



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TR
RECURSO DE NULIDAD N.º 1601-2018
PASCO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas
SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretaría De Sala - Suprema: ALMONACID DE LA
CRUZ Daniel Antonio FAU 20159981216 soft
Fecha: 15/01/2021 10:16:25 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL - CERTIFICACION DEL
CONTENIDO

ERROR DE TIPO

Sumilla. El error de tipo alegado por la defensa del impugnante, no tiene respaldo probatorio. Además que no puede argumentarse error de tipo, respecto a la edad de la menor, si el encausado conocía el entorno en el que se desenvolvía la agraviada.

Lima, quince de agosto de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el imputado **OSMÁN HORACIO ROJAS CHIPANA** contra la sentencia de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Mixta-Sala Penal de Apelaciones de Pasco de la Corte Superior de Justicia de Pasco, de página trescientos noventa y tres, que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, prescrito en el artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, numeral dos, del Código Penal, en agravio de la menor con identidad en reserva, a ocho años de pena privativa de libertad, que computado desde el quince de diciembre de dos mil dieciséis, vencerá el catorce de diciembre de dos mil veinticuatro; fijaron en la suma de cinco mil soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada, y en la suma de doscientos soles que por concepto de pensión alimenticia deberá abonar el sentenciado a favor de la prole habida producto de la violación; y dispusieron que el acusado sea sometido al tratamiento terapéutico.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. Se atribuye al imputado Osmán Horacio Rojas Chipana, que un día del mes de agosto de dos mil nueve (sin precisar fecha), siendo las diecinueve horas con treinta minutos, en circunstancias que la menor agraviada con las iniciales Y. J. B. M., de trece años con cuatro meses de edad, se encontraba por inmediaciones de la losa deportiva del Centro Poblado Virgen del Rosario de Pampania, comprensión del distrito de Santa Ana de Tusi, recogiendo hojas de eucalipto, apareció el citado encausado,

conocido como Kike, quien al verla sola, aprovechando la oscuridad y del lugar desolado la agarró y la jaló hacia la parte posterior de una escuela abandonada, donde la apoyó sobre la pared, procedió a bajarle el buzo y su ropa interior hasta la rodilla, haciendo lo propio el imputado, quien luego de tocar sus partes íntimas la ultrajó sexualmente, a pesar que ella se resistía, le introdujo su miembro viril en la vagina de la menor, demorando unos cinco minutos aproximadamente, pero antes el imputado le manifestó: “porque no entra esta cochinada, seguro es tu primera vez” y cuando advirtió el llamado de la madre de la agraviada, el imputado la amenazó diciéndole: “si le avisas a tu madre, otro día va a ser peor”.

Como consecuencia de estos hechos, la menor agraviada quedó en estado de gestación, como se advierte del Certificado Médico Legal N.º 00557-PF-AR de página veinte, en el que indica en el extremo de las conclusiones: “gestación de 31 semanas, 05 días +/- 1.5 semanas por biometría fetal. Su hijo nació el ocho de mayo de dos mil diez, como se acredita con la partida de nacimiento de página ciento quince.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

2. El Tribunal Superior sustentó la sentencia condenatoria en lo siguiente:

- 2.1.** Se acreditó la materialidad de delito, con los certificados médicos practicados a la agraviada, que dan cuenta de las relaciones sexuales que sostuvo con el imputado Osmán Horacio Rojas Chipana, producto de la cual, la menor quedó embarazada y procreó una hija.
- 2.2.** Le asignó eficacia probatoria al acta de entrevista primigenia de la menor agraviada porque resultó fiable, tiene alta credibilidad y es verosímil, está corroborada con el certificado médico legal de páginas diecinueve y veinte, y Protocolo de Pericia Sicológica N.º 00789-2010-PSC, que se le practicó a la menor agraviada que concluyó, que presenta alteración a su estado de ánimo, trastorno de estrés y requiere sicoterapia con urgencia para superar su estado emocional actual.

- 2.3.** La menor agraviada en el acta de entrevista, brindó una declaración sólida, que no solo ha sido corroborada con la declaración del imputado, sino con el embarazo posterior. Entonces, la retractación posterior realizada en el plenario no cumple con los presupuestos del Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116. Tampoco, se acreditó que haya sido inducida por su tía Elizabeth Bonifacio Cruz, y se justifica la retractación por haber contraído matrimonio luego de los hechos.
- 2.4.** No existe error de tipo en la edad de la agraviada, si bien el imputado sostiene que la menor le indicó que tenía quince años de edad, conforme lo reconoció la agraviada, su madre y el testigo en el juzgamiento; ello no ameritó mayor evaluación, teniendo en cuenta el acta de entrevista y protocolo de evaluación Sicológica, donde la menor narró los hechos en su agravio, negó haber dado su consentimiento, y en el caso resultó irrelevante para el delito incoado, desestimando su tesis de defensa.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. El sentenciado Osmán Horacio Rojas Chipana, interpuso recurso de nulidad de página cuatrocientos diez, y fundamentado en página cuatrocientos doce. Sus motivos son pocos claros y se puede desprender lo siguiente:

- 3.1.** En el acta de entrevista única de la menor, fue llevada a cabo con la presencia de su tía Elizabeth Bonifacio Cruz, sin las formalidades de ley. Esta, se llevó a cabo en un solo ambiente, y no se dio lectura a sus derechos. Tampoco, se le interrogó respecto a su edad, y la edad que aparentaba.
- 3.2.** El protocolo de pericia sicológica practicado a la agraviada, no es suficiente para condenar, pues se concluyó que requiere tratamiento psicoterapéutico, pero no obra el resultado de dicho tratamiento.

- 3.3.** La agraviada, le manifestó que tenía quince años de edad, manteniéndolo en error. Ello, se corrobora con el hecho de que la agraviada no denunció inmediatamente los hechos, sino hasta el once de marzo de dos mil diez, por inducción de su tía Elizabeth Bonifacio De La Cruz, lo que se corrobora con su apariencia física –talla–, y porque trabajaba en programas sociales. A ello, el lugar de los hechos, es un centro poblado, donde personas estudian con una edad mayor, al grado de estudios que le correspondería –por su edad–.
- 3.4.** La Sala Superior no valoró las declaraciones de los testigos: a) Yared Edina Rojas Chipana –hermana del imputado–, quien manifestó que la agraviada, le dijo que tenía más de quince años de edad; b) Jimmy Becker Pilco Rojas, señaló que la agraviada se le notaba ser una persona cronológicamente alta y ellos –agraviada e imputado–, eran enamorados; y, c) Alicia Mendoza Castañeda, madre de la agraviada, que su hija en el dos mil nueve, acostumbraba a decir que tenía más de quince años.
- 3.5.** Ha sido condenado por no haber mantenido más relaciones sexuales con la agraviada, luego del primer acto sexual. Ello, se debió a que a la agraviada no le dejaban salir y en el lugar no existían alojamientos.

CALIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA

4. El delito bajo el cual se ha tipificado la conducta descrita en el considerando primero de la presente Ejecutoria Suprema, es el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis, que sanciona al agente que: “[...] tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: [...] 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco”.

5. El Acuerdo Plenario N.º 01-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once, en su fundamento dieciséis, señala que el bien jurídico tutelado es 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 síquicas para el ejercicio sexual en libertad. Indemnidad sexual del menor, entendida como el libre desarrollo sexual y psicológico, protegiendo el libre desarrollo de su personalidad, sin producir alteraciones en su equilibrio síquico futuro.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

6. El punto de partida para analizar la sentencia de mérito es el principio de impugnación limitada, que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal, en cuya virtud se reduce el ámbito de la resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada, en coherencia con el principio de congruencia recursal.

7. En el presente caso, el motivo tres punto uno del impugnante Osmán Horacio Rojas Chipana, cuestiona que el acta de entrevista única de la agraviada, ha sido llevada con la presencia de su tía Elizabeth Bonifacio Cruz, sin las formalidades de ley, sin describir la edad ni la edad que aparentaba.

8. Es cierto, que en el acta de entrevista única de la agraviada con las iniciales Y. J. B. M., de página doce, del once de marzo de dos mil diez, se realizó con la presencia de la tía de la citada agraviada, Elizabeth Bonifacio Cruz; sin embargo, también se realizó con la presencia del fiscal adjunto provincial de la Primera Fiscalía Provincial Mixta, y la facilitadora sicóloga Maribel Natalia Herrera Bustamante.

9. Entonces, cumple con lo dispuesto por el segundo párrafo, del artículo ciento cuarenta y tres, del Código de Procedimientos Penales, que prescribe: “[...] En los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes la

declaración de la víctima será la que rinda ante el fiscal de familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del juez".

10. Ahora, respecto a la edad de la agraviada, esta consta en la citada instrumental, donde se consigna que nació el nueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, y respecto a que no se le preguntó la edad que aparentaba no tiene incidencia alguna, por cuanto dicha diligencia, tiene como fin recibir la información directa de los hechos en la comisión de un hecho punible. El motivo no se estima.

11. El motivo tres punto dos del impugnante cuestiona el protocolo de pericia sicológica practicado a la agraviada. Reclama que la conclusión, señaló que la citada agraviada requiere tratamiento sicoterapéutico, y en autos no obra dicho resultado.

12. El Protocolo de Pericia Sicológica N.º 00789-2010-PSC, practicado a la agraviada, el catorce de abril de dos mil diez, de página cincuenta y uno, concluyó: "la menor narra estado emocional actual que está asociado a estresor de tipo sexual, no encontrando ganancia secundaria para una falsa alegación. Asimismo, no se ha objetivado patología que explique una confusión posible entre la fantasía y la realidad. 2. alteración en su estado de ánimo, presando trastorno de estrés postraumático: estado emocional actual que estás asociado a estresor de tipo sexual, percibiendo situación de riesgo y peligro para su integridad física y emocional; y 3. requiere de sicoterapia con urgencia a fin de superar su estado emocional actual".

13. Es cierto también, que dicha conclusión recomendó que la agraviada requiere sicoterapia; sin embargo, la realización o no de la misma, no enerva de modo alguno el valor probatorio del mismo ni que la menor no fue afectada en su desarrollo emocional y sicosexual. El motivo no se estima.

14. El motivo tres punto tres, está vinculado a los motivos tres punto cuatro y tres punto cinco, allí sostiene, haber incurrido en error de tipo, al haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada, en la creencia de que tenía quince años de edad.

15. Conforme a los motivos de impugnación, este Supremo Tribunal no ingresa a analizar la materialidad del delito, en razón que el imputado en el plenario, aceptó haber mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada en agosto de dos mil nueve, producto del cual procrearon a Nathaniel Alejandrina Rojas Bonifacio, quien nació el uno de junio de dos mil diez, contando –a la fecha– con nueve años de edad, conforme a la partida de nacimiento de página ciento quince.

16. Así, también, se corrobora con el Certificado Médico Legal N.º 000557-PF-AR, practicado el doce de marzo de dos mil diez, a las once horas con diez minutos, donde aparece, paciente de 13 años de edad, concluyó: "Gestación de 31 semanas, 05 días +/-1.5. semanas por biometría fetal".

17. La edad de la víctima, se acredita con el Documento Nacional de Identidad, y acta de nacimiento de páginas nueve y ciento catorce, consta que la menor agraviada con las iniciales Y. B. B. M., nació el nueve de abril de mil novecientos noventa y seis. Entonces, en –no precisa día– de agosto de dos mil nueve, contaba con trece años y cuatro meses de edad.

18. Ahora, la cuestión planteada por el recurrente, es el error de tipo, prescrito en el artículo catorce del Código Penal, prescribe: "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".

19. El error de tipo, como causal de ausencia de imputación subjetiva¹, consiste en el desconocimiento de la realización de la conducta típica. El error de tipo vencible y el invencible excluyen el dolo; sin embargo, sólo el error vencible acarrea responsabilidad y la infracción será sancionada

¹ Villavicencio Terreros, Felipe. "Derecho Penal. Parte General". Editora Jurídica Grijley. Lima 2007, página 362.

como imprudente, siempre que exista un equivalente del tipo penal imprudente. Existirá error de tipo vencible, cuando el agente pudo haber superado el error en el que se encontraba y así haber evitado el resultado, observando el cuidado debido que le era exigible, según las circunstancias de cada caso. Por su parte, existirá el error de tipo invencible, cuando, habiendo observado el cuidado debido, el agente no pudo salir del error en el que se encontraba, originando el resultado.

20. Es pertinente citar, la jurisprudencia comparada relacionada al motivo de agravado, el Tribunal Supremo español –en la Sentencia N.º 602/2015, Recurso de Casación N.º 191/2015 en la Villa de Madrid del 13/10/2015– señala que el error de tipo:

[...] supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal –núm. 1– o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven –núm.2–. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide la apreciación de esta.

21. Entonces, si tenemos en cuenta que el error de tipo está incluido –como conocimiento equivocado o error– sobre algunos elementos descritos en el tipo penal, en la lógica del reclamo del impugnante, tenemos que “la relevancia del error de tipo no se determina simplemente con la alegación de tal situación por parte del procesado, sino que debe procederse a precisar su existencia, también con criterios normativos”². Es decir, el error de tipo no solo debe apoyarse en la versión del sentenciado, sino en otros elementos que corroboren su versión.

22. Veamos, el encausado Osmán Horacio Rojas Chipana, en su declaración brindada en el juicio oral, en la sesión de página trescientos nueve, declaró que la agraviada, le dijo que tenía quince años de edad,

² García Caverro, Percy. *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2007, página 362.

siendo su enamorada desde julio de dos mil nueve hasta la fecha. Las relaciones sexuales que mantuvo con ella, se dieron en agosto del dos mil nueve por mutuo acuerdo y después que nació su hija. En diciembre del mismo año, se enteró que estaba embarazada, llevó a la agraviada a un centro de salud para controlarla sin registrarse. Añadió, que quedó con ella que se iría a trabajar fuera de la ciudad y la denuncia en su contra, se dio por presión de la tía de esta Elizabeth. Luego, contrajeron nupcias y han formado un hogar con su menor hija.

23. Esta tesis de defensa la sostiene la agraviada con las iniciales Y. J. B. M., en el juicio oral, y los testigos Yared Edina Rojas Chipana –hermana del imputado–, Jimmy Becker Pilco Rojas –vecino del lugar–, y Alicia Mendoza Castañeda –madre de la agraviada–.

24. En efecto, la agraviada de iniciales Y. J. B. M., en el plenario en la sesión del veintiocho de marzo de dos mil diecisiete, de página trescientos veintiocho (después de siete años de haber brindado su acta de entrevista), manifestó haber conocido al imputado desde niños, y que mantuvo una relación de enamorados desde junio de dos mil nueve.

Añadió, que un día se puso de acuerdo con el imputado y salieron, le dijo a su mamá que iría a juntar algo en el campo, y su mamá le dijo que vaya. Luego, se encontró con el imputado y fueron a la escuela vieja, se besaron y mantuvieron relaciones sexuales, y producto de ello quedó embarazada.

Se enteró que estaba embarazada en diciembre de dos mil nueve, porque se desmayó y su profesor de educación física, le dijo que tenía los síntomas de embarazo, la llevó a la posta. Le avisaron a su mamá, se encontró con Osmán para avisarle y quedaron que él iba a trabajar para poder solventar. Añadió que no recuerda la pericia psicológica que se le practicó pero no tuvo relaciones sexuales a la fuerza y la denuncia se dio porque su tía Elizabeth la presionó y ya no tuvo más relaciones sexuales porque su madre no la dejaba salir.

25. Sin embargo, es preciso anotar que, el consentimiento que haya prestado la agraviada, era irrelevante para fines exculpatorios, careciendo de valor por su edad cronológica, y la protección del bien jurídico protegido "indemnidad sexual".

26. Sucede, que la última versión es distinta a la brindada por la agraviada, en el acta de entrevista única de la agraviada con las iniciales Y. J. B. M., de páginas doce, del once de marzo de dos mil diez, como se anotó en el fundamento ocho de la presente ejecutoria suprema, que se realizó con la presencia del fiscal adjunto provincial de la Primera Fiscalía Provincial Mixta, facilitadora sicóloga Maribel Natalia Herrera Bustamante y tía de la citada agraviada, Elizabeth Bonifacio Cruz –debidamente garantizada conforme al artículo sesenta y dos del Código de Procedimientos Penales–.

27. En esta declaración la menor agraviada, brinda detalles de la forma y circunstancias en las que fue sometida sexualmente. Señaló, que el imputado, era su amigo, la fastidiaba siempre, le decía que sea su enamorada, pero no le hacía caso porque era mayor, le decía para salir a lugares, siendo que un día de agosto de dos mil nueve, salió a juntar eucalipto por su casa.

Es en esa circunstancia, que el imputado la llamó, diciéndole que se acerque para conversar, bajó de la losa deportiva donde estaba y le propuso ir allá –a la escuela vieja–, ella le respondió que no porque era de noche y su mamá la iba a llamar; sin embargo, la llevó a la fuerza, la empujó por la espalda, y al querer escaparse, él la atajaba. Luego, estaban parados, la besó por el cuello, boca, la manoseó, le agarraba sus senos, su cintura, le alzó su chompa por encima de su brasier, le bajó su pantalón, ella trató de amarrar las pitas de su buzo, pero él, le sacó estas pitas y logró bajarle el pantalón hasta la rodilla, diciéndole: "no tengas miedo, no va ser nada", él también se bajó su pantalón y su ropa interior, le agarró de la cintura e introdujo su miembro viril en su vagina, y empezó a llorar, y este le dijo: "no tengas miedo, una vez no hace nada", y le respondió, que tenía miedo de salir

embarazada, y le decía que era un rato nada más, luego se acercó su mamá con una linterna, se subió el pantalón y se fue, diciéndole: "si le avisas, otro día va ser peor" y de miedo se escapó de su mamá y entró a su casa.

28. Esta misma versión de los hechos, la reiteró en su declaración policial, del siete de abril de dos mil diez, de página cuarenta y dos, y el acta de reconocimiento de persona en imagen fotográfica, del siete de abril de dos mil diez, de página cuarenta y siete, siendo realizados en presencia de su madre Alicia Mendoza Castañeda, donde señaló que reconoce al imputado como la persona que la violó sexualmente en agosto de dos mil nueve y producto de lo cual se encuentra con ocho meses de gestación. Estas documentales fueron introducidas válidamente al contradictorio vía oralización, en la sesión de página trescientos ochenta y nueve.

29. También, la citada menor agraviada con las iniciales Y. J. B. M., en el Protocolo de Pericia Sicológica N.º 000789-2010-PSC, el catorce de abril de dos mil diez, de página cincuenta y uno, en el rubro relato, reiteró las misma forma y circunstancia, al señalar que conoce al imputado, quien la fastidiaba, la llevó a la fuerza a la escuela vieja, donde la ultrajó sexualmente y luego la amenazó para que no contara nada de lo sucedido.

Cabe destacar, que en el rubro desarrollo sicossexual, de la citada pericia, señaló la agraviada, que nunca ha tenido enamorado, era la primera vez que el joven la abusó, y piensa que el bebé no tiene la culpa de nada, porque ella ha fallado, al no avisarle a su mamá cuando el joven la agarró y la abusó, y concluyó: "la menor narra estado emocional actual que está asociado a estresor de tipo sexual, no encontrando ganancia secundaria para una falsa alegación. Asimismo, no se ha objetivado patología que explique una confusión posible entre la fantasía y la realidad. 2. Alteración en su estado de ánimo, expresando trastorno de estrés postraumático: estado emocional actual que estás asociado a estresor de tipo sexual, percibiendo situación de riesgo y peligro para su integridad física y emocional, y 3. Requiere de sicoterapia con urgencia a fin de superar su estado emocional actual". Así, se

acredita que la secuela generada en la agraviada es compatible con los hechos acontecidos en su agravio.

30. Entonces, es evidente que la versión primigenia de la agraviada –conforme lo señaló el Tribunal de mérito–, es coherente, persistente y enfática, pues desde el inicio de las investigaciones atribuyó los hechos al imputado, al sostener que este abusó sexualmente de ella, un día de agosto de dos mil nueve, cuando tenía trece años y cuatro meses de edad y producto de ello procrearon a la menor Nathaniel Alejandrina Rojas Bonifacio.

31. En este punto, es de señalar que los testigos Yared Edina Rojas Chipana –hermana del imputado, Jimmy Becker Pilco Rojas –vecino del lugar–, y Alicia Mendoza Castañeda –madre de la agraviada–, manifestaron que existía una relación de enamorados entre el imputado y la agraviada, y que esta aparentaba tener quince años de edad, siendo su madre quien agrega incluso que su hija en el año dos mil nueve decía que tenía dicha edad –quince años de edad–; sin embargo, estas versiones no desvirtúan de modo alguno el material probatorio antes analizado, más aun si tenemos en cuenta, que la madre de la agraviada estuvo presente cuando la menor brindó su declaración policial y su entrevista en el protocolo de pericia psicológica, de página cuarenta y dos, y cincuenta y uno, donde la menor le atribuyó los cargos al imputado.

32. Es de subrayar, que no existe uniformidad respecto a la fecha en que habrían iniciado la supuesta relación de enamorados. El imputado en el juicio oral señaló que esta se inició en julio de dos mil nueve, mientras que la agraviada, manifestó que fue en junio del mismo año. Esta evidente contradicción desvirtúa la alegada relación sentimental.

33. Como dato objetivo adicional, está la denuncia formulada por Elizabeth Bonifacio Cruz, el once de marzo de dos mil diez, de página uno, donde denunció los hechos en perjuicio de la agraviada, detallando los hechos en su agravio.

34. Ahora, tanto el imputado como la agraviada, sostienen que la agraviada, fue presionada por la antes citada, para denunciarlo, conforme lo señaló su madre Alicia Mendoza Castañeda en el plenario y en el documento legalizado Transacción Extrajudicial de página ciento cuarenta y cuatro; sin embargo, no se ha invocado móvil alguno que justifique la denuncia en su contra. A ello, tenemos que la citada solo formuló la denuncia, siendo su madre Alicia Mendoza Castañeda, quien acompañó a brindar su declaración policial, y entrevista psicológica el siete y catorce de abril de dos mil diez, respectivamente, donde -conforme se anotó-, la menor sindicó los hechos al imputado.

35. En relación con las veces que mantuvo relaciones sexuales no tiene relevancia, en tanto que el tipo penal sanciona al agente que mantiene relaciones sexuales con una menor de catorce años, y en este caso, ese hecho está probado.

36. En conclusión, la tesis de defensa brindada por el sentenciado, de haber tenido una relación sentimental con la agraviada, con la creencia que tenía quince de años, no está homologada con los medios probatorios actuados en el desarrollo del proceso, pues no existe ningún elemento probatorio que le otorgue credibilidad a esa versión.

37. Ocurre en este caso, todo lo contrario, el resultado de la actividad probatoria actuada en el proceso han demostrado que las relaciones sexuales que mantuvo la agraviada con el imputado, fueron cuando esta contaba con trece años y cuatro meses de edad.

38. Así, la tesis de defensa del recurrente de desconocer la edad de la agraviada, no resulta ser verosímil, más aún si en el documento denominado Transacción Extrajudicial, se consigna que se compromete a contraer nupcias con la agraviada, posterior a la denuncia. Además de ello, por las condiciones personales del sentenciado, ser una persona de

diecinueve años y tres meses de edad (en el año dos mil nueve), con grado de instrucción secundaria completa, y por el entorno en el que se desenvolvían ambos, si como ambos refieren se conocían desde pequeños y vivían en el mismo lugar, no es posible sostener que no conocía la edad de la menor.

39. Las reglas de la experiencia confirman que en el caso concreto existió un contexto propicio que le permitió al sentenciado tener pleno conocimiento de la edad del menor. Entonces, no es amparable el motivo de impugnación sobre el error de tipo por lo razonado en la presente ejecutoria suprema, y habiendo acreditado la responsabilidad penal del imputado, por el delito previsto en numeral dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, la sentencia venida en grado debe ser ratificada. Los agravios no se estiman.

DOSIFICACIÓN DE LA PENA

40. El artículo IX, del Título Preliminar, del Código Penal, preceptúa que la pena, cumple tres funciones: preventiva, protectora y resocializadora. Y es pertinente citar lo señalado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N.º T-718/15, del veintinueve de noviembre de dos mil quince: “En conclusión, debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo”.

41. La determinación judicial de la pena implica un proceso realizado por el juzgador de suma relevancia, por lo que su graduación debe estar debidamente razonada y ponderada, realizada en coherencia con los fines de la misma, cuyo *quantum* (cantidad) debe ser proporcional al hecho delictivo, respetándose los ámbitos legales.

42. En el caso concreto, la pena conminada en el numeral dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, prevé una condena no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa libertad.

43. Los presupuestos del artículo cuarenta y cinco del Código Penal, se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, su nivel de cultura y costumbres. El encausado, de diecinueve años y tres meses de edad a la fecha de los hechos, estado civil casado con la agraviada, con una hija, con grado de instrucción secundaria completa, según ficha de Reniec de página diecisiete. Estas circunstancias, no fundamentan una rebaja por debajo del mínimo legal. Lo mismo ocurre, con la ausencia de antecedentes penales.

44. Concorre la condición de disminución de punibilidad de responsabilidad restringida por la edad, prevista en el artículo veintidós del Código Penal, que prescribe: "Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción". El encausado, contaba a la fecha de los hechos, con diecinueve años y tres meses de edad.

45. Su aplicación es de rigor en este tipo de delitos, se privilegia el principio de igualdad ante la ley, conforme al fundamento quince del Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, que estableció: "La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo veintidós del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano. Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. [...]. Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas".

46. No se verifica la concurrencia de alguna causal de disminución de punibilidad –sea tentativa, eximentes imperfectas (responsabilidad restringida) o complicidad secundaria– o confesión sincera.

47. Así, también, se verifica que concurre la causal de disminución de la punibilidad supra-legal, señalada por este Supremo Tribunal, en el Recurso de Nulidad N.º 761-2018/Apurímac, en el fundamento cuatro, numerales dos y tres, lo siguiente:

El literal c, del artículo 45, del Código Penal impone como criterio de fundamentación y determinación de la pena tomar en cuenta: "Los intereses de la víctima, de su

familia o de las personas que de ella dependan [...]”. En el presente caso es especialmente relevante que imputado y agraviada ya forman una efectiva unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, que están bajo la dependencia económica del primero, el cual cumple sus obligaciones de padre. En esta misma línea, se tiene un principio básico del derecho del niño (artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve), consagrado internacionalmente, que importa que cuando sus derechos están comprometidos debe tomarse en cuenta sus intereses superiores: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los tribunales [...], una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [...]”. “Se trata, desde la perspectiva de la dogmática penal, de una “causal de disminución de la punibilidad”, necesariamente posdelictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la categoría culpabilidad, en atención a su relación familiar positiva y, especialmente, al efecto lesivo sobre sus hijos menores de edad –quienes dependen del imputado y han venido sido acogidos y cuidados por él–.

48. En tal virtud, dadas las circunstancias antes analizadas, la pena de ocho años de pena privativa de libertad, es la que se erige como razonable y proporcional, coherente con la finalidad preventiva especial orientada a los fines de prevención especial positiva respecto al sentenciado y prevención general negativa frente a la sociedad en su conjunto. Por lo que, corresponde ratificar la pena impuesta.

49. Finalmente, es de precisar que las consecuencias jurídicas del delito, desde el derecho civil, está la obligación de prestar alimentos a la prole que resulte, conforme a lo dispuesto por el artículo ciento setenta y ocho del Código Penal). Entonces, corresponde ratificar la pensión de alimentos fijada en la sentencia de mérito.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiocho de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Mixta, Sala Penal de Apelaciones de Pasco de la Corte Superior de Justicia de Pasco, de página trescientos noventa y tres, que condenó a **OSMÁN HORACIO ROJAS CHIPANA**, como autor del delito de violación sexual de menor de edad,

prescrito en el artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, numeral dos, del Código Penal, en agravio de la menor con identidad en reserva; a ocho años de pena privativa de libertad, que computado desde el quince de diciembre de dos mil dieciséis, vencerá el catorce de diciembre de dos mil veinticuatro; y fijaron en la suma de cinco mil soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada, y en la suma de doscientos soles que por concepto de pensión alimenticia deberá abonar el sentenciado a favor de la prole habida producto de la violación; y dispusieron que el acusado sea sometido al tratamiento terapéutico; con lo demás que contiene, y es materia del recurso; y los devolvieron.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia de la jueza supremo Barrios Alvarado.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

IEPH/mrce