



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 608-2018
LIMA SUR**

NO EXISTE CONSENTIMIENTO EN MENORES DE CATORCE AÑOS. LA PENA IMPUESTA NO FUE PROPORCIONAL

Sumilla. Sobre el hecho imputado, ocurrido el diecinueve de marzo de dos mil catorce, acredita la materialidad del delito incriminado hacia el procesado y su participación en los hechos, en agravio de una menor de catorce años.

Es cierto lo que reclama el representante del Ministerio Público, pues a pesar de las circunstancias antes descritas, la pena fijada en la sentencia recurrida no resulta legal, ni proporcional a la afectación del bien jurídico protegido.

Lima, veintinueve de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS: los recursos de nulidad

interpuestos por la defensa técnica del procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS (folio doscientos setenta) y la Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria de Lima Sur (folio doscientos setenta y siete), contra la sentencia del seis de febrero de dos mil dieciocho (folio doscientos cincuenta y tres), que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor con clave veintiuno-dos mil catorce, a cinco años de pena privativa de la libertad.

Intervino como ponente el señor juez supremo **CASTAÑEDA ESPINOZA**

CONSIDERANDO

§. FUNDAMENTACIÓN DE LOS AGRAVIOS

PRIMERO. La defensa técnica del encausado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS fundamentó el recurso de nulidad (folio doscientos setenta), al instar la absolución de su defendido. Señaló que:

- 1.1.** Se alegó el error de tipo invencible respecto al conocimiento que tenía su defendido sobre la edad de la menor al momento del acto sexual, pues esta le indicó que tenía quince años, no existiendo prueba que acredite habersele manifestado que tenía trece años de edad.

- 
- 
- 1.2. La versión que diera la menor en Cámara Gesell fue con influencia de su progenitor.
 - 1.3. Los testimonios de los padres y de la prima de la menor repiten lo señalado por esta, donde se corroboró solo la existencia de relaciones sexuales.
 - 1.4. El consentimiento del acto sexual que tuvo su patrocinado con la menor se acredita con la conclusión pericial de su examen psicológico, el cual detalla que no presenta signo de estresor sexual.
 - 1.5. La inconsistencia en las declaraciones de su defendido obedece al inadecuado asesoramiento legal que tuvo durante el proceso.

SEGUNDO. La Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria de Lima Sur fundamentó el recurso de nulidad (folio doscientos setenta y siete), al instar se incremente la pena impuesta de cinco a veinte años de sanción. Indicó que:

- 2.1. Si bien el condenado es agente primario por no registrar antecedentes penales, como tener carencias sociales y por provenir de un hogar con escasos recursos, sin embargo, ello es viable para cuantificar la sanción dentro del tercio inferior -treinta a treinta y uno años con ocho meses- conforme al artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal.
- 2.2. Se disminuyó en demasía la sanción por la existencia de responsabilidad restringida por la edad, pues aun concurra ello, la reducción proporcional debe ser de veinte años de sanción.



§. IMPUTACIÓN FÁCTICA

TERCERO. Conforme se desprende de la acusación fiscal (folio ciento treinta y cuatro) y la requisitoria oral expuesta en los debates orales (folio doscientos treinta y dos/vuelta, Acta de Sesión número decimosegunda) se le imputó al procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS, haber

35

mantenido relaciones sexuales con la menor perjudicada de Clave cero veintiuno-dos mil catorce, quien tenía trece años de edad; hecho acontecido en circunstancias que el día diecinueve de marzo de dos mil catorce a las siete horas con cuarenta minutos invitó a la menor a salir del colegio para verse, le propuso que acuda a su casa para preparar una torta, pero cuando llegaron escucharon música. Es allí que el imputado le enseñó recetas cocina, se comenzaron a besar y se dirigieron a su habitación donde mantuvieron relaciones sexuales. Si bien la pericia psicológica de la menor concluye que no presenta indicadores de estresor sexual, sí tiene un déficit de control en la conducta sugiriéndose una orientación sicosexual, concurriendo los testimonios de ambos padres -Daniel Cóndor Janampa y Charita Cuellar Guerra- y de la prima -Janet Cuellar de la Cruz- de la menor que corroboraron la existencia de relaciones sexuales que la víctima les refirió, apareciendo su acta de nacimiento que acredita su edad de trece años cuando aconteció el acto sexual denunciado.

§. ARGUMENTOS DE LA CONDENA IMPUGNADA

CUARTO. En la sentencia condenatoria recurrida, se aseveró que la sindicación de la menor perjudicada se acreditó con los testimonios de ambos padres -Daniel Cóndor Janampa y Charita Cuellar Guerra- y de la prima -Janet Cuellar de la Cruz-; dado que el examen pericial que se le practicara determinó que fue un solo acto sexual acontecido, y su minoría de trece años se acreditó con el acta de nacimiento. Se afirmó que existe contradicciones en la versión del procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS, pues inicialmente aceptó el acceso carnal con la menor y luego rechazó tal acto, siendo que su defensa, en los alegatos, reafirmó lo dicho inicialmente por su patrocinado, al alegar la concurrencia de un error de tipo; aspecto inviable al caso, pues en su entrevista en Cámara Gesell indicó que el imputado sabía que tenía trece años de edad.

§. CRITERIOS LEGALES RESPECTO A LA INDEMNIDAD SEXUAL

Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis

QUINTO. Sostiene entre otros, que "[...] la norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege [...] la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-"¹.

También sostuvo que "[...] En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad"².

§. ANÁLISIS DEL CASO

SEXTO. De la revisión integral de los actuados se apreció que el delito de violación, acontecido el diecinueve de marzo de dos mil catorce, entre la menor con Clave veintiuno-dos mil catorce y el procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS, está plenamente probado, por la propia versión que ambos dieran, por un lado, por la menor agraviada en el acta de entrevista única (folio treinta y cuatro) que señala le dijo si podían tener relaciones comenzó a acercarse hacia ella para llegar a la cama, llegó a bajarle el short, quitarle el pantalón para consumar el acto sexual, sindicando al procesado como autor de los hechos, lo que se encuentra corroborado con el Certificado Médico Legal número cero cero mil cuatrocientos cincuenta y ocho-LS (folio cuarenta y cinco), que diagnostica como conclusión "himen complaciente" señalado ser un "himen de bordes irregulares, elástico, que deja aperturar orificio vaginal

¹ Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. Fundamento doce.

² Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. Fundamento dieciséis.



amplio a la tracción de labios mayores"; que si bien no concurre desgarramiento himeneal, el propio contexto anatómico, en la zona vaginal de la menor, determina la imposibilidad de acreditar un contacto sexual coetáneo al hecho denunciado, aspecto que no desvincula al procesado con la autoría de los hechos, pues los mismos deben ser analizados mediante otros medios de prueba complementarios, como la evaluación psicológica número cero cero siete mil ochocientos setenta y ocho-dos mil catorce-PSC practicado a la menor (folio siete), que concluye no señala indicadores psicológicos asociados a estresor sexual, pero si, requiere de una orientación sicosexual; y, de otro lado, por su manifestación policial del procesado con presencia fiscal y su abogado defensor (folio veintiséis); donde reconoció haber tenido contacto sexual con la perjudicada, empero, que si bien lo negara al rendir su declaración instructiva (folio noventa y tres) y en su interrogatorio en el acto oral (folio ciento ochenta y nueve), responde al derecho y a la libertad que posee el procesado de declarar frente a un acto criminoso; por lo mismo, el contexto declarativo e inmediato a los hechos que diera, en su versión inicial, mantiene su valor, como lo expuesto en los agravios objeto del examen recursal, revelan que aquel imputado -veinte años, según su ficha de RENIEC de folio cuarenta y seis- tuvo contacto sexual con la menor perjudicada -trece años, según su acta de nacimiento de folio tres- a la fecha antes citada -diecinueve de marzo de dos mil catorce-; sin embargo, no existe evidencia, más que el dicho del procesado en sede preliminar, de que habría sostenido relaciones sexuales consentidas en dos oportunidades con la menor -la segunda vez en el mes de mayo de dos mil catorce, aproximadamente-, último hecho que la menor no lo explicó con detalle en su entrevista que diera en el acta de entrevista única ante la Cámara Gesell.

SÉTIMO. Por consiguiente, sobre el hecho imputado, ocurrido el diecinueve de marzo de dos mil catorce, acredita la materialidad del

delito incriminado hacia el procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS, y su participación en los hechos, en agravio de una menor de catorce años a la fecha de los hechos, conforme está probado en la partida de nacimiento (folio tres) otorgado por la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo, desacredita todo alegato exculpatorio de un posible consentimiento en el acto sexual, conforme lo señala el Acuerdo Plenario número uno-dos mil once/CJ-ciento dieciséis -fundamentos doce y dieciséis-; tanto más, si en el acta de entrevista única en la Cámara Gesell la menor fue clara en manifestar su rechazo en sostener las relaciones sexuales sobre el ofrecimiento inicial del imputado en realizar tal acción³, a sabiendas que tanto legal y socialmente está prohibido mantener relaciones sexuales con un menor de catorce años de edad.

§. SOBRE LOS AGRAVIOS DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO

OCTAVO. En los agravios expuestos por la defensa del procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS, se aprecia que:

- 8.1.** La alegación de un error de tipo invencible sobre un desconocimiento de la edad de la menor al momento del acto sexual -trece años de edad-; carece de asidero alguno, al ser incompresible que dicho imputado desconozca la edad real de la menor, pues en su manifestación policial con presencia fiscal y de su abogado defensor (folio veintiséis), alegó que la conocía desde hacía tres años, además de frecuentar a su colegio, lugar donde el día de los hechos pactó un encuentro para conducirla a su domicilio; descartándose en el acta de entrevista única ante la Cámara Gesell, donde la menor señaló que le dijo al procesado que tenía la edad de trece años⁴; elementos que descartan una

³ Acta de entrevista en Cámara Gesell de folios 34/43 "[...] ADOLESCENTE REFIERE [...] luego me preguntó que si podíamos tener relaciones. LICENCIADA y tú ¿qué le dijiste? ADOLESCENTE REFIERE le dije que no me dijo por qué y le dije que no y comenzó acercarse más y más y llegamos a su cama [...] ADOLESCENTE REFIERE [...] le dije que no pero como estaba ahí en su cama [...] LICENCIADA pero le vuelvo a preguntar las relaciones fueron con tu consentimiento. ADOLESCENTE REFIERE No [...]"

⁴ Acta de entrevista en Cámara Gesell de folios 34/43 "[...] LICENCIADA ¿cuántos años le dijiste que tenías tú? ADOLESCENTE REFIERE le dije que tenía trece años [...]"

apreciación errónea suya sobre la edad de la menor y, por tanto, deshabilitan eliminar el dolo en su conducta que permita excluir su responsabilidad penal⁵.

8.2. No es verificable el reclamo referido que la versión de la menor –en Cámara Gesell– fue con influencia de su progenitor, pues constituye solo una discrepancia sobre dicha versión; siendo que los testimonios de los padres y de la prima de la agraviada, sobre la existencia de relaciones sexuales, el consentimiento en la menor y que su pericia psicológica (folio siete), señale “[...] no indicadores psicológicos asociados a estresor sexual [...]”; carecen de discusión probatoria alguna, pues el suceso fáctico de que el procesado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS haya sostenido el acto sexual con la menor perjudicada –trece años de edad–, resulta suficiente para perfeccionar el delito incriminado.

8.3. No puede asumirse que un mal asesoramiento legal del imputado constituya un factor para que haya tenido inconsistencias en su versión; que por lo demás, tal supuesto atribuido no ha sido demostrado.

§. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

NOVENO. Esta Corte Suprema sostuvo que “[...] La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal [...] la misma que se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VI y VII del Título Preliminar del Código Penal),

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Tomo I. Lima: Ara Editores, 2012, p. 523. [Ejecutoria Suprema del 4-10-2004, RN N° 227-2204-LIMA] “El error de tipo surge cuando en la comisión del hecho se desconoce un elemento del tipo penal o una circunstancia que agrave la pena, si es invencible excluye la responsabilidad o agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista en la ley. Aludiéndose con el término “elemento” a los componentes de la tipicidad objetiva del tipo penal, referentes al autor, a acción el bien jurídico, causalidad, imputación objetiva y los elementos descriptivos y normativos. En ese sentido, el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo que excluye el dolo”.

bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de resoluciones judiciales"⁶.

9.1. Ello, frente a los agravios expuestos por el representante del Ministerio Público, se tiene que el delito de violación sexual de menor de edad, vigente a la fecha de los hechos –previsto en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal– prevé una pena abstracta que fluctúa entre treinta a treinta y cinco años de privación de la libertad.

9.2. En el caso, la Sala de Mérito, tuvo en cuenta la Casación número trescientos treinta y cinco-dos mil quince-Santa (doctrina jurisprudencial vinculante) para la graduación de la pena, que regula los siguientes supuestos: i) ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual; ii) proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años; iii) la afectación psicológica mínima de la víctima; iv) diferencia etarea entre el sujeto activo y pasivo. No obstante, el recurrente (fiscal superior) no cuestionó la aplicación de la citada Casación, sino el haber determinado una pena ínfima. Siendo ello así, este Supremo Tribunal en virtud del principio de congruencia recursal verificará si la pena impuesta al encausado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS resulta ser legal y proporcional al ilícito cometido y al daño ocasionado a la víctima.

9.3. Así, la pena debe respetar los ámbitos legales, referidos tanto a la configuración de la sanción básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genérica, sean agravantes y/o atenuantes– y la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado del injusto y el grado de culpabilidad–. Así, la

⁶ Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116, Asunto: Reincidencia, Habitualidad y Determinación de la Pena, fundamentos 6 y 7.

41

determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto⁷.

9.4. En el caso, estando al marco punitivo abstracto señalado en la norma penal, debe subrayarse en primer término, que el encausado JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS carece de antecedentes penales (folio ciento ochenta y tres), lo que constituye factor de atenuación genérico –artículo cuarenta y seis, numeral uno, literal a) del Código Penal–. A ello debe adicionarse que era un sujeto de responsabilidad restringida por la edad, pues a la fecha de los hechos contaba con veinte años de edad –ver ficha Reniec de folio cuarenta y seis–.

9.5. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte Suprema es pacífica al señalar que la colisión entre el principio de legalidad con el derecho a la igualdad se resuelve optando por garantizar el derecho a la igualdad; por ello resulta pertinente la aplicación del artículo veintidós del Código Penal⁸, de conformidad también a los alcances del Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil dieciséis/CJ-ciento dieciséis, resulta de aplicación, el artículo veintidós del Código Penal.

9.6. En ese contexto, es cierto lo que reclama el representante del Ministerio Público, pues a pesar de las circunstancias antes descritas, la pena fijada en la sentencia recurrida no resulta legal, ni proporcional a la afectación del bien jurídico protegido, por lo que los argumentos esgrimidos por la Fiscal Superior para aumentar la pena, se amparan por este Supremo Tribunal, determinándose una sanción punitiva, de diez años de pena privativa de libertad.

⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. En: Indret. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Enero, 2007, página 9.

⁸ Ver Ejecutoria RN N.º 2427-2011-LIMA, emitida el nueve de enero de dos mil doce, por la Sala Penal Transitoria; Casación N.º 335-2015-DEL SANTA emitida el uno de junio de dos mil dieciséis por la Sala Penal Permanente (doctrina jurisprudencial vinculante).

9.7. Ello, responde a que nuestro ordenamiento jurídico penal señala en su artículo IX del Título Preliminar, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. En ese sentido, nuestro código se inscribe en la línea de una teoría unificadora preventiva⁹, pues la pena sirve a los fines de prevención especial y general.

9.8. También lo ha precisado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número cero cero diecinueve-dos mil cinco-PI/TC¹⁰: "[...] las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática".

DÉCIMO. Finalmente, si bien ciertas actas de juicio oral, revelan observaciones formales en su tramitación, no es del menos cierto que las cuales no fueron cuestionadas por la defensa técnica en su oportunidad, siendo que luego de cada sesión fueran aprobadas sin mencionarse algún reclamo al respecto; existiendo que el principio de convalidación, por aplicación supletoria¹¹ del artículo ciento setenta y dos del Código Procesal Civil¹², habilita por considerar la revisión del asunto sustancial del caso, a fin de dilucidar con prontitud y celeridad el objeto del proceso penal que enfoca el presente caso controversial.

⁹ ROXIN, Derecho Penal-Parte General, T I, Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, página 95.

¹⁰ De veintiuno de julio de dos mil cinco.

¹¹ Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil. "PRIMERA. Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza".

¹² Artículo ciento setenta y dos del Código Procesal Civil. Principios de Convalidación, Subsanación o Integración "[...] Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado [...]"

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del seis de febrero de dos mil dieciocho (folio doscientos cincuenta y tres), que condenó a JULIÁN OSWALDO NÚÑEZ MONTESINOS como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor con clave veintiuno-dos mil catorce.
- II. **HABER NULIDAD** en la referida sentencia en el extremo de la pena impuesta de cinco años de pena privativa de la libertad y **REFORMÁNDOLA** le impusieron diez años de pena privativa de la libertad, la misma que computada desde la sentencia del seis de febrero de dos mil dieciocho (fecha en que fue internado, según folio doscientos sesenta y cinco) vencerá el cinco de febrero de dos mil veintiocho.

III. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene. Y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por licencia del señor juez supremo Lecaros Cornejo.

S. S.

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

PACHECO HUANCAS

BERMEJO RÍOS

CE/rcsj

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Day Yuraniega Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA