguiente: **i)** Los certificados médico legales de la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., realizados el cinco y siete de marzo de dos mil ocho, de fojas once y veintiuno, respectivamente, que establece que presenta himen complaciente y gestación única

activa de diecisiete semanas. **ii)** La partida de nacimiento de la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., de fojas cuarenta y tres, donde se advierte que nació el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y seis, esto es, que a la fecha del hecho imputado tenía once años de edad.

Quinto. Revisados los autos se advierte que no es materia de controversia por las partes procesales, que el día del hecho imputado el encausado Josafat David Salcedo Sobrado tuvo acceso carnal con la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., producto de lo cual procrearon una hija, lo que se acredita con las sindicaciones realizadas por la menor agraviada en sus declaraciones a nivel preliminar y juicio oral, de fojas catorce y cuatrocientos treinta, respectivamente, donde narró la forma y circunstancias en que mediante violencia física fue víctima de abuso sexual por parte del encausado, producto de lo cual quedó en estado de gestación y posteriormente tuvo una hija; así como por el mérito del resultado de la prueba de ADN, de fojas cuatrocientos sesenta y dos, que concluyó: "Los resultados obtenidos con los quince marcadores utilizados, nos permiten calcular una probabilidad de paternidad de noventa y nueve punto nueve nueve nueve nueve cincuenta y tres por ciento entre los perfiles genéticos del presunto progenitor [...] y del hijo [...], con respecto al perfil genético de la madre[...]. Por tanto, el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-dos mil catorce-cero treinta y seis PPuno Salcedo Sobrado Josafat David, no puede ser excluido de la presunta relación de parentesco en condición de padre biológico del individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-dos mil catorce-cero treinta y seis H

S. S. M. M con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-dos mil catorce-cero treinta y seis M S. P. L. M.".

Sexto. Por tanto, solo corresponde dar respuesta a lo alegado por el encausado Salcedo Sobrado en su recurso de nulidad, esto es en concreto, que no podría ser condenado por el delito de violación sexual imputado, debido a que las relaciones sexuales que tuvo con la menor agraviada fueron consentidas puesto que era su enamorada, y por cuanto en su caso se configuró el error de tipo en cuanto al conocimiento de la edad de la menor agraviada, debido a que creyó que esta tenía más de catorce años de edad.

Séptimo. Al respecto se debe desestimar el argumento del encausado recurrente referido a que su conducta resultaría atípica por cuanto la menor agraviada de iniciales L. M. S. P. consintió tener las relaciones sexuales, puesto que, sin perjuicio de indicar que aquella indicó de forma uniforme que la violación sexual se produjo mediante violencia física y en contra de su voluntad, así como negar haber tenido una relación sentimental con el acusado, debe precisarse, que el bien jurídico protegido en este caso, es la indemnidad sexual de la menor agraviada, debido a que al momento de cometido el hecho punible, esta tenía once años de edad, por tanto, no tenía capacidad jurídica para disponer del bien jurídico -libertad sexual-, esto es, resultaba irrelevante su consentimiento o no para tener relaciones sexuales con el imputado, producto de lo cual incluso quedó en estado de gestación, conforme se mencionó anteriormente. De otro lado, de autos se advierte que tampoco se presentó el error de tipo en el encausado recurrente respecto al conocimiento de la edad de la menor agraviada

al momento del hecho imputado -once años de edad-, debido a que ambos coincidieron en referir que vivían en un pueblo chico donde eran vecinos, y que incluso el acusado era amigo del hermano de la agraviada y conocía a la familia de esta, de lo cual se advierte que tenía perfecto conocimiento de la edad de la aludida perjudicada; sin perjuicio de relevar que el acusado en su declaración instructiva en acto oral, de fojas cuatrocientos cuatro, negó haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada, reconociendo recién dicho accionar con posterioridad a la inserción en autos de la prueba de ADN que estableció su paternidad respecto a la hija de la menor agraviada, a partir de lo cual argumentó las tesis del presunto consentimiento de la menor para tener relaciones sexuales (que es irrelevante en el presente caso) y el presunto error de tipo por desconocimiento de la edad de aquella, lo cual no tiene sustento alguno y tiene como finalidad tratar de atenuar o evadir su responsabilidad penal en el delito imputado.

Octavo. Acreditada la responsabilidad penal del encausado Josafat David Salcedo Sobrado en el hecho imputado, corresponde analizar la pena impuesta en la sentencia recurrida; al respecto debe indicarse, que para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para individualizarla judicialmente y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la

personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme con el artículo cuarenta y seis del citado Texto legal.

Noveno. Para efectos de establecer la pena a imponer al encausado Josafat David Salcedo Sobrado debe tenerse en cuenta lo siguiente: **i)** El inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que sanciona al agente con una pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años. **ii)** La reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida (debido a que el encausado al momento del hecho imputado contaba con dieciocho años de edad), conforme con lo previsto en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal. **iii)** Sus condiciones personales, esto es, de grado de instrucción secundaria completa, de ocupación soldador y vidriero y agente primario en la comisión de actos delictivos, como se advierte de su certificado de antecedentes penales de fojas setenta y dos. Por tanto, consideramos que la sanción impuesta debe ser proporcional con lo anotado y al fin resocializador de la pena (considerándose en el presente caso, que estando a la corta edad del encausado al momento de los hechos, una sanción carcelaria de data larga sería contraproducente con su tratamiento de reinsertarse nuevamente a la sociedad); en consecuencia la pena impuesta en la recurrida debe ser reducida prudencialmente.

Décimo. Este Supremo Tribunal, en virtud de su potestad de control difuso, esto es, preferir una norma constitucional respecto a una norma legal con la que es incompatible, prevista en el segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, considera inaplicable el segundo párrafo del artículo veintidós del

Código Penal, que excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida por edad, al agente que haya incurrido entre otros, en el delito de violación sexual, debido a que se contrapone con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, previsto en el inciso dos, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado; más aún, si el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció como doctrina jurisprudencial respecto al tema *in comento*, que si bien no corresponde pronunciarse por la legitimidad constitucional o no de la norma en cuestión, pues –por sus efectos–, invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, también lo es que el control difuso es de aplicación para todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria, y como tal tienen la obligación de inaplicar normas que colinden con la Constitución; en consecuencia: "Los jueces penales [...] están plenamente habilitados para pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo veintidós del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo"; debe indicarse que en el presente caso no resulta necesaria la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, como se señala en el referido Acuerdo Jurisprudencial, debido a que esta Sala Penal Suprema está integrada por Magistrados de la misma jerarquía que no

solo tienen conocimiento de las Ciencias Penales sino también del Derecho Constitucional.

Décimo primero. Respecto al monto fijado por concepto de reparación civil en virtud al artículo noventa y tres del Código Penal, que establece que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, estimamos que resulta proporcional al daño ocasionado a la víctima, esto es su indemnidad sexual.

DECISIÓN:

De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos cinco, del treinta y uno de julio de dos mil catorce, que condenó a Josafat David Salcedo Sobrado, como autor del delito contra la Libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales L. M. S. P.; fijó en quince unidades de referencia procesal el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y estableció el pago de doscientos nuevos soles mensuales por concepto de pensión de alimentos a favor de la menor de iniciales M. M. S. S.; y **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que se le impuso al condenado Josafat David Salcedo Sobrado, treinta años de pena privativa de libertad, y **reformándola:** le impusieron diez años de pena privativa de libertad, la misma que con el descuento de carcelería que

viene sufriendo desde el veintiuno de octubre de dos mil trece, vencerá el veinte de octubre de dos mil veintitrés; notificándose, y los devolvieron.

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

21 OCT 2015

NF/rjmr