

Error de tipo vencible

En su actuar existió un error de tipo sobre uno de los elementos descriptivos del delito de violación sexual de menor de catorce años de edad, el cual fue vencible porque si el encausado José Luis Diestra Blas hubiese actuado con las previsiones del caso, se habría dado cuenta del error en que incurrió lo cual eliminaría el dolo, pero no la culpa; sin embargo, el Código Penal no contempla el tipo culposos de violación sexual de menor de catorce años de edad; por consiguiente, el procesado queda exento de responsabilidad penal.

Lima, siete de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por el representante del **Ministerio Público**, contra la sentencia del dieciocho de mayo de dos mil dieciocho (foja 282), que absolvió a **José Luis Diestra Blas**, de la acusación fiscal por el delito contra la libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales I. K. F. O. (13).

Intervino como ponente la señora jueza suprema Chávez Mella.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El representante del Ministerio Público, en el recurso de nulidad (foja 302), cuestiona la absolución del encausado y sostiene que:

1.1. Los fundamentos de la sentencia constituyen inferencias subjetivas que no enervan la persistencia, coherencia y verosimilitud de la incriminación de la agraviada, quien refirió –a nivel preliminar y de juicio

oral– que mantuvo relaciones sexuales con el encausado y que él tenía cabal conocimiento de su edad (trece años).

- 1.2. La incriminación de la agraviada se encuentra respaldada con el protocolo de pericia psicológica y el informe de ecografía obstétrica.
- 1.3. El relato incriminador cumple con las garantías de certeza señaladas en el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116; no se configura duda a su favor.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. De la acusación fiscal (foja 116) y la requisitoria oral (foja 271) se desprende que el procesado José Luis Diestra Blas mantuvo una relación sentimental con la menor de iniciales I. K. F. O. cuando ella contaba con trece años de edad; en el transcurso de esta relación, pese a que el agente conocía su edad, mantuvieron relaciones sexuales aproximadamente en diez ocasiones, desde noviembre de dos mil doce hasta mediados del dos mil trece, producto de lo cual la menor quedó embarazada.

§ III. Fundamentos del Supremo Tribunal

Tercero. La pretensión deducida por el acusador es acreditar la culpabilidad del procesado José Luis Diestra Blas como autor en el ilícito de violación sexual de menor de edad. Sin embargo, dicha pretensión deberá regirse por los baremos procesales de rango constitucional; con la finalidad de cumplir dicho propósito será preciso superar la barrera de la presunción de inocencia.

Cuarto. En el caso concreto, se advierte que el representante del Ministerio Público no incorporó agravios más allá que su postura en contra del razonamiento jurídico de la Sala Superior, esto es, respecto

de la configuración del error de tipo vencible. Por lo que, de conformidad con el principio de congruencia procesal, esta Sala Suprema analizará si cabe o no la posibilidad de que el acusado se encontrara en un error de tipo vencible. Es menester remitirse a los señalamientos de la Sentencia de Casación número 742-2016/Ica, del treinta de julio de dos mil dieciocho –fundamento jurídico 3.2.–, esto es, los elementos que la Corte Suprema ha estimado convenientes para dilucidar la configuración de dicha institución jurídica, prevista en el artículo 14 del Código Penal. Estos son:

- a)** En el caso de la “prueba del conocimiento” exige analizar el contenido de las denominadas reglas de la experiencia y de forma más precisa, de aquellas que pueden denominarse “reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno”, que servirán para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos extremos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta.
- b)** El parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de amplio consenso social en torno a su vigencia.
- c)** A fin de verificar el error de tipo –vencible o invencible– se deberá tener en cuenta, según las reglas de la experiencia, que en el agente existió una falsa representación de la realidad *ex ante* a la conducta imputada. Esta situación se genera cuando el agente desconocía alguno de los elementos normativos y descriptivos que conforman el tipo penal como: la calidad del sujeto; de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas o medios de comisión de la acción, el objeto material, el resultado, la acción de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo, pudiendo el error recaer en cualquier elemento del tipo penal.

Quinto. En esa línea argumentativa, en el desarrollo de sus fundamentos, la Sala Superior, concluyó que el acusado incurrió en un error de tipo vencible, toda vez que, del análisis de la sindicación de la víctima, en

armonía con el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116 (que contempla los presupuestos que debe contener el relato incriminador de la agraviada para ser erigido a la categoría de prueba: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación), se estableció que, inicialmente, la menor indicó, en sede policial (foja 28), que un año antes de la fecha de su declaración (dos mil trece) conoció al procesado mediante Facebook. Cuando se hicieron enamorados, la menor acudió al taller de mecánica de propiedad del padre del agente, donde le indicó que no podían tener relaciones sexuales porque era menor de edad; sin embargo, en noviembre de ese año, volvió al taller y se consumó la relación sexual en una cama que había en el establecimiento. En esa oportunidad, el procesado le dijo que no cuente a nadie lo sucedido. Posteriormente, la menor acudió con frecuencia al taller de mecánica y se cuidaba con las pastillas del día siguiente que compraba con dinero que el incoado le daba para ese fin. Las relaciones sexuales se prolongaron hasta marzo de dos mil trece, cuando la menor, asustada porque no menstruaba, se lo comentó al catequista, y él lo comunicó a la psicóloga, quien le recomendó hacerse una prueba de embarazo. Atendiendo al consejo, la menor y el procesado compraron la prueba; el resultado fue positivo. Al enterarse, la psicóloga comunicó la situación a los padres de la menor, pero ante la incredulidad de su padre, fue llevada a practicarse una ecografía. Su tío Reynaldo Oropeza se enteró de la situación e indicó que si no denunciaban al procesado Diestra Blas él lo haría. Concurrieron al taller del padre del procesado para entrevistarse con él. Ese mismo día, el padre de la menor interpuso la denuncia en contra del acusado. La menor también indicó que en un primer momento le mintió al acusado sobre su edad –le dijo que tenía quince años–, pero antes de mantener relaciones sexuales le dijo su edad –trece años–. Agrega que fue su único enamorado y que no sufrió

violencia ni estuvo en estado de inconciencia las veces que mantuvo relaciones sexuales.

Luego, en su declaración plenarial (foja 243), la menor ratificó su dicho inicial en el sentido de que reconoció haber tenido una relación sentimental con el procesado a los doce años, lo que conllevó que mantuviera relaciones sexuales y originó su estado de gravidez. Sostuvo que su altura era de 1.50 metros y que era menor que el acusado. Diestra Blas le indicó que tenía diecinueve años de edad; al momento de conocerlo por Facebook, la menor mintió y le dijo que tenía quince años de edad (dato que también se evidenciaba en aquella red social, foja 246). Luego de un mes de conocerse, el procesado iba a buscar a la agraviada a su colegio, acompañado por sus amigos "emos y vestido con cadenas"; el director del centro educativo no avalaba dicha situación por problemas con las madres de familia. Así, la madre de la agraviada se enteró de que su menor hija estaba en compañía de un hombre mayor por comentarios de sus vecinos; por ello increpó al procesado y le dijo que su hija tenía doce años de edad. La menor se retiró del lugar y, a las horas, llamó al procesado para preguntarle si le habían hecho algún daño, a lo que él respondió que para el amor no hay edad. En esa época no habían tenido relaciones sexuales. Asimismo, la agraviada refiere que tomaba pastillas denominadas "del día siguiente", con la finalidad de no quedar embarazada; acudía a la farmacia y solicitaba el producto en compañía del procesado, quien le financiaba la compra de dichos fármacos y la esperaba fuera del establecimiento con agua. Agregó que en ese entonces aparentaba tener quince años de edad, pues era gruesa, ancha y tenía senos de tamaño normal. Cuando el procesado se enteró del estado de gestación de la menor, se distanciaron y dejó de frecuentarla.

De las declaraciones de la menor al momento de los hechos (noviembre de dos mil doce) y de la copia de su documento de identidad (foja 4) se desprende que la menor contaba con trece años y dos meses de edad, elemento objetivo requerido para la configuración del tipo penal (artículo 173, inciso 2, del Código Penal). Aunado a ello, sostuvo que en esos años no aparentaba su verdadera edad porque su contextura corporal era gruesa y que, al conocerse, engañó al procesado y le dijo que tenía quince años; también dijo que, en la actualidad, el procesado estaba denunciado por incumplimiento de pensión alimentaria.

5.1. Deben tenerse en cuenta las manifestaciones de descargo del acusado José Luis Diestra Blas, otorgadas durante el proceso (fojas 25, 83 y 181). Desde el inicio de la investigación alegó su inocencia y adujo que sí mantuvo relaciones sexuales con la menor en distintas oportunidades y con su pleno consentimiento, ya que mantenían una relación sentimental, incluso le entregaba dinero para que compre la pastilla del día siguiente con la finalidad de que no quede embarazada; sin embargo, adujo que al preguntarle su edad la menor le indicó que tenía dieciséis años y que recién tomó conocimiento de su verdadera edad (trece años) cuando, en la comisaría de Sol de Oro (Los Olivos), se enteró de que la menor se encontraba gestando y que la menor cursaba el cuarto año de secundaria. Según el encausado, la agraviada aparentaba ser una chica de entre dieciséis y diecisiete años, ya que tenía caderas anchas, medía aproximadamente 1.55, era muy habladora y se expresaba bien (aspectos que coinciden con la declaración de la menor en cuanto a la percepción física que mostraba). Agregó, que la familia de la agraviada aceptó la convivencia entre los dos y que se hará responsable de su hija (versión en etapa

preliminar); sin embargo, al brindar su declaración instructiva, indicó que no iba a vivir con la menor (a quien llama “enamorada”), pues aún quería estudiar y vivir con sus padres, quienes ayudarán con el cuidado de su hija; pese a ello, la apoyará en todo y más adelante vivirán juntos. En juicio oral, el procesado ratificó su dicho en cuanto a que conoció a la menor por medio de Facebook, debido a su vínculo con un grupo de cultura suburbana notorio entre los jóvenes denominado “emo”, movimiento al cual pertenecían y, al coincidir en gustos, se llegaron a contactar. Sostuvo que, en aquellos tiempos, la menor era más baja que él, pero de contextura gruesa; así, especificó que cuando él pesaba aproximadamente 50 kilos, ella, 60 kilos. Niega haber tenido conocimiento de la verdadera edad de la agraviada antes de mantener relaciones sexuales, pues se enteró cuando el padre de la afectada interpuso la denuncia. Desde aquel entonces, se hizo cargo de su hija de cuatro años y pasó pensión de alimentos, pese a que no existe mandato judicial.

Entonces, de lo relatado por el procesado, se desprende que mantiene su dicho en cuanto a que conoció la edad de la menor recién al momento de ser denunciado; además, que la madre de la agraviada no le indicó la edad de la agraviada, tal como ella refiere en su declaración, incluso indica que sí aporta con la pensión alimenticia de su menor hija, incluso sin mandato judicial.

- 5.2.** Por otro lado, se advierte del documento médico denominado Ecografía Obstétrica, emitido por el centro médico Consorcio Médico (foja 7), del dieciocho de junio de dos mil trece, que se consigna que la menor –a la edad de 13 años– tuvo una gestación temprana de cuatro semanas cero días, lo que evidencia su

estado de gravidez. Aspecto que configura la materialidad del delito incriminado.

5.3. Asimismo, se advierte de la declaración del testigo Jesús Manuel Figueroa Collazos (padre de la agraviada), tanto a nivel instruccional como plenarial (fojas 87 y 197), que él y la madre de la menor no tenían conocimiento de que su menor hija tenía enamorado, aunque sus vecinos le indicaban que tuviera cuidado con su hija ya que el procesado la frecuentaba; además, como punto importante, sostiene que la menor aparentaba ser de más edad, pues: “Era desarrollada, parecía que tenía más edad, aparentaba dieciséis años, media un metro cincuenta y cinco, su cuerpo era de contextura gruesita, tenía caderas de señorita”; posteriormente, sostuvo que cuando salió embarazada recién le contó a su madre, quien se lo contó a él. Afirmó que su menor hija se vestía como una integrante del movimiento suburbano “emo” (se vestía y se pintaba de negro). También dijo que la madre de la menor no tenía conocimiento de la relación sentimental con el acusado, se enteró cuando la menor salió embarazada. Dato importante: indicó que su hija le comentó que engañó al procesado con respecto a su edad, y que le dijo que tenía dieciséis o diecisiete años. Empero, en cierta parte de su relato ante el Colegiado Superior, hubo contradicciones, por cuanto, al preguntársele sobre la apariencia física de la menor al momento de los hechos, manifestó que aparentaba ser una niña, negando su primigenia declaración; sin embargo, al proseguir con el interrogatorio, el testigo indicó que su hija era de contextura gruesa; al pedírsele que explique realmente la verdadera apariencia de la menor, persistió en contextura delgada de cuarenta kilos; en ese sentido, en cuanto a que la menor utilizaba maquillaje, indicó que no, pero indicó que la menor pertenecía al

grupo urbano (emo) cuyos integrantes se visten y pintan de negro. Finalmente, negó que el procesado apoye económicamente a su nieta.

- 5.4.** Aunado a ello, se tiene el Protocolo de Pericia Psicológica número 023883-2013-PSC (foja 54), que concluye que la menor se presenta emocionalmente estable, no se aprecian indicadores de afectación compatible al motivo de la denuncia, es decir, no presenta experiencia negativa de índole sexual.
- 5.5.** De lo expuesto, se tiene certeza de la materialización del ilícito y que el procesado se halla vinculado al delito, por lo que debe corroborarse si el sujeto activo tuvo conocimiento o actuó bajo un error de tipo (sobre la verdadera edad de la agraviada). En ese orden de ideas, considerando los requisitos, consignados en el considerando cuarto de la presente ejecutoria suprema, se procederá a analizar este aspecto.

Sexto. Del análisis de las declaraciones, emana un supuesto que resultaría de suma relevancia para la aplicación correcta del “error de tipo”, estipulado en el artículo 14 del Código Penal. Si bien es cierto, que para la imputación de un injusto penal no basta la sola infracción objetiva de la norma, sino que se requiere, además, atribuir el conocimiento suficiente de tal defraudación al autor¹; el dolo requiere que el sujeto activo sea consciente de la significación antijurídica de la acción y de su resultado. Así, tanto el error de tipo vencible como el invencible excluyen el dolo; sin embargo, solo el error vencible acarrea responsabilidad y la infracción será sancionada como culposa, siempre que exista un equivalente del tipo penal imprudente. Existirá error de tipo

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. Lima 2008, página 423.

vencible, cuando el agente pudo superar el error en el que se encontraba y así evitar el resultado, observando el cuidado debido que le era exigible, según las circunstancias de cada caso; será sancionado en tanto exista un tipo penal que contemple la realización imprudente de su conducta. Por otra parte, se configurará el error de tipo *invencible*, luego de que el agente, habiendo observado el cuidado debido, no pueda salir del error en el que se encontraba, originando el resultado. La conducta será atípica, pues el sujeto actuó de manera diligente, descartándose la imputación dolosa así como la imprudente. Ello, según el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva.

Séptimo. De este modo, en el presente caso, para justificar la conclusión de que el imputado José Luis Diestra Blas desconocía la edad de la agraviada, se valoró las declaraciones de la víctima y las versiones que sitúan sus aspectos circunstanciales, es decir, el supuesto juicio de alimentos que la agraviada inició contra el procesado (foja 243); las circunstancias en que tomaron conocimiento del hecho los padres de la menor y si es que le indicaron la verdadera edad al procesado.

En ese sentido, se advierte que el sujeto activo mantuvo una relación sentimental, pero nublado sobre el conocimiento de la verdadera edad de la agraviada, quien aparentaba tener más de catorce años de edad (según las declaraciones de la agraviada y el procesado) e, incluso, de la declaración del padre de la menor, Jesús Manuel Figueroa Collazos, quien declaró, en sede instructiva, que su hija, cuando ocurrieron los hechos: “Era desarrollada, parecía que tenía más edad, aparentaba dieciséis años, media un metro cincuenta y cinco, su cuerpo era de contextura gruesita, tenía caderas de señorita”. A lo que se aúna que la menor agraviada engañó al procesado sobre su verdadera edad y que al momento de conocerse mediante una red social (Facebook) dejó entrever al procesado un

ánimo de interés de amistad (foja 243), y le indicó ser mayor de catorce años (como se advierte de las declaraciones tanto de la menor como del procesado y del testigo Jesús Figueroa); relato fáctico que se construye lógicamente.

En suma, debe tenerse en cuenta que, en sede de juicio oral, la agraviada detalla que el procesado no se hizo cargo de ningún gasto durante el embarazo ni después de este; sin embargo, de la revisión de los actuados se observan abundantes comprobantes de pago (fojas 204 a 236) que fueron incorporados al contradictorio (foja 201), así como fotografías tomadas desde el celular del acusado Diestra Blas, que lo muestran con su menor hija, al igual que con la agraviada cuando estuvo hospitalizada (fojas 202 y 203); es menester indicar que de la revisión de los actuados se advierte que, en juicio oral, del once de abril de dos mil dieciocho (foja 201), el procesado sostuvo lo siguiente: "Como no había cuenta en el banco le daba en la mano 300 a 200 [soles], tengo voucher que hice un giro antes de octubre, soy sincero que desde octubre no le he pasado nada porque ellos me han denunciado, indicando que yo no doy nada, que nunca he dado nada, pero yo sí he dado, desde octubre he dejado de dar por ese motivo". Ante ello, esta Sala Suprema advierte animadversión contra al acusado, tanto por parte de la agraviada como por su padre, ya que indican que el procesado no se hizo cargo de ningún costo durante el embarazo ni después de este, lo que no se condice con la realidad, ni mucho menos se aprecia documento alguno que acredite la demanda de alimentos impulsada por la agraviada contra el acusado, de ahí que el cambio de versión del testigo Jesús Manuel Figueroa Collazos, en cuanto a la verdadera apariencia física de la menor agraviada, por máximas de la experiencia, es cuestionable. En ese orden de ideas, es posible que el procesado haya distorsionado la verdadera edad de la menor, quien por su contextura gruesa: "gruesa era" (fojas 182 y 200) así como su talla: 1.55, aproximadamente (según declaración 87), aparentaba ser mayor, en

contraste con el peso más bien exiguo y la talla del acusado: 1.63 (foja 8); por lo que, pese a que se llegó a enterar de la edad de la agraviada, sintió el engaño inicial como verdadero. Así también se refleja de la declaración del padre de la menor agraviada, quien sostuvo que aparentaba una mayor edad físicamente. Es menester advertir la conducta desplegada por la agraviada, quien compraba la píldora de emergencia con facilidad (pese a que su venta es exclusiva para mayores de edad); como es lógico, en ese instante no podría advertir la minoría de la agraviada, por la apariencia física que tenía. Inclusive, por el principio de inmediación, el Colegiado observó que la agraviada tiene contextura gruesa, más propia de una mujer que de una menor de su edad (véase segundo considerando del V fundamento de la sentencia impugnada). Por otro lado, la versión de la menor agraviada referente a que su madre tuvo conocimiento y que luego le increpó la verdadera edad a modo de advertencia, no se encuentra sustentada en forma alguna, pues del análisis de la declaración realizada por Jesús Manuel Figueroa Collazos, padre de la menor, en los distintos estadios procesales, se tiene que negó que su conviviente haya tenido conocimiento del amorío con el procesado, más aún de la versión inicial, que fue espontánea y voluntaria, del acusado Diestra Blas, quien en presencia del representante del Ministerio Público, indicó que ni su familia ni la familia de ella tenían conocimiento del romance entre los dos. Por lo que, considerando la aseveración persistente del acusado y las demás pruebas recabadas durante el proceso, se concluye que el acusado José Luis Diestra Blas no tuvo certeza de la edad de la agraviada y que, a raíz del embarazo y posterior denuncia, es que tomó conocimiento de este dato. Existe un extracto de la declaración de la madre en el Certificado de Pericia Psicológica número 022158-2013-PSC (foja 37), en el ítem "A. Relato", en el cual la madre habría declarado sobre una

advertencia de la minoría de edad de la agraviada; sin embargo, no se aprecia la concurrencia de dicha testigo para corroborar aquella supuesta versión, más aún debe tenerse en cuenta que los documentos periciales no tienen entidad probatoria plena para fundar condena, sino que se trata de observaciones científicas que, en contraste con las demás pruebas periféricas, podrán crear criterio en el juzgador; realizar una estimación aislada vulneraría el sistema de valoración probatoria de la sana crítica.

Octavo. En consecuencia, esta Sala Suprema estima que el procesado actuó bajo un error de tipo que recayó sobre uno de los elementos descriptivos del delito de violación sexual de menor de catorce años de edad, es decir, el conocimiento sobre la verdadera edad de la agraviada. Así, el error es de naturaleza vencible, por cuanto el encausado José Luis Diestra Blas, actuando con las previsiones del caso, se habría dado cuenta del error en que incurría, por lo que se elimina el dolo, pero subsiste la culpa; por consiguiente, queda exento de responsabilidad penal, debido a que el Código Penal no contempla el tipo culposos de violación sexual de menor de catorce años de edad.

8.1 En términos generales, la vencibilidad del error es un juicio hipotético, en el que lo decisivo no es estrictamente la posibilidad fáctica de evitar el error, sino el deber de evitarlo². Del tenor de lo afirmado por la agraviada y el procesado trasciende que la relación amorosa se estableció en el mes de noviembre de dos mil doce y se prolongó hasta junio de dos mil trece (embarazo), es decir, siete meses (foja 28), en que tuvieron varias relaciones sexuales. Eso resulta suficiente para estimar, en clave de razonabilidad, que el

² Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal. Recurso de Casación número 834/2015, del nueve de diciembre de dos mil quince, fundamento jurídico cuarto.

encausado tuvo un escenario propicio para inquirir a la menor sobre su verdadera edad o al menos, realizar los actos de averiguación necesarios, más aún si vivían relativamente cerca y pertenecían a un mismo grupo cultural suburbano. De lo que se colige, no se encontraba absolutamente impedido de hacerlo.

Noveno. En consecuencia, el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público y los motivos que lo componen, son desestimados íntegramente. La sentencia absolutoria será confirmada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia del dieciocho de mayo de dos mil dieciocho (fojas 282), que absolvió a **José Luis Diestra Blas**, de la acusación fiscal como autor del delito contra la libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales I. K. F. O. (13); con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 1669-2018
LIMA NORTE**

CHÁVEZ MELLA

ChM/jj