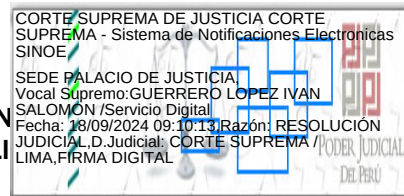




CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSACCIONAL RECURSO DE NULIDAD MADRE DE DIOS



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PRADO
SALDARRIAGA Victor Roberto
FAU 20159981216 soft
Fecha: 18/09/2024 14:35:42, Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: BROUSSET
SALAS RICARDO ALBERTO
/Servicio Digital
Fecha: 18/09/2024 15:46:36, Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CASTAÑEDA
OTSU SUSANA YNES /Servicio
Digital
Fecha: 18/09/2024 13:18:20, Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: ALVAREZ
TRUJILLO GUSTAVO /Servicio
Digital
Fecha: 18/09/2024 14:28:10, Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema CAMPOS OLIVERA
ROSARIO AURORA /Servicio
Digital
Fecha: 18/09/2024 16:41:39, Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

ERROR DE TIPO VENCIBLE QUE NO AMERITA REPRESIÓN PENAL

Una persona incurre en un error de tipo cuando, al desplegar su conducta social, ignora que está dando cumplimiento a uno o más elementos configuradores del tipo objetivo.

Se ha verificado a partir de los medios de prueba objetivos analizados en forma individual y conjunta, que se ha configurado un error de tipo vencible, pues si el recurrente hubiera actuado con la debida diligencia podría haber verificado que la agravada era una menor de catorce años.

Sin embargo, debido a que no existe sanción por una modalidad culposa o negligente de violación, no cabe represión penal alguna, por lo que corresponde revocar la condena y absolver al recurrente de la acusación fiscal.

Lima, dieciocho de septiembre de dos mil veinticuatro

VISTOS: los recursos de nulidad

interpuestos por **el representante del Ministerio Público y la defensa técnica de Henry Palomino Casternoque¹** contra la sentencia del veintidós de diciembre de dos mil veintidós (fojas 339-353), expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Mediante dicha resolución, se condenó al citado encausado como autor del delito violación sexual, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales N. T. Z. M. Como consecuencia, le impusieron seis años con ocho meses de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios de aquel

¹ Según la ficha Reniec de folio 237, él nació el 3 de mayo de 1979, por lo que, en la época de los hechos tenía 35 años de edad aproximadamente.

ordenamiento procesal². Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331), efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

2.1. HECHOS

Conforme al requerimiento acusatorio (fojas 87-88), se tiene que en la Comunidad de Shiringayoc, provincia de Tahuamanu, departamento de Madre de Dios, el **25 de octubre de 2003**, aproximadamente a las 117:00 horas, en circunstancias que la menor agraviada identificada con las iniciales N. T. Z. M. (13 años de edad), se dirigía a una tienda de abarrotes del lugar para comprar unos mandados de su progenitora; por acortar el camino decidió ir por un cruce, y al llegar sobre un viejo puente, fue tomada por sorpresa por la espalda por el encausado Palomino Casternoque. Este la tumbó al suelo, empezó a manosearla por diversas partes del cuerpo y trató de taparle la boca, para luego de forcejear por unos instantes, debido a la superioridad física del justiciable él logró arrastrarla fuera del camino hacia el monte, donde luego empleando violencia logró quitarle la prenda interior a la agraviada y la ultrajó sexualmente. Estos hechos execrables se suscitaron en dos oportunidades más, en fechas 16 y 27 de noviembre del mismo año, en el mismo lugar y modalidad.

2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Mediante el requerimiento acusatorio (fojas 87-88), este hecho fue subsumido en el delito de **violación sexual de menor**, previsto en el inciso 3 del primer párrafo y último párrafo del artículo 173 (bajo los alcances de la Ley 27507 del 13 de julio de 2001):

² Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

Artículo 173. Violación de menor de catorce años

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

[...]

3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

Sin embargo, cuando la Sala Superior emitió la sentencia cuestionada, estimó que los hechos no se subsumen a ese ilícito (tipo penal derivado cualificado), sino al de **violación sexual** (tipo base), regulado en el primer párrafo del artículo 170 del Código Penal (bajo los alcances de la Ley 26293). La descripción legal de este tipo penal es la siguiente:

Artículo 170. Violación sexual

El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

TERCERO. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

3.1. El representante del Ministerio Público, al fundamentar su recurso de nulidad (fojas 359-369), en el extremo de la desvinculación procesal y sanción penal, alegó principalmente lo siguiente:

- a)** La Sala Superior no cumplió con el procedimiento de la desvinculación procesal establecida en el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, además, los hechos acusados no se adecúan al tipo penal establecido por la Sala.
- b)** Esa indebida desvinculación ocasionó que al acusado se le imponga una pena privativa de libertad muy reducida, pese a que le correspondía más pena con base en el marco penal del artículo 173 del Código Penal.
- c)** No se valoró correctamente la declaración preliminar de la agraviada, en la que narró una versión inculpativa contra el encausado; además en esa oportunidad no refirió que le haya dicho a él que tenía más edad. Incluso existen documentales que demuestran que la agraviada tenía 13 años al momento de los hechos. A esto hay que sumarle que el procesado admitió en el juicio que sabía que ella estaba en quinto de primaria.

d) Se aplicó erróneamente la figura del error de tipo. Además, no se analizó debidamente la retractación de la agraviada, y no se tuvo en cuenta que la convivencia entre los dos no fue inmediata, sino años después.

3.2. La defensa técnica del encausado Palomino Casternoque, al fundamentar su recurso de nulidad (fojas 373-386), sostuvo esencialmente lo siguiente:

a) La Sala superior incurrió en una indebida valoración de las pruebas.

b) No se consideró la declaración de la agraviada realizada en el juicio oral, quien refirió que era enamorada del encausado y le mintió sobre su edad, pues le dijo que tenía 16 años.

c) Tampoco se valoró lo declarado por los padres de ella, quienes en el plenario han sostenido que presionaron a la agraviada para que sindique falsamente al encausado y que ella al momento de los hechos aparentaba tener una edad mayor a la real.

d) No se consideró que tiene una relación convivencial con la agraviada de casi 20 años, producto de ella tienen 3 menores hijos, lo cual fue reconocido por ella en el plenario; momento en que se encontraba embarazada de su cuarto hijo. Además, al momento de los hechos el recurrente desconocía la verdadera edad de la agraviada, puesto que creía que tenía más de 16 años porque su contextura física así lo evidenciaba.

e) Se aplicó de manera retroactiva el artículo 45-A del Código Penal –esquema operativo de tercios-, sin que se haya precisado de qué manera le favorecía a él en la determinación judicial de la pena; más bien esa aplicación le ha perjudicado. Además, no se tuvo en cuenta el interés superior del niño como causal de reducción de la pena.

CUARTO. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

4.1. Debemos precisar que la materialidad de las relaciones sexuales habidas entre las partes constituye un hecho incontrovertido, no solo por lo descrito en el Certificado Médico Legal G-287-02-04 (foja 10), sino también porque el procesado admitió que tuvo relaciones sexuales con la agraviada entre abril o mayo del 2003 aproximadamente, con el consentimiento de la propia agraviada y dentro de un contexto de una relación de enamorados (la agraviada también reconoció ello en el juicio, foja 268). Como tesis de defensa alegó que actuó bajo un error de tipo, ya que creía que la agraviada tenía 16 años de edad porque ella misma se lo dijo cuando la conoció; además, que él creyó en ello debido a su contextura física.

4.2. En ese sentido, en atención a la naturaleza de los agravios **corresponde analizar si estamos ante un error de tipo** (sea cualquiera de sus vertientes: vencible o invencible). Por tanto, la valoración de los medios probatorios estará limitada a ese contexto, y no al análisis de las garantías de certeza establecido en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, porque no existe una negación del acto sexual por parte del procesado, sino que la discusión es si este tuvo conocimiento de la verdadera edad de la menor en el periodo fáctico que describe la acusación (25 de octubre, 16 y 27 de noviembre de 2003); consecuentemente, si existen elementos objetivos que puedan haber condicionado que el encausado haya tenido la idea de que la agraviada sería por lo menos de catorce años o más.

QUINTO. EL ERROR DE TIPO

Sobre esta figura de derecho penal, veamos en forma puntual lo que se ha discernido en la doctrina y en la jurisprudencia:

5.1. En general se puede destacar que se considera como tal, al error, la ignorancia o desconocimiento real sobre uno o más elementos configuradores del tipo objetivo. Como sostiene Villavicencio:

Puede ser que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en la realidad (representación falsa). El error puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos, pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recae sobre los elementos normativos. Un error de tipo puede referirse a sus elementos de hecho como de derecho. El error de tipo excluye el dolo, consecuentemente, al estar ausente el elemento dolo, se configura como una causal de ausencia de imputación subjetiva³.

Con similar importancia, debe ponderarse:

Las competencias de conocimiento que imponen los roles jurídicamente relevantes, atendiendo siempre a las circunstancias personales del autor⁴; asimismo, considerar que la concurrencia del error estará condicionada a las circunstancias en las que se desarrolló el hecho; aspectos que justifican la existencia de errores de naturaleza vencible e invencible.

5.2. El error de tipo invencible tiene como efecto el excluir la responsabilidad penal o anular una circunstancia agravante. Mientras que **el error de tipo vencible** requiere la observancia de deberes objetivos de cuidado, esto es, de las capacidades del agente de verse en la posibilidad de valorar correctamente un hecho, siendo sancionada únicamente si el delito ampara una modalidad de responsabilidad culposa⁵.

5.3. Esta Sala Suprema, en la Sentencia de Casación 742-2016/ICA, identificó los elementos que se deben tener en cuenta al momento de analizar un supuesto de error relevante, desde la valoración del conocimiento del agente:

- 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 en 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,

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Grijley, 2006, p. 361.

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal*. Lima: Editorial Grijley, 2008, p. 428.

⁵ Error de tipo y error de prohibición Artículo 14.- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

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. (resaltado agregado)

SEXTO. ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO: SOBRE EL ERROR DE TIPO

6.1. En primer lugar, es necesario precisar que al tratarse de una niña que a la fecha de los hechos tenía una edad de 13 años con 6 meses, conforme a su partida de nacimiento (foja 36), su consentimiento dentro del contexto de los actos de carácter libidinoso resulta irrelevante jurídicamente en el sentido que no impide la configuración del delito imputado, menos aún constituye un motivo de exculpación de responsabilidad penal para el autor, pues a esa edad se protege la situación de que la víctima no se encuentra en capacidad de poder decidir asuntos relacionados con el ejercicio de su sexualidad; protección a la que se le denomina "*indemnidad sexual*".

En ese sentido, corresponde determinar si cuando el procesado desplegó su conducta incurrió o no en un error de tipo.

6.2. El elemento objetivo que desconocía el recurrente, según su versión exculpatoria depuesta en el juicio (fojas 266), es la edad real de la agraviada al momento de practicarle las relaciones sexuales imputadas. Alegó que la menor llegó a vivir a su comunidad en enero de 2003, y desde esa fecha empezaron a ser enamorados, y ella le dijo que tenía 16 años de edad; este dato biológico se podía reflejar en su contextura física, pues era alta y "agarrada", por lo que aparentaba tener esa edad. Es bajo ese conocimiento que entre abril y mayo iniciaron sus relaciones sexuales consentidas, producto de ello, procrearon un hijo, quien actualmente tiene 18 años de edad; además refirió que lleva muchos años conviviendo con la agraviada, y con ella tiene ahora 4 hijos.

6.3. Por su parte, la menor agraviada en su manifestación preliminar (fojas 7-9), narró los actos sexuales que le realizó el encausado en tres oportunidades —25 de octubre, 16

y 22 de noviembre de 2003—, y afirmó que fueron contra su voluntad. Sin embargo, en el juicio (fojas 268) de manera distinta indicó que el recurrente en esa época era su enamorado y bajo ese contexto sostuvieron relaciones sexuales con su consentimiento. Precisó que él no sabía su verdadera edad, pues le mintió al decirle que tenía 16 años; además, señaló que producto de esos hechos procrearon un hijo (de acuerdo al Certificado Médico Legal G-287-02-04 del 10 de febrero de 2004, de fojas 10, se diagnosticó que ella presentaba 23 semanas de gestación), luego de ello empezó a convivir con el encausado, y actualmente tiene 4 hijos con él.

Asimismo, la agraviada indicó que esa versión inculpativa que aparece en la manifestación (fojas 7-9) no es cierta, y que en ese momento se encontraba amenazada y coaccionada por su padre, quien le presionaba para que sindicara falsamente al recurrente, ya que estaba molesto cuando se enteró sobre su embarazo.

Al respecto, al juicio también concurrieron los padres de la agraviada (fojas 297 y 298, respectivamente), quienes de manera uniforme respaldaron la última versión de su hija. Ellos afirmaron que cuando se enteraron del embarazo de su hija, el padre de ella se descontroló ya que estaba pasando por un momento crítico, y optó por presionar a su hija para que declare esa versión preliminar, esto es, que la denuncia fue producto de un momento de desesperación y cólera.

Asimismo, ambos padres de la presunta víctima, sostuvieron que la agraviada siempre fue bien desarrollada, era alta, es por ello que no pudieron detectar los primeros meses del embarazo; y que luego tanto la agraviada como el recurrente se unieron en un concubinato, y procrearon más hijos. Por último, la madre también refirió que ella sí sabía que la agraviada era enamorada del procesado.

Adicionalmente se tiene el Protocolo de Pericia Psicológica 8947-2022-PSC (fojas 305-306), en el que la agraviada volvió a sostener que no le dijo su edad real al recurrente, sino le dijo que tenía una edad mayor, y por su contextura física le hacía ver de más edad, porque era alta y de contextura gruesa. Por otro lado, señaló que el recurrente era su enamorado y tuvieron relaciones sexuales consentidas.

Esa pericia concluyó que ella "No evidencia indicadores de afectación psicológica" y fue ratificada en el juicio oral por su otorgante (foja 310).

En esa línea de análisis, y de conformidad con lo establecido en el fundamento Quinto del Recurso de Nulidad 3044-2004⁶, ante esas dos versiones de la agraviada, corresponde otorgarle mayor fiabilidad a la declaración depuesta en el juicio oral, en vez de la declaración preliminar; ya que encuentra soporte probatorio en las pruebas antes citadas, las cuales corroboran que las relaciones sexuales atribuidas fueron consentidas por la agraviada y se realizaron en un contexto de enamorados, de ahí que la agraviada no presente afectación emocional, más bien llegaron a convivir y procrear hijos, incluso la agraviada sostuvo en el plenario que se encontraba embarazada del acusado.

6.4. Asimismo, en los actuados no existe alguna información que evidencie que el impugnante haya conocido la edad real de la agraviada antes del acto sexual; por el contrario, ella misma, ahora madre de sus 4 hijos y con más de 30 de edad, ha enfatizado que él no sabía su edad verdadera, pues, ella le dijo que tenía 16 años, y por su contextura física aparentaba tener esa edad.

Esta referencia enormemente trascendente por su verosimilitud no es solitaria, sino que, como ya se dijo, como elemento corroborativo se tiene la testimonial de los padres de la agraviada llevada a cabo en el juicio oral, quienes afirmaron que su hija aparentaba tener una edad mayor a la verdadera, pues era alta y de contextura gruesa.

A esto se debe sumar que de acuerdo a la consulta de la base de datos del Reniec, se aprecia de la ficha Reniec de la agraviada que ella mide 1.75 cm, con lo que se corrobora que ella sí era una persona de estatura alta; incluso

⁶ **Quinto.** "(...) cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles –situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del fiscal y, en su caso, del abogado defensor-, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones –que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad –cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción-."

de mayor tamaño que el propio encausado, quien según su ficha Reniec mide 1.63 cm (foja 26); apreciación biológica que lo llevó a tener una representación equivocada sobre la edad de la agraviada, lo que a su vez fue resultado de la propia distorsión de la menor al brindarle un dato que no era correcto sobre su edad.

6.5. En ese orden de ideas, este Tribunal supremo verifica a partir de los medios de prueba objetivos y precedentemente analizados, en forma individual y conjunta, que se ha configurado un error de tipo vencible, pues si el recurrente hubiera actuado con la debida diligencia podría haber verificado que la agraviada era una menor de 14 años; sin embargo, como se ha desarrollado precedentemente (apartado 5.2 de la presente ejecutoria), debido a que no existe sanción por una modalidad culposa o negligente de violación de menor, no cabe represión penal alguna, por lo que corresponde revocar la condena y absolver al recurrente de la acusación fiscal.

En vista de que al recurrente se le dispuso órdenes de ubicación y captura –debido a la condena cuestionada–, en este acto se dispone dejarse sin efecto las mismas y disponer el archivamiento de la causa donde corresponda.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia acordaron:

- I. Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del veintidós de diciembre de dos mil veintidós, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Mediante dicha resolución, se condenó a **Henry Palomino Casternoque** como autor del delito violación sexual, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales N. T. Z. M. Como consecuencia, le impusieron seis años con ocho meses de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLA**, lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada por el citado delito y agraviada; en consecuencia, **DISPUSIERON** el archivamiento definitivo de la causa donde corresponda

sin perjuicio de la anulación de los antecedentes que se judiciales y policiales que se hubieran generado con motivo de este proceso.

II. DISPONER el levantamiento de las órdenes de ubicación y captura contra **Henry Palomino Casternoque** generadas por estos hechos, siempre y cuando no existan órdenes de detención dictadas en su contra emanadas de autoridad competente; para cuyos efectos debe oficiarse en el día al órgano jurisdiccional de origen.

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

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

GUERRERO LÓPEZ

ÁLVAREZ TRUJILLO

IGL/awza