



Culpa consciente

De las pruebas aportadas y actuadas en el proceso que puedan dilucidar si el sentenciado tenía conocimiento o tal vez podían representársele las enfermedades venéreas que padecía, ni por la declaración del menor agraviado, ni por la del propio sentenciado, ni por las pruebas médico-legales practicadas al sentenciado ni por los informes de EsSalud se puede llegar a inferir y menos aún determinar que aquel tenía conocimiento y tampoco podía prever la condición física en que se encontraba en la fecha de los hechos, puesto que no registra atenciones médicas al respecto ni síntomas que le hayan despertado la sospecha de que podía haber contraído alguna enfermedad venérea. No hay manera de acreditar que estuvo enterado o que podía prever que, al mantener relaciones sexuales con el menor, lo contagiaría de tales enfermedades. Tampoco se tiene la data desde que este es reactivo al virus (VIH). Únicamente este sabía de su padecimiento de una hernia en la región inguinal, la que lo aquejaba desde hacía años atrás.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, tres de mayo de dos mil veintitrés

VISTOS: en audiencia privada, el recurso de casación, por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal —en adelante CPP— (infracción de precepto material), interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la Resolución n.º 65-2021, sentencia de vista emitida el quince de julio de dos mil veintiuno por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la de primera instancia del diez de marzo de dos mil veintiuno, que condenó a Carlos Alberto Mamani Huacoto por los cargos formulados en su contra por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor de iniciales J. A. L. T.; con lo demás que contiene.



Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso

- 1.1.** Concluida la investigación preparatoria, el fiscal provincial formuló requerimiento de acusación contra Carlos Alberto Mamani Huacoto por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en concordancia con el delito de violación sexual de menor de edad seguida de lesión grave, en agravio del menor de iniciales J. A. L. T. (de doce años de edad).
- 1.2.** Al finalizar la etapa intermedia, esto es, una vez efectuada la respectiva audiencia de control de acusación, se dictó el auto de enjuiciamiento contra el citado imputado y se declaró la admisibilidad de determinados medios probatorios ofrecidos por las partes.
- 1.3.** El Juzgado Penal Colegiado citó a juicio oral, que se llevó a cabo de manera privada y, tras realizar el contradictorio, se concluyó con la emisión de la Resolución n.º 36-2020, sentencia del diez de marzo de dos mil veintiuno (folios 402 a 477), que lo condenó como autor del delito contra la libertad en la modalidad de violación sexual de menor de edad, ilícito previsto y penado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, en perjuicio del citado agraviado; con lo demás que contiene.
- 1.4.** La defensa técnica del sentenciado, el representante del Ministerio Público y el actor civil interpusieron sendos recursos de apelación contra la mencionada sentencia, lo cual fue de conocimiento de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Llevada a cabo la respectiva audiencia, dicho órgano jurisdiccional emitió la sentencia de vista el quince de julio de dos mil veintiuno, que confirmó la sentencia de primera instancia.
- 1.5.** Por ello, la defensa técnica del sentenciado y el representante del Ministerio Público interpusieron respectivamente recursos de casación, los que fueron

concedidos por la Sala de Apelaciones. Sin embargo, esta Suprema Sala solo admitió el recurso de casación del representante del Ministerio Público por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3, del CPP (por infracción de precepto material). Y, elevados los autos, se cumplió con el traslado a las partes procesales por el plazo de diez días.

- 1.6. Cumplido con lo señalado en el artículo 431, numeral 2, del CPP, mediante decreto del veintitrés de marzo de dos mil veintitrés, se cumplió con señalar como fecha para la audiencia de casación el miércoles diecinueve de abril del presente año.
- 1.7. La audiencia de casación fue realizada el día indicado. Concurrió como parte recurrente del recurso de casación la representante del Ministerio Público, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas.
- 1.8. En la audiencia de casación la fiscal alegó que no se consideró en el momento de sentenciar la agravante contenida en el artículo 173-A del Código Penal, puesto que dicho tipo penal no exige el dolo, sino que el agente pudiera prever con dolo eventual su enfermedad, ya que el acusado concurría a prostíbulos y mantuvo relaciones sexuales con el menor agraviado sin protección alguna, esto es, se le pudo representar el riesgo. Por ello, solicitó el petitorio anulatorio a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento para que se precise la culpa consciente del dolo eventual.
- 1.9. El desarrollo de la audiencia consta en el acta correspondiente. Luego de que culminó, la causa fue objeto de deliberación en sesión privada, se procedió a la votación respectiva y se acordó la emisión de la presente sentencia de casación.

Segundo. Imputación fáctica

- 2.1. De la imputación fiscal se tiene que el menor agraviado J. A. L. T. fue captado mediante el uso de las redes sociales (Facebook) por el investigado Carlos Alberto Mamani Huacoto, quien mediante el uso de una cuenta falsa

de Facebook se hizo pasar por una mujer de nombre “Leslie Estefania Rojas”, con el fin de entablar comunicación con el menor agraviado. La primera fecha de comunicación fue en noviembre de dos mil diecisiete. Mamani Huacoto se comunicó mediante el uso de la citada cuenta falsa y le indicó al menor que se quería encontrar con él, por lo que le propuso reunirse en el coliseo Bolognesi de Cayma a las 13:00 horas.

2.2. El menor agraviado, al momento de salir de su colegio, aproximadamente a las 12:45 horas, se dirigió a esperar a la supuesta persona llamada “Leslie Estefania Rojas” en el citado coliseo, en donde se encontraba un automóvil de color azul estacionado al frente, del cual descendió el investigado Mamani Huacoto, quien se acercó al menor agraviado y lo sujetó del brazo, lo jaló y lo introdujo al vehículo, en donde con una soga le amarró los brazos, lo lanzó al asiento posterior y lo llevó a su domicilio. Una vez allí, lo subió a su habitación del segundo piso, donde el investigado le indicó que se sacara el pantalón. Ante la negativa del menor, le propinó un golpe de puño en la boca y lo tiró a la cama. Entonces comenzó a bajarle el pantalón y la trusa al menor, quien se encontraba boca abajo y era sujetado de la cabeza por el investigado, el cual también se bajó el pantalón y comenzó a violar analmente a la víctima. Esta agresión sexual duró aproximadamente media hora. Cuando finalizó, el investigado se retiró al baño, lo que fue aprovechado por el menor para ver su celular y saber de quién se trataba. Y se percató de que se trataba de la persona que se hacía pasar por “Leslie Estefania Rojas”. Posteriormente, el investigado hizo que el menor ingresara al vehículo y lo dejó donde lo recogió, amenazándolo con que, si contaba lo sucedido, algo malo le sucedería a su familia.

2.3. A finales del mes de agosto de dos mil dieciocho, el padre del menor lo ingresó al hospital Honorio Delgado, por el área de emergencia, y se

comunicó con la madre de este, a quien los médicos le informaron que el agraviado J. A. L. T. era portador de sífilis y VIH, enfermedades de transmisión sexual, por lo que la víctima contó a sus padres lo sucedido.

- 2.4.** Asimismo, el imputado siguió manteniendo comunicación con el menor de iniciales J. A. L. T., pues este último le comentó que sus progenitores lo habían llevado a la posta y que le había salido un hongo en el ano, por lo que el imputado le pidió al menor que le mandase una foto de lo que le había salido. El agraviado se la mandó y el imputado le dijo que no era un hongo, sino una verruga y le ofreció llevarle unas pastillas a su casa. Dejó dicho medicamento en un árbol que se encontraba cerca del domicilio del menor. Estos mensajes fueron enviados, vía Messenger, del teléfono del imputado al del menor agraviado.

Tercero. Fundamentos de la impugnación

- 3.1.** El casacionista invocó como causa de pedir la inobservancia del precepto constitucional, el quebrantamiento de precepto procesal y la infracción de precepto material: artículo 429, numerales 1, 2 y 3, del CPP. Alegó que el tipo delictivo materia de condena no fue interpretado debidamente, toda vez que el órgano de instancia calificó la agravante propuesta “si los actos [...] produce lesión grave, y el agente pudo prever el resultado” como dolosa, cuando es evidente que se trataría de una figura preterintencional, en que opera la culpa consciente o inconsciente, en tanto en cuanto al omitente se le imputa el conocimiento de la posible existencia de un riesgo cuya materialización en un resultado lesivo debía evitar con la adopción de medidas de cuidado (el imputado accedió sexualmente con el menor sin protección y con la posibilidad de prever que podía contagiarlo).

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Primero. Análisis sobre la causal de casación admitida

- 1.1. Respecto al motivo casacional previsto en el numeral 3 del artículo 429 del CPP, la norma señala que incurre en dicha causal cuando la sentencia (o auto) importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal. En el caso concreto, la representante del Ministerio Público denuncia una indebida interpretación del artículo 173-A del Código Penal.
- 1.2. Este Supremo Tribunal, ejerciendo sus facultades de control jurídico, a través de la presente ejecutoria ha de determinar si la Sala de Apelaciones ha incurrido en una infracción del precepto material, esto es, un error en la decisión al haber emitido su pronunciamiento condenatorio únicamente por el delito de violación sexual de menor, pero sin la agravante propuesta en la acusación fiscal.
- 1.3. Alega la recurrente que la conducta de Mamani Huacoto se ve incurso en la figura de violación sexual de menor seguida de lesión grave, por cuanto el sentenciado pudo prever el resultado de haber contagiado de sida al menor agraviado, puesto que llevaba una vida irresponsable respecto a las relaciones sexuales que mantenía con personas desconocidas y en lugares de dudosa reputación. Así pues, se estaría frente a la culpa consciente que produjo la lesión grave.
- 1.4. Dentro del dolo eventual existen dos vertientes: la primera es la teoría del conocimiento y la segunda, la teoría de la probabilidad. En esta última, conocida como la teoría de la representación, el agente, pese a conocer de la puesta en peligro de su acción y que el resultado se presente como probable, continua actuando, siendo indiferente si aprobó o no este resultado¹. En la culpa consciente, existe la representación del resultado, pero el agente

¹ CUEVA RUESTA, Wilmer. (2020). El dolo eventual y la culpa consciente o con representación, una delgada línea: “caso Discoteca Thomas”. *IUS 360*. <https://ius360.com/el-dolo-eventual-y-la-culpa-consciente-o-con-representacion-una-delgada-linea-caso-discoteca-thomas-wilmer-cueva-ruesta/>

confía en que este no se producirá². Se estaría frente a la realización de una conducta arriesgada, pero en el fuero interno del agente este confía en que el resultado no ha de suceder.

- 1.5.** Es preciso determinar en este caso si el imputado Mamani Huacoto estaba en la posibilidad de saber, prever o representarse la opción del contagio de alguna enfermedad como consecuencia de las relaciones sexuales que mantenía, puntualmente en este caso con el menor agraviado. Dicho control se hace en razón del sustento casatorio que se concedió y sobre la base del relato de los hechos y las pruebas evaluadas por la sentencia de vista. El análisis se origina como consecuencia del reclamo del Ministerio Público de que no se le aplicó la agravante de lesión grave que habría causado como consecuencia del delito de violación sexual en que incurrió, condición que incide en la pena a aplicarse.
- 1.6.** Primero, debe evaluarse si el imputado tenía conocimiento o no de las enfermedades que padecía, debido a que en su defensa alegó que no sabía que era portador de estas; por lo tanto, la posibilidad de contagio no era viable. Sin embargo, esa versión debe ser corroborada o no del análisis de la prueba actuada. Se ha establecido en la sentencia de vista que en la fecha en que cometió el delito (de noviembre de dos mil diecisiete a julio de dos mil dieciocho) no sabía que tenía VIH, no hay informes médicos que así lo determinen, no había síntomas o signos del padecimiento que tenía, no había consultas médicas registradas sobre dicha materia, su condición física era aparentemente normal y, si bien es verdad, conforme se ha glosado en autos, que llevaba una vida sexual promiscua y esencialmente con prostitutas, ello no es suficiente para determinar con certeza que esa condición necesariamente derive en que sea portador de alguna enfermedad venérea, situación que además el Ministerio Público tampoco ha

² SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Recurso de Nulidad n.º 921-2019/Lima Sur, del veintiséis de julio de dos mil veintiuno.

corroborado con otro elemento diferente a esa vida sexual licenciosa. En consecuencia, concluir que contagió deliberadamente o teniendo conocimiento de que portaba una enfermedad o razonar que ello era previsible y podía representarse esa opción resulta subjetivo.

- 1.7.** El propio sentenciado ha referido que recién descubrió ser portador de esas enfermedades cuando fue sometido a exámenes médicos como consecuencia del delito que cometió. Las declaraciones del menor no tienen trascendencia para probar si el dicho del imputado es cierto o no, y los certificados de EsSalud no determinan ninguna referencia anterior a los hechos sobre los males que padecía.
- 1.8.** En resumen, no se tiene data anterior a la comisión de la violación sexual que establezca sin duda que el imputado sabía o podía sospechar que era portador de alguna enfermedad venérea. Solo se hace mención en las diversas evaluaciones médicas a una hernia inguinal que le originaba esencialmente vergüenza y restricción en sus relaciones sexuales. Los peritajes médicos realizados al procesado han concentrado su atención en esa condición física, en razón del alegato de defensa que refería situaciones de impotencia o dificultad para tener relaciones sexuales por dicha enfermedad, lo cual no es materia de esta casación y que circunscribe su valor probatorio al acto de violación sexual.
- 1.9.** El menor agraviado tampoco refirió nada al respecto. De sus declaraciones no fluye que haya sido un tema mencionado entre ambos. Pese a que fueron reiterados los actos violatorios, no existe referencia alguna a algún tipo de consecuencia posterior. Por lo tanto, resulta insuficiente sospechar la representación del imputado de causar lesión vía contagio de enfermedad venérea por las costumbres sexuales inseguras que tenía, situación que deriva en la imposibilidad jurídica de atribuirle culpa consciente o dolo eventual.

- 1.10.** No nos cabe la menor duda que la situación en que ha quedado la víctima del hecho —quien no solo ha sufrido los ataques sexuales, sino además ha adquirido una enfermedad sexual— es deplorable; sin embargo, no por ello, sin medios probatorios fehacientes y suficientes, se puede agravar el tipo imputado si no se tiene la certeza de que con su accionar se le representó tal posibilidad de lesión grave en perjuicio del menor.
- 1.11.** Queda descartada la culpa consciente del sentenciado, que pretende el casacionista, debido a que la prueba actuada y evaluada en la sentencia de vista se circunscribe a lo que objetivamente aparece en autos, pues el desconocimiento que alega el procesado sobre la enfermedad que padece no ha sido contradicho con prueba idónea y suficiente, y no es válido atribuir como sustento de culpa consciente la situación de la víctima, cuando es obligación del titular de la acción penal establecer que el sujeto activo, sabiendo o presumiendo, actuó con representación del probable contagio. Por lo tanto, se le atribuye únicamente el tipo previsto en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal, modificado por Ley n.º 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece, vigente en el momento de los hechos (esto es, de noviembre de dos mil diecisiete a julio de dos mil dieciocho), con que se le ha condenado, y no son de recibo los agravios de la parte recurrente. En consecuencia, corresponde declarar infundado el presente recurso de casación y debe mantenerse la condena únicamente por el citado delito de violación sexual de menor de edad sin agravante alguna.
- 1.12.** Finalmente, es del caso anotar que a la fecha de la sentencia estaba vigente el artículo 177.2 del Código Penal, que está referido al mismo tipo penal establecido en el artículo 173-A del mismo texto legal, debido a que la modificación que ocurre por Ley n.º 30838 no cambia el tipo penal, sino que lo traslada bajo otro rubro y firma. Sin embargo, dicha norma disminuye la sanción penal de cadena perpetua y fija como máximo de pena treinta y cinco años, lo que no incide en este caso, debido a que se le



impuso una pena por debajo de ese mínimo legal vigente y más favorable al imputado, favorabilidad que en este caso no es de aplicación por cuanto la pena ya establece una sanción inferior al máximo establecido inclusive en la ley modificada.

- 1.13.** En cuanto a las costas del proceso, no corresponde su imposición, por cuanto el representante del Ministerio Público se encuentra exento de ello, conforme a lo previsto por el artículo 499, numeral 1, del CPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del CPP (infracción de precepto material), interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la Resolución n.º 65, sentencia de vista emitida el quince de julio de dos mil veintiuno por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la de primera instancia del diez de marzo de dos mil veintiuno, que condenó a Carlos Alberto Mamani Huacoto por los cargos formulados en su contra por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor de iniciales J. A. L. T.
- II.** En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del quince de julio de dos mil veintiuno, que confirmó la de primera instancia del diez de marzo de dos mil veintiuno.
- III. EXENTO** al representante del Ministerio Público del pago de las costas procesales.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1949-2021
AREQUIPA**

IV. MANDARON que se lea esta sentencia en audiencia privada y que, acto seguido, se notifique a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

V. DISPUSIERON que se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

Intervino el señor juez supremo Cotrina Miñano por licencia de la señora jueza suprema Carbajal Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

IASV/gmls