



Fundabilidad de casación por inaplicación de la ley penal

Sumilla. [1] Los artículos cuarenta y cinco A y cuarenta y seis del Código penal, ofrecen directrices para determinar e individualizar la sanción penal. [2] Los diferentes efectos que produce la prevención general positiva, están relacionados entre sí; la actividad de la justicia penal está dirigida a fortalecer en la ciudadanía la confianza en el derecho. [3] El control constitucional difuso se encuentra reglado como herramienta legal para asegurar la supremacía constitucional. [4] Las reglas del control constitucional difuso están vigentes y son obligatorias para los jueces.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, ocho de septiembre de dos mil veinte

VISTO: en audiencia privada, el recurso de casación concedido por la causa de "falta de aplicación de la ley penal", ante el planteamiento de la señora fiscal de la Segunda Fiscalía Superior Penal de la Merced-Chanchamayo, del distrito fiscal de Junín.

Intervino como ponente de la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La Sentencia de segunda instancia N.º 013-2016-PE, contenida en la Resolución N.º 29, del uno de junio de dos mil diecisiete¹, expedida, por mayoría, por los señores jueces superiores de la Sala de Apelaciones y Mixta de la Merced- Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, mediante la cual, se reformó la pena de treinta años de privación de la libertad pronunciada en la Sentencia de primera instancia N.º 4-2017, contenida en la Resolución N.º 24, del veintidós de febrero de dos mil diecisiete², y reformándola le impusieron quince años de tal³; en el proceso que se siguió contra don Antonio Esteban Bautista Eulogio por el delito de violación sexual, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales M. D. B.

¹ Cfr. folios doscientos cuarenta y siete a doscientos cincuenta y nueve.

² Cfr. folios doscientos cincuenta y seis a doscientos setenta y ocho.

³ Solo este extremo será materia de análisis.



2. FUNDAMENTOS DE HECHO

§. HECHOS OBJETO DE IMPUTACIÓN

Al procesado don Antonio Estaban Bautista Eulogio se le imputa el delito de violación sexual de menor, puesto que aprovechó su condición de empleador de los padres de la agraviada, quienes además vivían en casa de éste, ubicada en el caserío Alto Paujil-Pozuzo, en Junín; y, que la referida menor se quedaba sola al cuidado de sus hermanos menores, para ultrajarla sexualmente en reiteradas oportunidades, vaginalmente, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y el veintidós de diciembre de dos mil catorce, siendo el último hecho el dieciséis de enero de dos mil quince, cuando la víctima contaba con trece años y un mes de edad.

3. ITINERARIO DE LA CAUSA

§. EN PRIMERA INSTANCIA

3.1. De conformidad con lo expuesto en el requerimiento acusatorio y los alegatos finales del Ministerio Público, se imputó a don Antonio Estaban Bautista Eulogio el delito de violación sexual de menor, según lo señalado en el fundamento de hecho⁴.

3.2. El imputado fue encausado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal (en adelante, CPP). La señora fiscal provincial formuló acusación en su contra por la comisión del delito de violación sexual de menor, previsto en el primer párrafo, inciso dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal (en adelante, CP), en perjuicio de la menor de iniciales M. D. B.

3.3. Efectuado el juzgamiento de primera instancia, los señores magistrados que integran el Juzgado Penal Colegiado de la Merced dictaron sentencia el veintidós de febrero de dos mil diecisiete y condenaron al encausado como autor del delito de violación sexual y como tal le impusieron treinta años de pena privativa de libertad (solo este extremo será materia de análisis). Argumentando que:

3.3.1. Luego de verificar las circunstancias de atenuación y agravación previstas en el artículo cuarenta y seis del CP, el Colegiado concluyó que la pena concreta parcial se sitúa en el tercio inferior (es decir, entre treinta años y treinta y un años y ocho meses, por concurrir únicamente la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales).

⁴ Ver apartado dos de la parte expositiva de esta decisión.



3.3.2. Al no concurrir circunstancia agravante cualificada ni atenuante privilegiada, la pena que corresponde es de treinta años de privación de la libertad, pena fijada en el extremo mínimo que permitirá cumplir con la función protectora y resocializadora adoptada por el CP.

3.4. La defensa del sentenciado interpuso recurso de apelación mediante escrito del uno de marzo de dos mil diecisiete⁵, que fue concedido mediante Resolución N.º 25, de tres de marzo de dos mil diecisiete⁶.

§. EN SEGUNDA INSTANCIA

3.5. Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Penal de Apelaciones de La Merced emplazó a las partes recurrentes para concurrir a la audiencia de apelación; realizado el plenario en varias sesiones⁷, el Tribunal Superior emitió y leyó en audiencia la Sentencia de segunda instancia N.º 013-2016-PE, del uno de junio de dos mil diecisiete y respecto a la pena precisó que:

Es imposible que con una pena de treinta años la sociedad y el Estado por intermedio del INPE puedan cumplir con la obligación de reformar, readaptar, reeducar, rehabilitar y resocializar al penado. Si bien, es imposible establecer una pena tasada [...]. Una represión penal de treinta años resulta cruel, inhumana y degradante [...]⁸.

Al realizar el test de proporcionalidad, señalaron que:

La pena no es idónea para los fines constitucionales.
No es necesaria, pues se sabe por estudios especializados que quince años son suficientes para inocular o desadaptar a un ser humano.
No es proporcional; los fines constitucionales de la pena tienen mayor peso sobre el principio de legalidad, puesto que la cárcel lejos de favorecer a la reinserción se convierte en una universidad de la delincuencia.

3.6. Con la sentencia de vista, ahora recurrida en casación, se revocó la magnitud de la pena impuesta en primera instancia, al considerar que imponer treinta años de prisión es contraproducente al ser humano, puesto que no cumple con los fines de la pena.

§. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA SEÑORA FISCAL SUPERIOR

3.7. Leída la sentencia de vista y dentro del plazo legal establecido, la Fiscalía recurrente formuló recurso de casación⁹.

⁵ Cfr. folios doscientos setenta y nueve a doscientos ochenta y siete.

⁶ Cfr. folios doscientos ochenta y ocho y doscientos ochenta y nueve.

⁷ Cfr. folios doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta y seis.

⁸ Cfr. folio doscientos cincuenta y seis (vuelta) y doscientos cincuenta y siete.

⁹ Cfr. folios doscientos sesenta y cuatro a doscientos sesenta y siete.



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 818-2017
JUNÍN**

3.8. Concedida tal impugnación por auto, contenido en la Resolución N.º 30, del catorce de junio de dos mil diecisiete¹⁰, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el once de julio de dos mil diecisiete¹¹.

3.9. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala, mediante ejecutoria del veinticinco de mayo de dos mil dieciocho¹², en uso de la facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por la causa prevista en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del CPP, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

3.10. Instalada la audiencia de casación el doce de agosto de dos mil veinte y realizada como aparece en el acta que antecede –con la presencia del señor fiscal supremo en lo penal–, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

3.11. Deliberada la materia en secreto y votada, esta Suprema Sala Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se realizará en audiencia privada –con las partes que asistan–, acto programado para el cuatro de septiembre de dos mil veinte, encargándose la oralización de la misma al magistrado ponente.

Sin embargo, mediante decreto del cuatro de septiembre último, se difirió la lectura, para el ocho de septiembre del año en curso a las trece horas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante, SN)

Normatividad de la Constitución Política del Estado (en adelante, CPE)

1.1. En el artículo ciento treinta y ocho, se precisa que:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

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.

¹⁰ Cfr. folios doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve.

¹¹ Cfr. folio uno del cuaderno formado en esta Instancia Suprema.

¹² Cfr. folios cuarenta y siete a cincuenta y dos del cuaderno formado en esta Instancia Suprema.



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 818-2017
JUNÍN**

1.2. En el inciso veintidós, del artículo ciento treinta y nueve, se señala el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Normatividad de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Ley 28301 (en adelante, LOTC)

1.3. En la Segunda Disposición Final, se establece que los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

Normatividad del Código Procesal Constitucional – Ley 28237 (en adelante, CPCConst)

1.4. En el artículo VI del Título preliminar, se aborda el control difuso e interpretación constitucional, como sigue:

Quando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Normatividad del TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)

1.5. En el artículo uno, se señala que la facultad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, con sujeción a la Constitución y a las leyes.

1.6. En el artículo catorce se precisa que:

De conformidad con el artículo 236 de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Quando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

[Resaltado agregado]

Normatividad del Código Penal (en adelante, CP)

1.7. En el artículo cuarenta y cinco A, se establece:

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:



1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
[...]
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:
 - a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
[...]

1.8. En el artículo cuarenta y seis, se señala que:

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
 - a. La carencia de antecedentes penales;
[...]

1.9. En el numeral dos, del primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres, bajo los alcances de la Ley 30076, prevé:

- El 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, ni mayor de treinta y cinco años. [Resaltado agregado]

Normatividad del Código Procesal Penal (en adelante, CPP)

1.10. El literal c, del primer párrafo, del artículo cuatrocientos cinco manda que para la admisión del recurso se requiere:

- c. Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

1.11. En el artículo numeral tres del artículo cuatrocientos nueve se establece que:

3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

1.12. En el inciso tres de artículo cuatrocientos veintinueve, se prevén como causas para interponer recurso de casación entre otras, a la falta de aplicación de la ley penal.

1.13. Los incisos uno, tres y seis del artículo cuatrocientos treinta establecen:

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, **debe indicar separadamente cada causal invocada**. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.
3. Si se invoca el numeral 4 del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la



causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

6. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo [...]. [Resaltado agregado]

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, JTC)

1.14. En el Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco, se señala que:

31.[...] La teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad[...].

Jurisprudencia de la Corte Suprema (en adelante, JCS)

1.15. En la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 01-2018/CIJ-433, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho (en adelante, SPC), se señaló que:

11. [...] Es de aclarar, que lo dispuesto por el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, en cuanto establece como un principio que: "[...] *el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*", no contiene un derecho fundamental [...], sino un mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus competencias, para orientar el régimen penitenciario [...], y, como tal, no puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes.
[...]

15. El principio de proporcionalidad en el derecho penal, en sentido amplio, despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han configurarse como delitos [...], rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste desde su significación global –es decir, relación entre la gravedad del injusto y la de la pena–.
[...]

19. En tal virtud, no es posible negar que en la sociedad actual la violación sexual de menores de edad es considerada una lacra tan lacerante, unida a su rechazo masivo por la población, que ha determinado el legislador, consecutivamente, a una constante progresividad en la gravedad de las penas legalmente conminadas. [...] El conjunto de baremos para fijar la pena abstracta, son de tal dimensión en el delito de violación sexual de menores de edad –su reiteración y el estado de especial vulnerabilidad de las víctimas, unida a su afectación en todos los niveles, psíquicos, sociales y culturales de las niñas y niños [...], que, por lo menos, no es posible negar que existan razones que justifiquen la opción del legislador vulnerar el principio de proporcionalidad.
[...]

29. [...] La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 818-2017
JUNÍN**

una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena [...]. Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias, el desarrollo psicológico concreto del agente [...], entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció –acreditados [...], de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena.

1.16. En el séptimo fundamento de la Consulta N.º 14711-2015/Cajamarca, del veintitrés de marzo de dos mil dieciséis, se señala:

[...]

La sentencia consultada que se limita en invocar el principio de proporcionalidad – que debe ser entendido como prohibición de exceso como defecto– [...], argumentando que la pena fijada en el artículo 173, numeral 2, del CP, es un exceso y no guarda coherencia con los fines preventivos de la pena, así como se mellaría a considerar las circunstancias personales del condenado. Así el *Ad quem*, no ha reparado que todos los fundamentos esgrimidos se encuentran establecidos en el CP, que brinda al juez pautas a seguir para la dosificación de la pena que ha de fijarse (...).

SEGUNDO. DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN POR LA QUE SE DECLARÓ BIEN CONCEDIDO EL RECURSO DE CASACIÓN

Conforme con lo expuesto en el fundamento 3.3, del auto de calificación:

Aparentemente, [...] falta de aplicación de los artículos cuarenta y cinco-A y cuarenta y seis, del Código Penal, puesto que la Sala consideró que la pena de treinta años era excesiva sin tomar en cuenta los citados artículos que fueron creados para la correcta individualización y determinación de la pena.

Resulta aceptable admitir la materia propuesta a debate. Por ende, para el análisis casacional corresponde declarar bien concedido el recurso interpuesto, por falta de aplicación de la ley penal.

TERCERO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. El agravio se centra en la falta de aplicación de la ley penal, lo que en apariencia afecta el principio de legalidad para imponer la pena en la sentencia de vista.

3.2. Se cuestiona que el Colegiado Superior inobservara los artículos cuarenta y cinco A y cuarenta y seis del CP, al no tomar en cuenta dichas directrices al individualizar la sanción penal.

§. Respecto a la falta de aplicación de la ley penal

3.3. Los artículos cuarenta y cinco A y cuarenta y seis, del CP (ver SN. 1.7. y 1.8.), entraron en vigencia con la Ley 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece.

Los hechos se suscitaron entre septiembre de dos mil catorce al dieciséis de enero de dos mil quince, es decir, estando vigente dicha normativa.

3.4. Es preciso destacar algunos parámetros relacionados al tema; según Roxin



los diferentes efectos que produce la prevención general positiva, están relacionados entre sí; el ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado¹³. Como lo precisó el Tribunal Constitucional (ver SN 1.14.) la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior inserción del individuo a la sociedad.

3.5. Para Abeo Sabogal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio surge de la necesidad de tener en cuenta el costo que para el derecho fundamental tiene que dar preferencia a otro bien jurídico relevante¹⁴. Es decir, que se trate que el costo del recorte de un derecho sea superior al beneficio que supondría para otro derecho.

3.6. Al realizar el test de proporcionalidad es necesario analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha de la norma cuestionada. Para entender a la idoneidad, resulta indispensable establecer de antemano el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trate de un fin constitucionalmente legítimo. Y, para aplicar adecuadamente la medida es necesario analizar el subprincipio de necesidad (complementado por los criterios de subsidiariedad y fragmentariedad). Con el principio de subsidiariedad, se busca proteger aquellos bienes merecedores de protección penal que no pueden ser tutelados con medios menos lesivos; y, con el de fragmentariedad, la intervención penal por ataques graves contra bienes jurídicos que, por su importancia, sean merecedores de tutela penal. Finalmente, cuando se analiza al subprincipio proporcionalidad, se deben evaluar los distintos parámetros del caso, por ejemplo, los antecedentes penales, el grado de participación, el daño causado a la víctima, entre otros a efectos que la sanción sea proporcional y no restrictiva de derechos fundamentales. Esto es, buscar ponderar la intervención penal sobre el

¹³ Roxin, Claus. *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28.

¹⁴ Diego Alonso, Abeo Sabogal. *Veinte años de vigencia del Código Penal peruano. El principio de proporcionalidad*. Lima: Editorial Grijley, 2012, p. 79.



derecho afectado, y los bienes jurídicos que se pretenden proteger en función a la vulneración de la norma¹⁵.

3.7. Dicho aquello, cabe indicar que el Tribunal Superior consideró imposible que con una pena de treinta años la sociedad y el Estado –a través del INPE– puedan cumplir con la obligación de reformar, readaptar, reeducar, rehabilitar y resocializar al penado. Por lo que la magnitud de la represión resultaría cruel, inhumana y degradante.

Al cuestionar la imposición de condena de larga duración, señalaron los señores jueces superiores que estudios especializados han sostenido que quince años son suficientes para inocuizar a un ser humano (sin precisar cuáles son esos estudios) y que la cárcel es la universidad de la delincuencia.

Tal argumento, fue analizado por los señores jueces constitucionales en la Consulta N.º 14711-2015/Cajamarca, del veintitrés de marzo de dos mil dieciséis, en que se desaprobó una sentencia en la cual el órgano emisor se limitó a invocar el principio de proporcionalidad –que debe ser entendido como prohibición de exceso como defecto–, argumentando que la sanción fijada en el numeral dos, del artículo ciento setenta y tres, del CP, fue excesiva y no guardaba coherencia con los fines preventivos de la pena; sin reparar que los fundamentos esgrimidos se encuentran establecidos en el CP, en donde se brinda al juez pautas a seguir para la dosificación de la pena que ha de fijarse. (ver SN 1.16.)

3.8. Tales criterios abolicionistas de la pena privativa de libertad son ajenos al derecho positivo establecido en el CP peruano, y aunque el parlamento debe hacer precisiones y el sistema penitenciario tiene falencias respecto al cumplimiento de los deberes de reeducación para la rehabilitación y resocialización, por lo que se requiere mayor atención del Estado y en concreto del Ministerio de Justicia; todo ello no deriva en la declaración de exención de penas o en la ausencia de necesidad de tratamiento penitenciario.

Así lo entendió esta Suprema Instancia, y plasmó dicho parecer en la SPC, en donde aclaró que lo dispuesto por el numeral veintidós, del artículo treinta y nueve, de la Constitución (ver SN 1.2.), no contiene un derecho fundamental sino un mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus competencias, para orientar el régimen penitenciario, y, como tal, dicho argumento no puede servir de parámetro para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes (ver SN 1.15.)

¹⁵ Ib. pp. 80-87.



3.9. La Sala Superior Penal que emitió, por mayoría, la decisión ahora objetada, redujo la dimensión de la pena a la mitad, bajo consideraciones insuficientes para tal propósito¹⁶.

3.10. Es de resaltar que la menor vivía en casa del procesado, puesto que los padres de ésta eran sus trabajadores; fue así que el agresor aprovechó la cercanía y la confianza (por su prevalente posición social y económica) para violentarla sexualmente desde que la víctima tenía doce años y nueve meses hasta que cumplió trece años y un mes de edad, mientras que el procesado contaba con veintinueve años y dos meses de edad (por lo tanto, no se beneficia de la responsabilidad restringida), teniendo en cuenta además –según Reniec– que cuenta con estudios de secundaria completa, por lo que estuvo en condición de conocer que dicho comportamiento era ilícito y por tanto estaba proscrito.

3.11. La víctima fue enfática al sindicarlo al procesado como la persona que la violentó sexualmente en reiteradas oportunidades. Dicha versión cumplió con las exigencias establecidas por esta Suprema Corte en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, al momento de analizar la declaración de la víctima del delito (ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación), y estuvo corroborada con el certificado médico legal, del veinticuatro de febrero de dos mil quince, que por su lejanía con el último hecho (dieciséis de enero de dos mil quince), solo determinó la desfloración antigua¹⁷; y el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 121-2015, del veinticuatro de febrero de dos mil quince¹⁸, en donde narró los hechos detalladamente, el especialista concluyó que presentó problemas emocionales y que el comportamiento era compatible con experiencia negativa de tipo sexual (esto es, afectación emocional a causa del evento sufrido); y el Informe Psicológico N.º 03, del veintiuno de febrero de dos mil quince¹⁹ (realizado en el Centro de Salud Codo del Pozuzo), en el cual se concluyó que la menor presentó temor frente a

¹⁶ El ponente estima que el voto mayoritario niega cerradamente la legitimidad de la pena privativa de libertad (y con ello del sistema penal) y penitenciario, no obstante, aquellos magistrados superiores, concluyeron, imponiendo quince años de prisión al condenado. Ciertamente se requiere un replanteamiento de los tipos penales y sus consecuencias, así como del sistema penitenciario, que es tarea que corresponde ser emprendida por otras esferas funcionales del Estado.

¹⁷ Cfr. folios cincuenta y ocho.

¹⁸ Cfr. folios cuarenta y uno a cuarenta y cuatro.

¹⁹ Cfr. folios treinta y nueve a cuarenta.



situaciones que perturbaron su integridad física, emocional y sexual²⁰. Con ello, la gravedad del daño causado en la víctima quedó acreditado.

3.12. También se conoce que el procesado no cuenta con antecedentes penales, circunstancia atenuante descrita en el artículo cuarenta y seis del CP (ver SN 1.8.), tampoco le es aplicable motivo alguno de agravación, es así que los señores jueces del Juzgado Penal Colegiado acertadamente encuadraron la pena en el tercio inferior de conformidad con el artículo cuarenta y cinco A (ver SN 1.7.). Por tal motivo, le impusieron treinta años de privación de la libertad (extremo mínimo del tercio inferior. Ver SN 1.9.).

La sanción penal acorde con los graves hechos de abuso sexual fundado en la condición carecible y vulnerable de la víctima correctamente individualizada, genera que la sociedad afiance su confianza en el orden constitucional y legal, pues de lo contrario observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas leves en relación con el daño personal causado²¹.

3.13. En cuanto a la reducción de la pena por debajo de los límites mínimos en los delitos sexuales perpetrados contra menores, la Suprema Judicatura Penal en la SPC, aclaró que tal excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentaran circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena. Respecto a esto último, la Suprema Instancia consideró que pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias, el desarrollo psicológico concreto del agente, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció –pero siempre acreditados con pruebas científicas o informes sociales– de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena (ver SN 1.15.).

Nada de ello, medió en la determinación mayoritaria de la Judicatura Superior ahora cuestionada y aunque la SPC fue posterior a la indicada decisión, la exigencia de sustento razonable es un mandato derivado del deber constitucional de motivación, que no fue debidamente observado²².

²⁰ Pericia e Informe ratificados en el plenario. Véanse folios doscientos cuarenta a doscientos cuarenta y dos.

²¹ Los beneficios penitenciarios, cuando corresponde aplicarlos, tienen por objeto reducir la carceraria innecesaria debido a los efectos de la resocialización por el trabajo, educación y comportamiento adecuado del penado.

²² La reducción de la pena por debajo del mínimo legal debe estar fundada en criterios objetivos más no en apreciaciones subjetivas, y luego de un análisis del caso, conforme se detalló en los fundamentos 3.5. y 3.6. de la presente sentencia.



3.14. En relación al control judicial difuso de constitucionalidad, existen reglas pétreas para inaplicar leyes que se estimaran como inconstitucionales²³, y que deben cumplirse, como está establecido en el CPConst y en la LOPJ (ver SN 1.4. y 1.5.).

Es un deber judicial expulsar del ordenamiento jurídico leyes inconstitucionales, en tanto no fueran razonablemente reconducibles, y al mismo tiempo efectuar el procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad. Es decir, no basta con mencionar que una ley dictada por el parlamento es inconstitucional para inaplicarla sin más.

Como efecto de su proceder el Tribunal superior penal inaplicó de hecho, y sin referencia lógica ni motivación alguna, el artículo catorce de la LOPJ (ver SN 1.6.), la Segunda Disposición Final de la LOTC (ver SN 1.3.) y el artículo VI del CPConst (ver SN 1.4.), en un ejercicio libre de interpretación contraria a la ley, del segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la CPE (ver SN 1.1.) siendo el cumplimiento racional de las leyes uno de los deberes judiciales, así como aplicarlas en los casos y bajo las formas establecidas en el ordenamiento normativo vigente cuando contravinieran flagrantemente las normas fundamentales.

3.15. En consecuencia, al emitir la impugnada, por mayoría, se produjo contravención respecto de los artículos cuarenta y cinco A y cuarenta y seis, del CP, por lo que cabe estimar el planteamiento del recurso del Ministerio Público, lo que no vulnera la prohibición de la reforma peyorativa puesto que fue la Fiscalía quien cuestionó la decisión sobre la dimensión de la pena impuesta. (ver SN 1.11.)

3.16. Cabe a este supremo tribunal anular la parte inmotivada de la decisión mayoritaria, casándola, y actuar como sede de instancia, sin reenvío, para fijar la dimensión punitiva pertinente, respecto de la decisión pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado que fue objeto de recurso de apelación, teniendo en cuenta los fundamentos 3.12. y 3.13 de la presente sentencia, reestableciendo así el derecho vulnerado.

La dimensión punitiva impuesta se encuentra en la base o primer tercio del primer párrafo, inciso dos, del artículo ciento setenta y tres del CP, sin que quepa reducción por debajo del mínimo.

Así, la sentencia que fuera objeto de apelación, respecto de la pena, declaró que el suceso se ubicaba dentro del primer tercio punitivo y le asignó la sanción de treinta años de privación de la libertad.

²³ Ello debido al principio de conservación legislativa de la obra del parlamento nacional. (ver SN 1.3.)



Por las razones indicadas en dicha decisión y en la presente ejecutoria suprema, este Colegiado estima que cabe confirmar la determinación emitida en la primera instancia de la causa sometida a juzgamiento.

3.17. Los cómputos de la privación de libertad, como lo señala el Juzgado Penal Colegiado de primera instancia, habida cuenta que el procesado está como no habido, se calcularán desde que sea detenido o puesto a disposición del órgano judicial competente, momento en que se descontará el lapso de detención policial y judicial previos a la sentencia, en tanto no hubiera sido suspendido por alguna razón procesal.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del pueblo, las y los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación por la causa de falta de aplicación de la ley penal, ante el planteamiento de la señora fiscal de la Segunda Fiscalía Superior Penal de la Merced-Chanchamayo, del distrito fiscal de Junín.

II. CASAR la Sentencia de segunda instancia N.º 013-2016-PE, contenida en la Resolución N.º 29, del uno de junio de dos mil diecisiete, expedida, por mayoría, por los señores jueces superiores de la Sala de Apelaciones y Mixta de la Merced-Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que revocó la pena de treinta años de privación de la libertad pronunciada en primera instancia contra don Antonio Esteban Bautista Eulogio por el delito de violación sexual, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales M. D. B.; en consecuencia, **NULA** la citada sentencia en cuanto revocó la de primera instancia y, reformándola, le impusieron quince años de privación de la libertad; y **actuando como sede de instancia (como Tribunal de Apelación), CONFIRMARON** la sentencia de veintidós de febrero de dos mil diecisiete en que impusieron treinta años de pena privativa de libertad a don Antonio Esteban Bautista Eulogio; el cómputo respectivo deberá realizarse desde que el procesado sea detenido o puesto a disposición del órgano judicial competente, conforme al fundamento 3.17. de la presente sentencia.

III. DISPONER que la presente sentencia se lea en audiencia privada; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a esta Suprema Instancia.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 818-2017
JUNÍN**

IV. MANDAR que cumplidos estos trámites se devuelva el expediente al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SALAS ARENAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

BERMEJO RÍOS

JLSA/marg

Lpderecho.pe