



SUMILLA: i) El imputado, al momento que mantuvo relaciones sexuales con la agraviada, tenía pleno conocimiento de su edad real [trece años], conforme a la declaración ofrecida por ésta a nivel policial [con presencia de la Fiscal] y en el juicio oral, y corroborada con la prueba documental incorporada en la investigación; por lo que, no cabe la configuración del error de tipo [artículo 14° del Código Penal]; ii) La agraviada prestó consentimiento para el acto sexual, sin embargo, debido a que contaba con trece años de edad, dicho consentimiento se torna irrelevante; iii) Debe ratificarse la pena impuesta, por debajo del mínimo legal previsto en el tipo penal de Violación Sexual de Menor de Edad, en aplicación del artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal. Es de observancia el Recurso de Casación número 335 – 2015, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis [Precedente Vinculante].

Lima, nueve de noviembre de dos mil dieciséis.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR y el encausado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI contra la sentencia de fojas seiscientos cincuenta y cuatro, de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince, emitida por Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con la clave 124 – 2014, a ocho años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

CONSIDERANDO

§. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

PRIMERO: La señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR, en su recurso de nulidad de fojas seiscientos setenta y ocho, cuestiona el *quantum* de la pena impuesta al procesado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, por el delito imputado; solicitando que la misma sea incrementada a la sanción requerida en la acusación

fiscal de fojas quinientos cincuenta y tres [treinta y un años, y ocho meses]. Sustenta su pretensión en la suficiencia de la prueba de cargo para acreditar la responsabilidad del imputado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, precisando, fundamentalmente, que no se trató de un acto sexual consentido, sino, por el contrario, de una violación sexual, verificándose dolo en su conducta. Enfatiza que la Constitución Política del Estado, en el artículo 4º, otorga protección al menor; ocurriendo lo propio, en sede internacional, mediante la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal sentido, sostiene que el delito perpetrado detenta suma gravedad.

SEGUNDO: El procesado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, en su recurso de nulidad de fojas seiscientos sesenta y cuatro, insta su absolución del delito imputado, afirmando que la sentencia impugnada adolece de errores procesales e inconsistencias en el análisis fáctico y probatorio. Sostiene, que la relación sexual fue consentida por la agraviada, creyendo que tenía quince años de edad, anotando, en lo pertinente, que esta última se retractó por la influencia generada por su madre. Refiere que la menor no presenta indicadores de vulneración en su integridad sexual. Advierte que la agraviada ha incurrido en contradicciones durante el proceso, esto es, respecto al consentimiento sexual prestado, y en lo referente a su verdadera edad. Y finalmente, invoca la configuración del error de tipo previsto en el artículo 14º del Código Penal.

§. IMPUTACIÓN FISCAL.-

TERCERO: Conforme a la acusación fiscal de fojas quinientos cincuenta y tres, en el mes de marzo del año 2014, la menor agraviada identificada con la clave 124 – 2014, recibió una solicitud de amistad en su cuenta personal de la red social "Facebook", de parte del usuario identificado como "Pablo Enrique", perteneciente al encausado RENZO PAOLO HERBOZO

PACSI; la cual fue aceptada por la menor, ya que este último tenía agregadas a sus amigas. Entablaron una amistad virtual, indicándole, dicho acusado que tenía quince años de edad, logrando convencerla para encontrarse en el Centro Comercial "Real Plaza", ubicado entre las avenidas Aviación y Primavera, en el Distrito de San Borja. Ambos iniciaron una relación sentimental, desde los primeros días del mes de abril del año 2014, frecuentándose en los alrededores del Centro Educativo de la agraviada y del centro comercial antes mencionado. Se destaca que el imputado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, en una ocasión, aprovechó que la madre de la menor no se encontraba en su domicilio por motivos laborales, dirigiéndose al mismo; una vez al interior, la besó y la realizó tocamientos indebidos en diversas partes del cuerpo. Asimismo, con fecha 20 de abril de 2014, el referido procesado se presentó nuevamente en la vivienda de la agraviada, pidiéndole conocer a su mascota (gato), logrando ingresar. Seguidamente, la comenzó a besar, la llevó al dormitorio, la despojó de sus prendas de vestir y la ultrajó sexualmente. Se advierte que la madre de la menor se opuso a la relación que ésta mantuvo con el encausado, debido a su corta edad, lo que motivó a que se encontraran a escondidas.

§. DELIMITACIÓN DEL ANÁLISIS DEL CASO.-

CUARTO: En el presente caso, convergen dos tipos de pretensiones. De un lado, los agravios invocados por el imputado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, inciden en su responsabilidad penal; cuya tesis defensiva, reside, sustancialmente, sobre: **i)** Su desconocimiento acerca de la edad real de la menor agraviada; y, **ii)** El consentimiento prestado por esta última para mantener relaciones sexuales, negando, a su vez, la ejecución dolosa del delito de Violación Sexual de Menor de Edad. Y de otro lado, la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR requirió el incremento del *quantum* punitivo

impuesto en la sentencia condenatoria, en función a la gravedad del ilícito. En ese sentido, con fines estrictamente metodológicos, corresponde realizar un análisis diferenciado de los extremos acotados, con la finalidad de abordar los agravios propuestos. Cabe mencionar que no fue objeto de impugnación la reparación civil.

§. ANÁLISIS DEL CASO.-

I.- RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR EL ACUSADO RENZO PAOLO HERBOZO PACSI:

A.- DESCONOCIMIENTO ETÁREO:

QUINTO: Debe destacarse, en principio, que la agraviada identificada con la clave 124 – 2014, tiene como fecha de nacimiento, el 03 de abril de 2001, conforme al documento nacional de identidad de fojas ciento ochenta y siete; por lo que, confrontada con la data del acto sexual incriminado, el 20 de abril de 2014, se concluye que la menor tenía 13 años y 17 días de edad. Tal aspecto es incuestionable en el proceso penal, y asimismo, se corresponde con la conclusión científica arribada en el Certificado Médico Legal número 041435 – E – IS, de fojas noventa, el cual determinó que la agraviada tuvo una edad aproximada de 13 +/- 1 años. A su vez, la materialidad del delito está debidamente acreditada, pues en el examen médico, esta última presentó "*signos de desfloración himeneal antigua*".

SEXTO: Ahora bien, la menor agraviada declaró a nivel preliminar, a fojas veintiuno, con intervención de la señora Fiscal Adjunta Provincial, y durante el juicio oral, a fojas seiscientos ocho. Ambas declaraciones, al unísono, engloban contenido incriminativo, y presentan rasgos similares y coetáneos en un aspecto clave: La víctima, en ningún momento le indicó

al acusado que tenía quince años de edad. El siguiente detalle clarificará lo expuesto:

- En sede fiscal, frente a la interrogante “¿te preguntó tu edad”, textualmente respondió: “sí, yo le dije **que él** tenía 15 años”. Esta afirmación, para ser interpretada, debe ser contextualizada con la totalidad de los datos fácticos precisados y no de manera sesgada. Ciertamente, el análisis integral de la información suministrada en la entrevista, permite concluir que cuando la agraviada hizo alusión a dicha edad, estaba refiriéndose, exclusivamente, al imputado. Incluso, lo expuesto se expresa con nitidez, luego de que se le preguntara “¿cuántos años tiene él?”, ante lo cual, la menor indicó “**[él] me dijo que tenía 15 años**”; por lo tanto, es evidente que los datos apuntados no son contradictorios entre sí. La víctima ha sido uniforme sobre lo reseñado. Reconoció, adicionalmente, que practicaron el acto sexual cuando tenía trece años.
- En el juzgamiento, la agraviada, al inquirírsele sobre “¿Cuántos años le dice que usted tenía?”, respondió con firmeza: “**Trece, él me dijo que tenía quince**”.
- Conforme a lo apuntado, es razonable concluir que el imputado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, tenía conocimiento de la edad real de la agraviada. Esta tenía trece años cuanto sostuvieron relaciones sexuales. Lo afirmado a nivel preliminar ha sido plenamente ratificado en el juicio oral, en lo atinente a la edad real de la víctima y al conocimiento que, de esta circunstancia, tuvo el mencionado acusado.

SÉTIMO: Abona a lo acotado, la convergencia de otros medios probatorios: **i)** El procesado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI estaba registrado, en la red social Facebook, con el usuario “Paolo Enrique” [ver fojas quinientos

noventa y ocho]. En la investigación se incorporaron las transcripciones de las conversaciones sostenidas con la menor agraviada. Se destaca que ambos mantuvieron comunicación, aproximadamente, desde el 28 de marzo de 2014. En esta fecha, el acusado le preguntó su edad, ante lo cual, ésta le respondió con firmeza que tenía: Doce años. Trasciende que la víctima fue enfática al indicarle que cumpliría trece años con posterioridad [ver fojas cuatrocientos cincuenta y cinco] La documentación adjunta no ha sido objeto de tacha, por lo tanto, conserva valor probatorio; **ii)** Los peritos otorgantes del Dictamen Pericial de Psicología Forense de fojas noventa y tres, Dara Navarro Guerra y Yolanda Torres Díaz, precisaron que las funciones cognitivas, respecto al lenguaje, juicio social y funcionamiento intelectual, están acordes a la edad cronológica de la agraviada [trece años]. Respecto a su apariencia física, los profesionales indicaron que no pueden precisar su edad, sin embargo, puntualizaron que cuando la entrevistaron, ésta tenía un tono de voz y una pronunciación que reflejaba una edad cronológica menor a la que aparentaba físicamente [ver fojas cuatrocientos ochenta y cinco]. Se trata de pruebas documentales que, analizadas en conjunto, generan convicción razonable sobre el conocimiento indubitable del acusado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, sobre la edad de la menor identificada con las iniciales con la clave 124 – 2014, cuando ambos mantuvieron relaciones sexuales. En consecuencia, no cabe la configuración del error de tipo regulado en el artículo 14° del Código Penal.

B.- CONSENTIMIENTO SEXUAL:

OCTAVO: Por otro lado, respecto al consentimiento sexual alegado por el procesado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI; esta Sala Penal Suprema no puede soslayar el contexto situacional en que se produjeron los hechos. Entre el acusado y la menor existió una relación sentimental, corroborada, tanto



con el reconocimiento del primero [fojas treinta y siete, en presencia de la señora Fiscal Adjunta Provincial, doscientos dieciocho, y quinientos noventa y siete], así como, con el contenido de las conversaciones producidas entre ambos, según el Acta de Revisión y Visualización de Contenido de Facebook, de fojas cincuenta, con participación del señor Fiscal Adjunto Provincial. En esta última, existen mensajes cuya elocuencia y singularidad revela una íntima cercanía. Cabe significar que, la agraviada, con naturalidad, rememora el acto sexual, increpándole al procesado sobre la razón por la cual no uso preservativos y manifestándole su temor de quedar embarazada. Además, se refiere, con espontaneidad, a la relación de enamorados que mantuvieron, solicitándole que la presente ante su grupo de amigos, con la finalidad de probarle sus sentimientos. No puede acreditarse que la menor, en esas circunstancias, se haya opuesto de manera concreta, tangible e inequívoca al acto sexual; por lo tanto, se infiere razonablemente, que ésta lo consistió. La prueba actuada, en este punto, es insuficiente para acreditar acciones de violencia o grave amenaza para acceder a mantener relaciones sexuales. Lo expuesto, sin embargo, no es de recibo para suprimir la tipicidad del hecho punible. El delito y la culpabilidad del encausado están debidamente acreditados. En consecuencia, corresponde ratificar la sentencia impugnada. El recurso de nulidad interpuesto por el acusado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI no puede prosperar.

II.- RECURSO DE NULIDAD FORMULADO POR LA SEÑORA FISCAL ADJUNTA SUPERIOR:

NOVENO: La señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR, inserta como pretensión procesal el incremento de la pena impuesta al encausado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI. A tal efecto, corresponde a este Tribunal Supremo desarrollar un nuevo esquema de dosificación punitiva, a fin de contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta.

DÉCIMO: La DETERMINACIÓN DE LA PENA tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal [que vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y vista la proporcionalidad como límite máximo], como los artículos 45° y 46° del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada "DETERMINACIÓN LEGAL", y la segunda rotulada como "DETERMINACIÓN JUDICIAL". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución de la pena.

➤ **DETERMINACIÓN LEGAL.-**

DÉCIMO PRIMERO: Así, acotado lo anterior, debemos remitirnos a la pena conminada prevista para la ilícita materia de condena, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, se encuentra en un rango punitivo no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. No convergen circunstancias de agravación cualificada, como la reincidencia o habitualidad, cuyos efectos alterarían el límite máximo de la penalidad, configurando un nuevo marco de punición.

➤ **DETERMINACIÓN JUDICIAL.-**

DÉCIMO SEGUNDO: Situados en este primer ámbito de determinación de la pena, resta precisar la magnitud cuantitativa de la misma. En este punto, los presupuestos para fundamentar y determinar la sanción, previstos en el artículo 45° del Código Penal, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el procesado, el nivel de su cultura y costumbres [grado de instrucción secundaria completa y de ocupación estudiante], incluyendo la ausencia de antecedentes penales [fojas quinientos ochenta y

siete]; en modo alguno, justifican una rebaja por debajo del mínimo legal. Se trata de circunstancias genéricas de atenuación que sólo permiten imponer la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta, según el artículo 46° del Código Penal.

DÉCIMO TERCERO: Ahora bien, es preciso ponderar que el encausado RENZO PAOLO HERBOZO PACSI, a la fecha de ejecución del evento incriminado [20 de abril de 2014], tenía 19 años y 7 meses de edad aproximadamente [ver ficha RENIEC de fojas ciento cuarenta y ocho]; por lo tanto, se encuentra inmerso en los alcances del artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, concerniente a la responsabilidad restringida. Tal circunstancia, se erige como una causal de disminución de punibilidad, cuyo efecto será la degradación de la sanción, siempre en una línea descendente inferior al mínimo legal. Se trata de una reducción discrecional y prudencial de la penalidad conminada para el delito que siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial [1].

DÉCIMO CUARTO: Si bien, el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, proscribe la aplicación de reducción punitiva, entre otros, para los agentes que hayan cometido el delito de violación de la libertad sexual; sin embargo, el Tribunal Constitucional, en importante jurisprudencia, ha reconocido la discrecionalidad de los Jueces de reducir prudencialmente la pena y/o inaplicar el segundo párrafo del artículo antes mencionado [2]. De la misma forma, el Acuerdo Plenario número 04 – 2008/CJ – 11, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho [que, en rigor, instituyó un criterio generalizado de la atenuación de la sanción por razón de la edad], emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció como doctrina legal que: “Los Jueces Penales (...) están plenamente habilitados a pronunciarse, **si así lo juzgan conveniente**, por la inaplicación del

[1] Prado Saldarriaga, Víctor. Determinación Judicial de la Penal. Instituto Pacífico. Lima 2015, pp.60.

[2] STC número 00751 – 2010 – PHC/TC. HUÁNUCO, de fecha 15 de junio de 2010. Fundamento jurídico cuarto.

párrafo segundo del artículo 22° del Código penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente –, que impide un resultado jurídico legítimo” [fundamento jurídico décimo primero]. Como es evidente, existe una línea reiterada de la jurisprudencia, constitucional y judicial, que permite la inaplicación de tal restricción punitiva. El instrumento jurídico para ejercitar dicha facultad, será el control difuso, de conformidad con el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución Política del Estado [3].

DÉCIMO QUINTO: No cabe duda que en la determinación de la pena deben prevalecer los intereses relativos a la dignidad de la persona humana; lo que no obsta a ponderar, asimismo, la entidad del injusto cometido y el grado de responsabilidad atribuible al procesado. Estos factores son inescindibles en el juicio punitivo. La pena privativa de libertad, si bien constituye la consecuencia jurídica más importante del delito, posee limitaciones en la perspectiva democrática del Estado y se rige bajo los principios de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Esto conlleva a impedir la aplicación rigurosa y desproporcionada de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de alguna atenuante especial.

DÉCIMO SEXTO: De lo expuesto se concluye que, en el presente caso, está justificada la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, en aplicación del artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal. No existen razones objetivas que emerjan de la investigación para no recurrir a tal causal de disminución de punibilidad. Ciertamente, el segundo párrafo de la citada norma sustantiva colisiona con el derecho a la igualdad de todo

[3] Artículo 138° de la Constitución Política del Estado: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

justiciable, por lo tanto, corresponde su inaplicación, con arreglo al artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO SÉTIMO: Al respecto, cabe destacar que este Tribunal Supremo, se ha pronunciado, anteriormente, sobre la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, por atentar contra el derecho a la igualdad de todo procesado. Así, debemos remitirnos a las disposiciones jurisprudenciales instituidas en el Recurso de Casación número 335 – 2015, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis [precedente vinculante]. Conciérne verificar la concurrencia de las siguientes reglas jurídicas para justificar dicha inaplicación. Estas son: **i)** Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; **ii)** Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; **iii)** Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y **iv)** Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito [Considerando Cuadragésimo Tercero].

DÉCIMO OCTAVO: En el caso analizado, no se da cumplimiento a la regla **iii)**, de tal manera que, *"La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena"* [Considerando Cuadragésimo Tercero, literal "C"]. El Dictamen Pericial de Psicología Forense de fojas noventa y tres, concluye que la menor presenta: *"indicadores emocionales de haber sido vulnerada en su intimidad sexual, evidenciando ansiedad, temor, retraimiento y bajas defensas personal"*; además, se destacan factores de ingenuidad, influenciabilidad y confianza, tornándose vulnerable y sugestionable ante las muestras de apoyo, afecto y protección. Todos los cuales fueron aprovechados por el procesado RENZO PAOLO HERBOZO PÁCSI,

facilitándole la ejecución del acto sexual. Por lo tanto, la pena aplicada [ocho años], se advierte razonable y proporcional. Responde a un equilibrio valorativo teniendo en cuenta la entidad del injusto, reflejada en la afectación al bien jurídico Indemnidad Sexual, entendida como la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, aplicada a los menores e incapaces. No existe evidencia tangible de que una sanción superior, en términos de racionalidad, vaya a surtir el mismo efecto preventivo - general en función a la finalidad de la pena. La señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR, en su recurso de nulidad, no ha expresado razones concretas sobre tal circunstancia, limitándose a resaltar la gravedad del delito. Debe recordarse que en la determinación de la pena confluyen dos principios relevantes: Legalidad y Proporcionalidad. Una pena podrá ser considerada "justa" siempre que combine, adecuadamente, los alcances normativos de cada principio, mediante un juicio ponderativo. En el caso de autos, debe prevalecer la proporcionalidad sobre la legalidad, y no a la inversa.

DÉCIMO NOVENO: Finalmente, no confluyen otras reglas de reducción por bonificación procesal [confesión sincera o conclusión anticipada del juicio oral], para efectuar alguna rebaja adicional. El recurso de nulidad promovido por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR no debe ser estimado. Corresponde ratificar la pena impuesta.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos cincuenta y cuatro, de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince, emitida por Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a RENZO



PAOLO HERBOZO PACSI, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con la clave 124 – 2014, a ocho años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

CHP/ecb.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

10 ABR 2017