CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD Nº 415 – 2015 / LIMA NORTE

Sumilla. No obstante el consentimiento de la menor no excluye de responsabilidad, es un factor a tomarse en cuenta al momento de determinar la pena, pues es distinto el consentimiento de un menor que se encuentra en edad de pubertad o adolescencia, que la de otro que no. También debe considerarse que un acto sexual forzado genera graves perjuicios en la salud emocional y física de la persona, de ahí que, si de la revisión del expediente se advierte que no existe este daño, no se ha probado o no se debe al acto sexual, debe reducirse la pena, pues el injusto se hace menos grave, como en los casos donde existe entre acusado y agraviada un vínculo sentimental tolerado socialmente.

Lima, diecisiete de marzo de dos mil dieciséis

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior, contra la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos veintiuno, que por mayoría impuso a Henry Jheferson Esquivel Roque cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por el periodo de prueba de tres años, sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, en el proceso en el que se le condenó como autor por el delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales G. P. R.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

I. ASPECTOS GENERALES

Hechos atribuidos

1. Según los términos de la acusación fiscal de fojas cuatrocientos treinta y nueve, se atribuye al encausado Henry Jheferson Esquivel Roque haber mantenido relaciones sexuales el veintisiete de enero de dos mil nueve, con la adolescente identificada con las iniciales G.P.R., de trece años de edad, a quien ese día a las veintiún horas aproximadamente, la jaló a su habitación, la cual se encuentra ubicada en el inmueble en la manzana G, lote 10, Cooperativa Primavera, en el distrito de Comas, aprovechándose de su condición de primos hermanos y que la madre de la adolescente no se encontraba en casa. Empezó a besarla en diversas partes del cuerpo, le bajó el pantalón y le introdujo el miembro viril en la vagina, en ese momento

escucharon un ruido fuera de la habitación, el encausado dejó huir a la agraviada y al retirarse ella de la habitación, fue observada por su tío Rolando Roque Contreras y su madre Raquel Roque Contreras, quienes al notar su nerviosismo, le preguntaron dónde había estado, indicando la adolescente que venía de la calle, pero posteriormente la agraviada contó todo lo acontecido a su madre, procediendo a la detención del encausado.

Decisión de la Sala Juzgadora

2. La Sala Penal Superior de Lima Norte, luego del juzgamiento correspondiente dicta sentencia con fecha siete de noviembre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos treinta y nueve, condenando a Henry Jheferson Esquivel Roque por el delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales G. P. R.; y por mayoría, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por el periodo de tres años, sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta.

Agravios postulados por el Fiscal Superior recurrente

3. El señor Fiscal Superior al formalizar sus agravios mediante escrito de fojas trescientos sesenta y cuatro, alega en síntesis lo siguiente:

i) No existe error de comprensión culturalmente condicionado, pues el hecho ocurrió en Lima, en una sociedad occidentalizada.

ii) El Colegiado para rebajar la pena se basa en las condiciones personales del encausado, costumbres, cultura, carencia de antecedentes penales y, en el consentimiento de la agraviada para mantener relaciones sexuales con el encausado, lo cual no es legal, al no ser aplicable al caso el inciso diez, del artículo veinte del Código Penal.

iii) Tampoco resulta aplicable el artículo veintiuno del acotado Código.

iv) Los criterios adoptados por el Tribunal Superior no resultan ajustados a ley, más aún, si la pena privativa de libertad ha sido impuesta con carácter de suspendida.

Sobre el ámbito del pronunciamiento

4. Está fuera de toda discusión la culpabilidad del procesado en la comisión del hecho punible, puesto que, la impugnación del recurrente se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena; sin embargo, no puede dejar de valorarse que la Sala Penal determinó como hecho probado con calidad de cosa juzgada que las relaciones sexuales fueron consentidas.

5. En ese sentido, si bien es cierto que la pena a imponerse a quien infringe el marco

jurídico establecido debe sujetarse a las bases de punibilidad previsto expresamente en la ley penal vigente en el momento de los hechos, también lo es que su graduación debe ser el resultado del análisis lógico-jurídico de la prueba aportada en función de la gravedad de los hechos cometidos, teniendo en cuenta, además, los criterios de determinación judicial de la pena a los que alude el Código Penal y la doctrina, sobre los cuales este Supremo Tribunal considera necesaria ingresar a valorar para cumplir con la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, consagrada en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y sólo así, justificar porqué el ahora sentenciado merece una pena por debajo de la establecida en la ley penal.

Es cierto, que la imposición de una pena no debe quedar al libre albedrío de un Juez, pero su dosificación, esto es, el *quantum* de la misma, necesariamente tiene que seguir criterios a merituarse para tratar de arribar a una pena lo más justa posible y que sea acorde con sus postulados de prevención, protectora y resocializadora, sin perder, por cierto, sus fines preventivos, sean estos positivos o negativos, tal y conforme se consigna en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

No todos los hechos punibles son iguales ni similares, aún si es sancionado por un mismo tipo penal, por lo tanto, deben valorarse necesariamente criterios de valoración específicos y adaptarlos a cada hecho concreto.

II. LOS LÍMITES DEL SISTEMA PUNITIVO DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

6. La aplicación del *ius puniendi* es una de los más graves actos del Estado, por lo que, en uno Democrático y Social de Derecho, esta facultad no es ilimitada. Los resguardos frente a ella quedan plasmados en la Constitución, razón por la cual suelen ser denominados principios constitucionales del Derecho Penal. Uno de estos límites constitucionales es el principio de proporcionalidad.

7. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 4677-2004-PA/TC, Lima, caso CGTP, del 07 de diciembre de 2005, señaló, que todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el "límite de los límites", es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, manteniendo incólume, en todo caso, el contenido esencial de dichos derechos. Por ello, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución son el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales.

8. Toda Constitución que tiene como premisa básica la dignidad humana y los derechos fundamentales, incluye implícito el principio de proporcionalidad como resguardo último frente a toda intervención o limitación por parte de los poderes, públicos o privados[1].

Así, el principio de proporcionalidad ayuda a limitar los derechos fundamentales desde dos perspectivas:

i) Limita la afectación del derecho fundamental para que solo sea restringido lo mínimo posible.

ii) Afecta el derecho fundamental en la medida que es necesario para lograr los fines que se busca con tal limitación[2].

Esta reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

9. La sentencia recaída en el Exp. N° 8439-2013-PHC/TC-Cusco, caso Palomino Reinoso; señala que el principio de proporcionalidad de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penal, ya que la prescindencia del mismo conduce a resultados reprochables, no solo en términos de justicia penal, sino de respeto a los propios derechos fundamentales, pues una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada.

Este principio demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor[3].

III. SISTEMA INTERMEDIO O ECLÉCTICO ADOPTADO POR NUESTRO SISTEMA LEGAL EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

10. Como señala el Acuerdo Plenario número 01-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, nuestro país ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de

[1] GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano". Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/394/268>.
[2] PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal.* T. I. Colex, Madrid, 2000, p. 142.
[3] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios.* Idemsa, Lima, 2010, pp. 127 y 128.

Lpderecho.pe

tipo intermedio o ecléctico; el legislador sólo señala el mínimo y máximo de pena que corresponde a cada delito, con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

A nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. En una primera etapa se determina la pena básica, esto es, verificar el mínimo y el máximo de la pena conminada aplicable al delito. En la segunda etapa el juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica.

11. El legislador peruano prevé un conjunto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, aumentando o reduciendo el marco penal inicialmente previsto[4].

Sobre este extremo, Zaffaroni señala que los límites mínimos admiten excepciones, pues:

i) Los mínimos de escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los Jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución, entonces, los mínimos legales son meramente indicativos.

ii) Existen reducciones de esos límites en razón de la menor entidad del injusto[5], como la tentativa.

Pero existe otra serie de casos como los de mínima culpabilidad, cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente o en casos de injustos donde la lesión al bien jurídico no es insignificante, pero de cualquier modo es inferior a la entidad que demanda una pena conforme al mínimo de la escala, cuando la pena redunde en perjuicio de la propia víctima, cuando han habido sanciones por parte de un grupo étnico u originario o casos en que el mínimo de la escala abstractamente es irracional por su marcada disparidad con los mínimos de otros delitos[6].

12. A la fecha de los hechos, el artículo 46° del Código Penal original, señalaba que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la

[4] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. parte general.* Segunda edición. Jurista editores, Lima, 2012, p. 822.
[5] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; y, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general.* Segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 995.
[6] Ibídem, pp. 999 y 1000.

Lpderecho.pe

responsabilidad, considerando especialmente:
1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto;
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente;

Por Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006 se incorporó:
12. La habitualidad del agente al delito; y
13. La reincidencia.

13. No constituye voluntad de este Supremo Tribunal aplicar los alcances de la Ley Nº 30076, del 19 de agosto de 2013, pues se vulneraría de manera flagrante el principio de legalidad, tendiendo en cuenta la fecha de comisión de los hechos objeto del presente caso; no obstante ello, su mención tiene como único propósito el cambio de criterio el legislador peruano para incorporar otras circunstancias para otorgarles la condición de atenuantes a valorarse en la determinación judicial de la pena y que antes no las tuvo en cuenta.

La ley en cuestión, incorpora el denominado sistema de tercios, en donde se señala, que 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 de delito o modificatorias de la responsabilidad, así 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;
b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

14. La responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, así como la naturaleza de la acción; los medios empleados y la extensión del daño o peligro causados son una referencia a la entidad del injusto, que no solo depende de la jerarquía del bien jurídico afectado y el alcance del daño causado o del peligro corrido, sino que también deben aplicarse criterios que con frecuencia la propia ley emplea para agravar o atenuar tipos penales[7].
Sobre esa base es que se deben analizar aspectos propios de las circunstancias presentes en el delito de violación sexual de menor de edad que pueden en el caso concreto reducir la pena por debajo del mínimo legal, como los siguientes:

IV. EL INJUSTO PENAL

El bien jurídico

15. El bien jurídico es el núcleo del injusto, por lo que su correcta apreciación redundará en una adecuada valoración de la gravedad del hecho. En los delitos de agresión sexual se protege la libertad o la indemnidad sexual, la primera exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, en los menores o los privados de razón o de sentido tal condición es inexistente o deficiente[8].
La indemnidad sexual tiene que ver con la protección de los menores de edad: la prohibición del ejercicio de su sexualidad se debe a que se presume que esto puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro[9].

16. Sin embargo, en el Derecho Penal también tiene vigencia el principio de primacía de la realidad, pues más allá de las presunciones legales, se tiene que considerar lo que realmente ocurre como circunstancias para determinar la pena.
Las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República no se han mantenido ajenas a estos postulados que rigen el Derecho Penal y en muchos casos, han tratado de superar las deficiencias en las que incurre el legislador sobre

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; y, SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 1047- y 1048. En sentido similar: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. cit., p. 148.
[8] ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. "Delitos contra la libertad sexual". En: Serrano Butrageño, Ignacio (Coordinador). Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia. Granada, Editorial Comares, 1999, p. 1051.
[9] PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte especial.* Tomo I. segunda edición. Idemsa, Lima, 2013, p. 771.

Lpderecho.pe

este asunto, no por desconocimiento, sino porque a diferencia de un órgano jurisdiccional, carece de esa oportunidad de inmediación con el caso en concreto y específico del que un Juez tiene que dilucidar.

17. Un claro ejemplo de ello, se dio a raíz de la expedición de la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, que penalizó las relaciones sexuales con menores de edad, mayores a 14 años de edad, por lo que, se dieron una serie de pronunciamientos, sobre todo, el referido al Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116, de 16 de noviembre de 2007, que despenaliza aquellas conductas en las que media consentimiento y que el menor de edad sea de 16 años. Además, indicó que para atenuar la pena se debe considerar:

i) La diferencia etárea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
ii) Exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
iii) Las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
iv) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

18. Con el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, se amplió la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad, lo que fue mantenido en diversos pronunciamientos judiciales, hasta la derogación de la norma. Pero deben considerarse las circunstancias para efectos de reducir la pena donde no sea aplicable el consentimiento como factor de exención de pena, como veremos a continuación.

El desarrollo sexual

19. Este asunto, aunque espinoso, no puede pasarse por alto. Los menores de catorce años de edad hacen ejercicio de su facultad sexual, a pesar que la ley ha tratado de impedírselo. La ley penal es fría en este asunto, constituye una ficción legal, de *lege data* y debe cumplirse, pero acaso el Juzgador está impedido de analizar cada caso en concreto a fin de realizar una determinación judicial de la pena, consecuente con el principio de proporcionalidad de la pena. A criterio de este Supremo Tribunal, sí puede hacerlo.

La Organización Mundial de la Salud en el año 2002[10] señaló que la sexualidad es un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca el sexo,

[10] GIRALDO GIRALDO, Yolanda. "Desarrollo sexual y de identidad de género en niños, niñas y adolescentes". Disponible: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadMedicina/

las identidades y los papeles de género; el erotismo; el placer; la intimidad, la procreación y la orientación sexual.

Para Freud la sexualidad se divide en estadíos o etapas, la de latencia dura desde los seis años de edad hasta la pubertad. En este período el niño reprime los impulsos sexuales y dedica su tiempo y energía al aprendizaje y actividades físicas y sociales. Pero la etapa genital empieza en la pubertad con la maduración sexual, después de la cual la persona joven busca estimulación y satisfacción sexual. La adolescencia es el periodo de transición entre la niñez y la vida adulta durante el cual acontece la maduración sexual[11].

Es por ello, que el INEI en un estudio realizado en el año 1998 concluyó que un 19.8% de las mujeres entrevistadas tuvieron relaciones sexuales entre 10 a 14 años de edad[12]. En el mismo año la CONAJU estableció que en Lima Metropolitana la edad de inicio sexual fue en un 34.9% de 10 a 17 años[13]. En el Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú de la Universidad Peruana Cayetano Heredia del año 2005 se reportó que los adolescentes de 15 a 19 años ya habían tenido relaciones sexuales, en mujeres en un 20% y en varones en un 40%.

20. También sobre este asunto se debe tener en cuenta que el propio legislador peruano incurre en serias contradicciones al momento de calificar y diferenciar a un niño y a un adolescente.

Al respecto, debemos citar el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que señala que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir 12 años de edad y adolescente a partir de ahí hasta los 18 años.

21. En la legislación comparada, en Argentina la validez del consentimiento del menor, en este país, se encuentra regulada a partir de los 13 años (artículo 119° de su Código Penal).

En España no hay norma similar, pero basados en una interpretación histórica se señala que en los casos de menores de edad de 13 años este consentimiento no es válido y se castiga el mero contacto sexual. Por lo que la edad de protección de la indemnidad sexual es relativa.

BilbiotecaDiseno/Archivos/PublicacionesMedios/BoletinPrincipioActivo/120_desarrollo_Sexual_y_de_identidad_de_genero_en_ninos_ninos_y_adolescentes.pdf>.

[11] RICE PHILIP F. *Desarrollo humano. Estudio del ciclo vital.* Segunda edición. Prentice-Hall Hispanoamérica, Juárez, 1997, traducido por Elena Ortiz Salinas. , pp. 7 y 33.

[12] SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. La Reforma del artículo 173° del Código Penal peruano (Ley Nº 28704): problemas, propuestas y alternativas (El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual de menores). Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Ciencias Penales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Postgrado. Lima, 2009, p. 51.

[13] Ibídem, p. 34.

Lpderecho.pe

22. Siendo ello así, y no obstante que para el delito atribuido el consentimiento de la menor no excluye de responsabilidad penal, atendiendo a que las relaciones sexuales de menores de edad son frecuentes y parte de su sexualidad, es un factor que necesariamente debe tenerse en cuenta al momento de determinar la pena, pues es distinto el consentimiento de un menor que se encuentra en edad de pubertad o adolescencia, que la de otro que no, debiéndose en el caso concreto analizar este supuesto como uno que autorice su reducción.
Un Juez de ninguna manera puede estar ajeno a la realidad social, sobre todo, a la nacional y, en todo momento debe permanecer vigilante para rechazar el Derecho Penal Simbólico, Electoral o Popular, pues la sola omisión de sus obligaciones constitucionales lo convertirían en lo que coloquialmente Montesquieu denominó "el Juez boca de la Ley".

23. No se puede soslayar, que un acto sexual forzado genera graves perjuicios en la salud emocional y física de la persona; sin embargo, si de la revisión del expediente se advierte que no existe este daño, no se ha probado o que este daño no se debe al acto sexual, debe reducirse la pena, pues el injusto se hace menos grave, como en los casos donde existe entre acusado y agraviada un vínculo sentimental tolerado socialmente.

La penalidad abstracta

24. La Constitución Política del Estado tiene un listado de los derechos protegidos en un Estado Democrático y Social de Derecho, así en su artículo 1 y 2 se relatan una serie, en el primero se declarara la defensa de la persona humana y su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, en consecuencia, se señala en su artículo 2 que toda persona tiene derecho a la vida, integridad moral, psíquica y física, así como a su desarrollo y bienestar, luego se incorporan otros derechos.

25. La importancia de estos derechos en la Constitución tiene su correlato en cada parte del ordenamiento jurídico, en el Código Penal se traducen en la protección de bienes jurídicos en las normas penales.

26. En ese sentido, las normas penales tienen que ser proporcionales a la gravedad, en abstracto, de la posible vulneración del bien jurídico. En ese sentido, el primer derecho que se menciona, la vida, tiene protección a través de los tipos penales como el homicidio, asesinato, en razón de la máxima importancia de este bien jurídico, pero estos tienen un mínimo legal de penalidad de seis y quince años respectivamente; en cambio, el bien jurídico indemnidad sexual, tiene uno de treinta.

27. En ese sentido, atendiendo a la presencia de las demás circunstancias, para imponer una sanción proporcional, también debe evaluarse la penalidad mínima de otros tipos penales que protegen bienes jurídicos de máxima importancia, pues sería desproporcional, que un caso de mínima lesividad de un bien jurídico sea tratado con menor rigor en un caso y no en otro.

V. LA EDAD DEL AGENTE

28. La edad del agente es una circunstancia que está vinculada a la capacidad penal del imputado y a su mayor o menor posibilidad para internalizar el mandato normativo, así como para motivarse en él y en sus exigencias sociales[14].

29. Una referencia expresa a esta, pero como circunstancia privilegiada es el artículo 22° del Código Penal, que señala, que 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.

30. Sin embargo, se excluye de la aplicación de esta norma los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo, así como si el agente es integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

31. Sobre estas exclusiones, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse, indicando que colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica –en puridad, principio y derecho fundamental– prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente que introducir una

[14] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. cit., p. 152.

Lpderecho.pe

excepción a la aplicación de esa diferencia de trato –propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal– fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal.

32. Por lo que, en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal, como se hizo en los recurso de nulidad número mil cien-dos mil diez-Lima, del veintiuno de septiembre de dos mil diez y mil doscientos dieciséis-dos mil once-Lima Norte, del veintiséis de septiembre de dos mil once, emitidas por las Salas Penales Permanente y Transitoria de esta Corte Suprema, pues la citada exclusión vulnera de manera flagrante el numeral segundo de la Constitución Política del Estado, que consagra la igualdad de las personas ante la ley.

33. Entonces, en el caso en concreto se deben de evaluar las posibilidades de resocialización y la responsabilidad restringida del agente, al contar con menos de veintiún años de edad al momento de la comisión del delito, por lo que, corresponde analizar en cada caso la correspondencia de una pena proporcional.

34. Siendo ello así, es claro que en casos de violación sexual de menor de edad donde exista una relación no violenta y consentida de enamorados los criterios de responsabilidad restringida pueden ser utilizados, más cuando la diferencia de edades entre acusado sujeto no pasivo no es excesiva.

VI. LA CONFESIÓN SINCERA

35. La confesión es la delación voluntaria. Esta aceptación de cargos tiene la entidad para disminuir la pena impuesta pues ayuda a que el proceso sea más rápido. En ese sentido, la Ley N° 28122 ha regulado la conclusión anticipada del juicio oral, que tiene como efecto la reducción en 1/7 de la pena concreta.
El Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis señala que para generar efectos en la reducción de la pena esta debe ser completa, veraz, persistente, oportuna y relevante.

36. El artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, instituye la figura de la confesión sincera, que tiene como efecto la disminución de la pena a límites inferiores al mínimo legal.
Lo acotado –aun cuando no aplicable al caso concreto– es consecuente con el artículo 161° del Código Procesal Penal, vigente a nivel nacional por Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, señala que se reduce prudencialmente hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal si: está debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, fue prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas, se prestó ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado y sincera y espontánea.

37. No obstante hay casos en los cuales el imputado no se somete a la conclusión anticipada del juicio, este refiere la realidad de las relaciones sexuales, pero de forma consentida, lo que no puede soslayarse, pues no ha mentido ni tratado de evadir de forma engañosa su responsabilidad.

38. Entonces, si se acredita en grado de certeza el dicho del imputado sobre el consentimiento en las relaciones sexuales, su propia delación debe ser considerada como un factor para rebajar la pena.

VII. PERCEPCIÓN CULTURAL DEL SUJETO ACTIVO

39. Esta es una referencia a la norma del artículo 15° del Código Penal sobre el error de comprensión culturalmente condicionado, que indica que: el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

40. La norma hace referencia a dos situaciones, la primera, una falta de culpabilidad absoluta, que excluye la responsabilidad, la otra, una culpabilidad disminuida que tiene como efecto la atenuación de la pena.

41. Este segundo supuesto debe ser tomado en cuenta al momento de determinar la pena en un caso de violación sexual, pues es sabido que dentro del territorio peruano existe una diversidad amplia de culturas, costumbres y pueblos que los encarnan, en algunos de estos el matrimonio y las prácticas sexuales con menores de edad no se encuentran reprochadas socialmente, bajo esta convicción es que algunos imputados del citado delito actúan, pero hay otros que han tenido

Lpderecho.pe

contacto con la cultura occidental y sus normas, pero que aun así siguen influenciados por esta forma de ver la vida, lo cual es legítimo, pues la Constitución Política del Perú reconoce en el artículo 149° el derecho consuetudinario y la jurisdicción penal especial.

VIII. EFECTOS COLATERALES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA

42. Todo Juez debe tener mucho cuidado, que resulta inevitable que la cárcel tiene efectos colaterales, tanto para el penado mismo, como para terceros, sus familiares, normalmente próximos a él. Estos pueden ser: efectos secundarios consustanciales vinculados a la noción de cárcel como institución total. Otros efectos no vinculados insustancialmente a la privación de libertad, sino a las deficiencias del Estado.

43. De hecho, la consecuencias de la sobrepoblación y del consiguiente descontrol de las autoridades estatales sobre las prisiones –realidad nacional y de público conocimiento, que no se puede negar–, no son sólo absolutamente negativas desde la perspectiva de la resocialización, sino que, sobre todo, también generan toda suerte de riesgos físicos para los reclusos, como son los contagios de enfermedades, amenazas, agresiones físicas, etc.

44. Otro de los efectos colaterales que genera la pena de prisión es el sufrimiento que recae sobre los inocentes familiares del recluso –sus padres, posibles hijos–. Ciertamente, pueden afirmarse categóricamente que el hecho en sí resulta imputable objetivamente tan solo al delincuente condenado y al Estado.
Pero también es cierto que las circunstancias de la ejecución de la pena privativa de libertad pueden agravar sustancialmente el efecto colateral y aquí sí puede hablarse de una imputación al Estado. Es tan preciado y estrecho el vínculo familiar, que las penas y precisamente la que tiene carácter de efectivas, por más cortas que estas sean, gravitan fuertemente sobre los familiares, especialmente los padres, cuando se trata de una persona joven, que apenas ha cumplido la mayoría de edad.

45. Para este Supremo Tribunal no puede pasar por alto, que últimamente, existe toda una línea y corriente doctrinal que se esfuerza por proponer que la individualización de la pena tenga en cuenta esa dimensión familiar del condenado. Parece que existen razones más que suficientes para que Jueces y Tribunales efectúen una razonada ponderación de intereses, valores y derechos en este asunto. Así pues, la interrogante surge si el procesado Henry Jheferson Esquivel Roque,

dentro de un penal cumplirá los fines de resocialización y reincorporación a la sociedad, o contrariamente, dentro de un establecimiento penitenciario no se cumplirían tales fines, convirtiéndolo en un sujeto peligroso. A criterio de este Supremo Tribunal, una pena efectiva le resultaría perjudicial.

IX. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

46. La ley penal en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, sanciona la violación de menores de catorce a diez años, con una pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

47. Sin embargo, se debe evaluar la presencia de atenuantes privilegiadas que disminuyan la pena. La sentencia señala que el acusado fue criado por su abuela y siempre vivió en Cerro de Pasco, solo vino a Lima luego de culminar sus estudios secundarios para seguir una carrera como mecánico de mantenimiento en SENATI, indicando que consideraba negativo tener sexo con menores de edad, que para él eran de 5 o 7 años de edad. Por lo que, la Sala decide no aplicar el error de comprensión culturalmente condicionado, pero sí aplica el error de prohibición vencible, que atenúa la pena, pese a ello, el Fiscal recurrente expone argumentos sobre el error de comprensión culturalmente condicionado, no sobre el error de prohibición vencible, por lo que se mantiene esta consideración.

48. También se debe evaluar la responsabilidad restringida del acusado. Según ficha de RENIEC de fojas veintidós nació el 08 de septiembre de 1990, por lo que contaba al momento de los hechos con 18 años de edad. Teniendo en cuenta la poca diferencia de edad con la víctima y que no existió un daño, debe aplicarse esta atenuante privilegiada.

49. Además se debe valorar la poca entidad del injusto, pues existió consentimiento de la víctima, no hubo un daño psicológico o físico, ella contaba, como se ve de su partida de nacimiento de fojas doscientos sesenta entre doce y trece años de edad, la diferencia etaria con el acusado es de apenas cinco a seis años; asimismo, debe considerarse que el imputado en todo momento aceptó la existencia de relaciones sexuales consentidas, que el Tribunal dio por probado.
En este caso, evidentemente, nos encontramos ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, que necesariamente deben valorarse a favor del recurrente.

50. Este Supremo Tribunal considera necesario reiterar y consagrar el principio de

proporcionalidad de la pena, pues bajo sus criterios se ha realizado el cómputo de la pena a imponerse en las tres situaciones procesales que favorecen al recurrente –error de prohibición vencible, responsabilidad restringida por la edad y mínima gravedad del injusto–, siendo que estos deben obedecer a criterios expresados taxativamente en las normas o reflejados en los principios generales del derecho y deben ser tomados en cuenta. Si bien el legislador ha restringido la facultad del Juez al momento de la individualización de la pena, no la ha eliminado y en todo caso, debe recurrir a los principios generales del derecho ya acotados, los cuales deben hacerlos prevalecer.

51. Cuando se aplica el principio de proporcionalidad, este se refleja a través de los juicios de idoneidad, que va de la mano con el principio de culpabilidad, pues constituye el fundamento de la imposición de la pena, tomando en cuenta la socialidad de la persona y su hecho. De necesidad, que sirve para determinar si se aplica una pena privativa de libertad de ejecución efectiva o suspendida; y, de proporcionalidad, en sentido estricto, donde la pena impuesta por el Juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito concreto, por lo que, a efectos de modular o asumir una pena para arriba o hacia abajo, dicho razonamiento tiene que realizarse conforme al injusto y la culpabilidad del encausado, es decir, de acuerdo a una concepción material del delito[15].

52. Así pues, para imponer una pena a una persona que recién había cumplido la mayoría de edad e iniciaba su ciudadanía, se debe considerar también la gravedad de la Ley penitenciaria que en estos casos ofrece pocos beneficios, por lo que una pena efectiva sería contraria a los fines de resocialización, pues el hacinamiento de los centros penitenciarios, la falta de condiciones para el llamado tratamiento progresivo y su infraestructura no ayudan a resocializar, al contrario, quien ingresa está en contacto con la conocida subcultura carcelaria y se ve forzado a interactuar en ese contexto y refuerza o genera que el interno asuma esta subcultura, por ello popularmente se dice que la cárcel es la universidad del delito.
Ello, sumado a la poca entidad del injusto, el error en que cayó y el principio de interdicción de penas crueles e inhumanas; abogan por que la imposición de una pena suspendida es la adecuada, pues si bien no puede quedar impune el hecho, tampoco puede ser sancionado de manera tan drástica como ocurre en casos de violación sexual por adultos mayores de veintiún años que aprovechan su edad y su experiencia para someter a una menor

[15] FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho". En: revista INDRET, 01/2007, Barcelona, enero de 2007, p. 9.

Lpderecho.pe

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil catorce, de fojas cuatrocientos veintiuno, que por mayoría impuso a Henry Jheferson Esquivel Roque cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por el periodo de prueba de tres años, sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, en el proceso en el que se le condenó como autor por el delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales G. P. R.; con lo demás que sobre el particular contiene, y los devolvieron.

Ss.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

RT/jhsc

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

2 4 ABR 2017

Lpderecho.pe