

SALA PENAL TRANSITORIA**R.N. No. 2521-2012****APURIMAC**

Lima, diecisiete de septiembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas trescientos treinta y siete, del seis de julio de dos mil doce; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Fiscal Superior en su recurso de nulidad formalizado de fojas trescientos ochenta y ocho sostiene que el delito se acreditó con las pruebas actuadas; que la menor fue presionada por sus familiares para variar su sindicación y por dicho motivo tuvo que dejar el Colegio, con lo que se acredita que además de sufrir un daño psicológico ha visto truncado sus estudios; que no es creíble la versión del acusado Elecer Izquierdo Fernández en el sentido que era pareja de la agraviada, pues la menor varió su versión ante la creencia que el acusado se haría cargo del hijo que tuvo con su hermana, sin embargo ésta última lo abandonó dejándolo en poder de la agraviada. **Segundo:** Que se imputa al acusado Izquierdo Fernández haber abusado sexualmente de la menor agraviada de catorce años de edad, quien era su cuñada, en tres oportunidades; la primera ocurrió el veintiséis de junio de dos mil diez en el sector Huallhuancco cuando la menor se dirigía a lavar ropa en una zona denominada "huayco", ubicado a cuatro cuadras de su casa, en esas circunstancias apareció el acusado, la sujetó del brazo, la llevó a la parte inferior, la tumbó al suelo y tuvo acceso carnal con la víctima, luego la amenazó para que no cuente lo sucedido; que la segunda vez, también fue en junio de dos mil diez, en fecha que la menor no precisa, cuando se encontraba en un lugar descampado, cerca del Colegio Jorge Basadre, ubicado a media cuadra de su casa, fue interceptada por el acusado y bajo las mismas circunstancias, procedió a ultrajarla

//..

SALA PENAL TRANSITORIA**R.N. No. 2521-2012****APURIMAC****-2-**

//.. sexualmente, luego se retiró del lugar no sin antes decirle a la menor que no cuente los hechos; que finalmente el quince de julio de dos mil diez, a eso de las siete de la noche, la menor sostuvo una discusión con su hermana Soledad Sulca Ojeda, lo que motivó que se fuera de la casa con dirección al costado del referido Colegio Jorge Basadre, donde fue interceptada por el acusado, quien la cogió del brazo, la condujo a la fuerza a una construcción de material noble del Colegio y la violó, luego se retiró, no sin antes amenazarla para que no cuente los hechos. **Tercero:** Que como prueba de cargo sólo obra la sindicación de la agraviada de iniciales P.E.S.O. vertida en la etapa preliminar -declaración fiscal de fojas nueve y manifestación policial de fojas dieciocho- en las que dijo haber sido violada en tres oportunidades por el acusado, quien era su cuñado; que, sin embargo en su referencial de fojas setenta y cuatro y en el plenario a fojas doscientos ochenta y siete, se retractó de dicha versión, indicando que fue obligada por su hermana, la ex conviviente de su agresor, a declarar en contra de éste, con quien mantuvo una relación sentimental y por ello mantuvieron relaciones sexuales con su pleno consentimiento y no a la fuerza como dijo en sus anteriores declaraciones; versión que se corrobora con la del acusado -fojas sesenta y nueve y doscientos setenta y ocho- quien en el mismo sentido indicó que mantuvo una relación sentimental con la agraviada y mantuvieron relaciones sexuales con el consentimiento de la menor; que, en consecuencia, se colige que las relaciones sexuales que mantuvieron la agraviada y el acusado fueron consentidas, y que conforme a la partida de nacimiento de fojas uno, la agraviada al momento de sostener los actos sexuales contaba con más de catorce

11..

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2521-2012

APURIMAC

-3-

//.. años de edad. **Cuarto:** Que el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nuevo tipo penal la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años, penalizando de esta manera incluso la relación sexual sostenida con un menor de esas características que haya prestado su consentimiento para ello; de acuerdo a éste dispositivo el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años; que, el artículo veinte, inciso diez del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien; que debe analizarse si la libertad sexual o en su caso la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien; al respecto, se debe entender como libertad sexual la facultad legalmente reconocida que tiene una persona para disponer de su cuerpo y de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de un menor cuando no está en capacidad legal de disponer de su cuerpo o su sexualidad; que el Código Civil en sus artículos cuarenta y cuatro, cuarenta y seis y doscientos cuarenta y uno determina que es incapaz relativo el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, y que el mismo puede contraer matrimonio, lo que implica obviamente que puede disponer de su

//..

SALA PENAL TRANSITORIA**R.N. No. 2521-2012****APURIMAC****-4-**

//.. sexualidad y de su cuerpo; debe señalarse que existen otras normas que se refieren al tema, así tenemos que el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal, que describe el tipo penal de la seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con un menor de edad mayor de catorce años, viciando su voluntad por medio del engaño, lo que trae como inevitable conclusión que, según este artículo, el referido menor si tiene libertad para disponer de su cuerpo y su sexualidad, pero que dicha libertad ha sido afectada al obtener su consentimiento mediante un medio ilícito (engaño); que, por otro, lado el artículo ciento setenta y seis A del mismo Código, solamente sanciona los tocamientos impúdicos a menores de catorce años, comprendiéndose los realizados a los mayores de esa edad en los alcances del artículo ciento setenta y seis que tiene como elemento de tipo la violencia o amenaza, lo que hace concluir, contrario sensu, que los mayores de catorce años si pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos indebidos o libidinosos, evidentemente ejerciendo su libertad de disposición de su sexualidad; que, como se ha señalado existe contradicción entre las disposiciones del Código Civil con las del Código Penal, por lo que debe aplicarse la Ley más favorable al reo en atención a lo dispuesto por el artículo ciento treinta y nueve, inciso once de la Constitución, así como lo plasmado en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis. **Quinto:** Que, estando a lo expuesto, el consentimiento de la agraviada resultó válido, pues mantuvo relaciones sexuales con su libre voluntad; que, por tanto, la conducta del acusado Izquierdo Fernández no resulta reprochable, ello en aplicación del eximente de responsabilidad que prevé el inciso

//..

SALA PENAL TRANSITORIA**R.N. No. 2521-2012****APURIMAC****-5-**

//..

diez del artículo veinte del Código Penal, pues en autos ha quedado probado el consentimiento del titular del bien jurídico afectado; por lo que lo resuelto se encuentra arreglado a derecho. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas trescientos setenta y siete, del seis de julio de dos mil doce, que absuelve a Elecer Izquierdo Fernández de los cargos formulados en la acusación fiscal por delito de violación sexual -violación de menor de dieciocho años- en perjuicio de la agraviada de iniciales P.E.S.O.; con lo demás que contiene y los devolvieron.-

S.S.**LECAROS CORNEJO**

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

JLC/mrr.**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

DINY YURIANIENA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

10 DIC. 2012