

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 559-2010
APURÍMAC

Lima, veintitrés de agosto de dos mil diez.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el encausado Marcelino Martínez Barrientos y el representante del Ministerio Público contra la sentencia condenatoria, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos treinta y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el encausado Marcelino Martínez Barrientos fundamenta su recurso de nulidad, a fojas trescientos cuarenta y ocho, alegando que no se han valorado adecuadamente los medios de prueba que obran en autos, puesto que, de la compulsa correcta de estos se puede advertir que las relaciones mantenidas con la menor agraviada fueron consentidas y realizadas desde que ella tenía catorce años de edad, esto es, desde el veintitrés de enero de dos mil ocho hasta el mes de mayo de ese mismo año; de otro lado, el Fiscal Superior fundamenta su recurso de nulidad, a fojas trescientos sesenta y uno, alegando que la pena impuesta al encausado no resulta adecuada y proporcional al hecho cometido, debiendo incrementarse la misma de acuerdo a los parámetros fijados en la ley. **Segundo:** Que, conforme se advierte de la acusación fiscal, de fojas doscientos diecinueve, se imputa al encausado Marcelino Martínez Barrientos haber abusado sexualmente, y en reiteradas oportunidades, de la menor agraviada identificada con las iniciales N.D.T., desde que contaba con trece años de edad - diciembre de dos mil siete - hasta sus catorce años - mayo de dos mil ocho. **Tercero:** Que, a efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la seguridad y certeza respecto de la responsabilidad penal del encausado, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él la

convicción de culpabilidad, sin el cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado; ello implica, que para su desvirtuación se exige una mínima actividad probatoria y efectivamente incriminatoria, producida en el marco de las garantías procesales, de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado. **Cuarto:** Que, la declaración policial prestada por el encausado Marcelino Barrientos, a fojas siete, ha sido realizada con la presencia del representante del Ministerio Público, es decir, con la garantía de una debida investigación preliminar, siendo el caso que dicha declaración fue ratificada - en el sentido de haber mantenido relaciones sexuales consentidas con la menor desde diciembre de dos mil siete - en su instructiva de fojas treinta y nueve, donde estuvo presente el Juez Penal, el Fiscal Provincial y su Abogado defensor, respetándose un debido proceso y el derecho de defensa; en consecuencia, la declaración es válida frente al cambio de versión realizada en sus manifestaciones posteriores - ampliación de instructiva y juicio oral, de fojas noventa y doscientos cuarenta y tres, respectivamente - , donde negó que las relaciones sexuales hayan empezado en el mes de diciembre de dos mil siete, sino el veintidós de enero de dos mil ocho, lo que además viene respaldado por la menor agraviada, quien en todas sus declaraciones, a nivel policial, en la instrucción y en el juicio oral a fojas diez, ciento cincuenta y dos y doscientos sesenta y tres, respectivamente, señaló que habría sido ultrajada - contra su voluntad - sexualmente por el encausado desde el mes de diciembre de dos mil siete hasta el mes de mayo de dos mil ocho; es decir, desde que tenía trece años de edad hasta los catorce años, conforme se desprende de su partida de nacimiento de fojas sesenta y siete, donde se informa que nació el trece de enero de mil novecientos noventa y cuatro. **Quinto:** Que, la Sala Penal Superior determinó correctamente que las relaciones sexuales mantenidas por el encausado y la menor agraviada fueron consentidas, pues del contexto descrito, la cantidad y frecuencia de las relaciones sexuales (varios meses), el lugar (habitación del encausado) y la falta de

denuncia durante todo ese tiempo, se advierte la ascensión, placed o autorización de la menor de mantener relaciones sexuales; situación que permite deducir que la sindicación de la menor - en el sentido de que se realizó con fuerza y bajo amenaza - no tiene asidero e implica un ánimo de venganza u odio hacia el encausado, y por tanto la presencia de incredibilidad subjetiva, puesto que, en su preventiva expresó que después de que el encausado la llevó a su ciudad natal, éste se regresó a Lima para convivir con otra persona; por ello, resulta poco confiable sus declaraciones, respecto de la existencia de violencia o amenaza.

Sexto: Que, el consentimiento dado sólo tiene efectos de atipicidad - en los delitos de violación sexual - cuando el sujeto pasivo tenga catorce o más años de edad; por ello, dicho efecto sólo resultaría operable - en este caso - desde que la menor cumplió sus catorce años de edad - enero de dos mil ocho - hasta la culminación de las relaciones sexuales consentidas - mayo de dos mil ocho -, no siendo aplicable cuando tenía trece años de edad; sin embargo, advertimos en el proceso un elemento que impide la configuración del tipo subjetivo, esto es un error de tipo; por cuanto, el encausado, en su instructiva de fojas treinta y nueve expresó que la menor le había referido - cuando tuvieron relaciones sexuales en el mes de diciembre de dos mil siete - que tenía catorce años de edad y no trece; lo que motivó al encausado a mantener las relaciones sexuales consentidas con ella, puesto que no habría podido advertir que tenía menos años; además, esta conclusión es respaldada por la declaración jurada, obrante a fojas doscientos uno, perteneciente a Yolanda Huamán Paz, propietaria del inmueble donde habitaba el encausado, señalando que éste trajo a la menor a su habitación, no cuestionándole dicha conducta porque la menor agraviada parecía tener unos veinte años de edad; en ese sentido, su conducta no se encuadra en el tipo penal de violación sexual de menor al generarse un error de tipo, puesto que en el encausado estuvo en error o ignorancia sobre uno de los elementos que integran el tipo objetivo - la edad de la menor - (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, dos mil seis, página trescientos sesenta y uno),

resultando atípica su conducta al no haber actuado con dolo y porque resulta irrelevante determinar si el error fue invencible o vencible, puesto que de presentarse el segundo caso no podría determinarse una pena en base a un delito inexistente - violación sexual culposa -, conllevado sólo a la falta de responsabilidad penal. Por estos fundamentos: Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil nueve, de fojas trescientos treinta y siete, que condenó a Marcelino Martínez Barrientos como autor del delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales N.D.T.; a diecisiete años de pena privativa de la libertad, la que computada desde el treinta de setiembre de dos mil ocho vencerá el veintinueve de setiembre de dos mil veinticinco, y fijó en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el encausado a favor de la menor agraviada; y **reformándola** absolviéron al encausado Marcelino Martínez Barrientos de la acusación fiscal por el delito y agraviada antes citados; **ORDENARON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; así como el archivamiento definitivo del proceso; **DISPUSIERON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado por autoridad competente; oficiándose vía fax con tal fin a la Sala Mixta de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, para los fines consiguientes; y los devolvieron. -

SS.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

Absolución, toda vez que el encausado estuvo en error o ignorancia sobre uno de los elementos que integran el tipo objetivo, resultando atípica su conducta al no haber actuado con dolo y

porque resulta irrelevante determinar si el error fue invencible o vencible, puesto que de presentarse el segundo caso no podría determinarse una pena en base a un delito inexistente de violación sexual sino sólo a la falta de responsabilidad penal