

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 375-2019/ICA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Responsabilidad restringida.

Sumilla. 1. Como esta Suprema Sala ha enfatizado reiteradamente, el artículo 22 del Código Penal consagra una causal de disminución de la punibilidad en todos los casos conforme al Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116. 2. En tal virtud, debe aplicarse la consecuencia jurídica de la responsabilidad restringida por la edad: reducción prudencial de la pena. Ésta, como es una constante en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, siempre ha de ser por debajo del mínimo legal –cadena perpetua para el conjunto total de los dos delitos perpetrados–, en tanto en cuanto como causal de disminución de la punibilidad tiene como característica esencial que se trata de una causal intrínseca al delito e importa la exclusión parcial de sus categorías sistemáticas (la culpabilidad en este caso).

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dieciséis de marzo de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial, interpuesto por el encausado OMAR ALFREDO JAYO PEÑA contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y seis, de siete de enero de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta, de diecinueve de setiembre de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de J.A.M.T. a treinta años de pena privativa de la libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito declararon probado que el día trece de octubre de dos mil dieciséis, a las trece con treinta horas, cuando el padre de la menor agraviada J.A.M.T, Carlos Guillermo Martel Gonzales, llegó a su domicilio ubicado en la Manzana B, lote ocho, tercera etapa del Pueblo Joven “Señor de Luren”, para celebrar el cumpleaños número doce de su menor hija, pero como la encontró nerviosa revisó la casa y encontró al encausado Jayo Peña, de dieciocho años de edad, en ropa interior y debajo de la cama de su hija. Al pedir explicaciones a su hija J.A.M.T., ella le expresó que había mantenido relaciones sexuales vía anal con el citado

encausado Jayo Peña. Este encausado, además, en el mes de setiembre de dos mil dieciséis mantuvo relaciones sexuales vaginales con la menor agraviada, siempre en el domicilio de la víctima. Las relaciones sexuales fueron formalmente consentidas porque imputado y agraviada eran enamorados, según ambos narraron.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso, se tiene lo siguiente:

1. La acusación de fojas una, de veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete, atribuyó al encausado Omar Alfredo Joya Peña la comisión, en calidad de autor, del delito de violación sexual de menor de edad agravio de J.A.M.T, y solicitó se le imponga cinco años de pena privativa de la libertad, a cuyo efecto invocó la sentencia casatoria vinculante 335-2015 (dicha sentencia, con posterioridad a su emisión, fue anulada en cuanto a su carácter vinculante). La edad del encausado Jayo Peña al momento de los hechos era de dieciocho años según la propia acusación.
2. En el primer juicio oral, la Fiscalía solicitó cinco años de pena privativa de libertad del encausado. Posteriormente, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial – Zona Sur – Ica, emitió la inicial sentencia de primera instancia a fojas sesenta y dos, de cinco de octubre de dos mil diecisiete, en que absolvió a Jayo Peña de la acusación fiscal por el referido delito.
3. Contra esta sentencia el Fiscal Provincial a fojas ochenta y uno, de dieciocho de octubre de dos mil diecisiete, y el actor civil a fojas ochenta y seis, de diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, promovieron recurso de apelación.
4. Admitida a trámite el recurso de apelación, la Segunda Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Ica profirió la sentencia de vista de fojas ciento diecinueve, de veintiséis de marzo de dos mil dieciocho, que anuló la aludida sentencia de primera instancia y ordenó se realice nuevo juicio oral por otro Juzgado Colegiado.
5. En el nuevo juicio oral, el Fiscal Provincial en su alegato preliminar de fojas ciento cincuenta y dos, de cuatro de junio de dos mil dieciocho, insistió en una pena de cinco años de privación de libertad. Sin embargo, en su alegato final de fojas ciento setenta y cinco, de tres de setiembre de dos mil dieciocho, solicitó treinta años de pena privativa de libertad.
6. Terminado el nuevo juicio oral, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur – Ica dictó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta, de diecinueve de setiembre de dos mil dieciocho, que condenó a Omar Alfredo Jayo Peña a treinta años de pena privativa de libertad y dos mil soles de reparación civil. Consideró que no se cumplieron con los presupuestos establecidos en la sentencia casatoria 335-2015/El Santa.
7. La defensa del encausado interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas doscientos tres, de nueve de octubre de dos mil

dieciocho. La defensa del encausado consignó entre sus agravios que se debió de aplicar la sentencia casatoria 335-2015/El Santa.

8. Admitido el recurso de apelación, elevada la causa al Tribunal Superior y culminado el trámite impugnativo, la Sala Superior Penal de Apelaciones y Liquidadora de Ica pronunció la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y seis, de siete de enero de dos mil diecinueve, que confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.
9. Contra esta sentencia de vista la defensa del encausado Jayo Peña promovió recurso de casación.

TERCERO. Que el encausado Jayo Peña en su escrito de recurso formalizado de fojas doscientos cincuenta y seis, de quince de enero de dos mil diecinueve, como *causa petendi* (causa de pedir) denunció inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, inciso 1 y 3, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–).

∞ Indicó que la menor le dijo que tenía catorce años de edad y en ese contexto mantuvieron una relación de enamorados y relaciones sexuales; que el único contacto fue el Facebook; que en el anterior juicio oral se practicó y ratificó el certificado médico legal 7931-EA, que concluyó que la agraviada representó una edad menor de catorce años de acuerdo a la escala de Tanner; que en el nuevo juicio oral solicitó la ratificación del certificado anterior y que se realice una pericia de odontograma a la menor, pero solo se oralizó el certificado médico legal y no se realizó la pericia solicitada; que, por otro lado, pidió la realización de una pericia de odontograma o dentaria de la menor y un careo con el padre de la menor como prueba de oficio, pero no se llevaron a cabo; que, por último, no se aplicó la sentencia casatoria 335-2015/El Santa.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho, de seis de agosto de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. Las causales de inobservancia de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículo 429, numerales 3 y 5, del CPP.
- B. El ámbito del examen casacional se circunscribió únicamente a la posible aplicación del Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, respecto a la aplicación del artículo 22 del Código Penal –en adelante, CP–.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas sesenta y cinco, de once de febrero último, que señaló como fecha para la audiencia de casación el día nueve de marzo último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención del abogado del encausado Jayo Peña, doctor Juan José Canales Flores.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional estriba en examinar, desde las causales de infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial, el juicio de determinación de la pena respecto de la aplicación de la causa de disminución de punibilidad previsto en el artículo 22 del CP. Así consta en el fundamento décimo tercero de la Ejecutoria de Calificación emitida por la Sala Penal Transitoria de este Tribunal Supremo de fojas cuarenta y ocho, de seis de agosto de dos mil veinte.

SEGUNDO. Que, siendo así, es definitivo el conjunto de los capítulos de la sentencia de mérito acerca de los hechos declarados probados y la aplicación del tipo delictivo, así como de las pertinentes reglas de determinación de la pena. Solo es de examinar la correcta interpretación y aplicación de la causa de disminución de punibilidad del artículo 22 del CP.

TERCERO. Que tanto la acusación fiscal como el Juzgado Penal Colegiado fijaron como hechos probados que el encausado Jayo Peña tenía, cuando se iniciaron los hechos, dieciocho años y cinco meses de edad [fundamento diecisiete punto dos, folio veintiuno de la sentencia de primera instancia]. La sentencia de vista no modificó este hecho. Luego, se tienen como tal. Asimismo, es de tener en consideración para la medición de la pena, primero, que el imputado carece de antecedentes; segundo, que es estudiante; y, tercero, que pese a saber la edad de la agraviada, tenía un vínculo sentimental con ella y que no le impuso por la violencia o amenaza el acto sexual –lo que, desde luego, dada la edad de la agraviada, no lo excluye de responsabilidad penal–. No hay duda que la falta de antecedentes es una circunstancia de atenuación genérica –la escala punitiva prevista en el tipo delictivo, por tanto, no se modifica–.

CUARTO. Que, como han recordado la reciente sentencia casatoria 988-2018/Lambayeque, de veintiséis de enero del año en curso, las Salas

Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre el artículo 22 del CP, profirieron el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete, que estableció que en virtud del principio-derecho de igualdad no es posible excluir de la eximencia imperfecta a los jóvenes delincuentes (de más de dieciocho y menos de veintiún años de edad). Desde esta decisión las sentencias casatorias han sido uniformes al hacer lugar a la disminución de punibilidad fijada por el citado artículo 22 del CP. Así, por ejemplo, se han emitido las sentencias casatorias 1057-2017/Cusco, de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho; 214-2018/El Santa, de ocho de noviembre de dos mil dieciocho; 1662-2017/Lambayeque, de veintiuno de marzo de dos mil diecinueve; 588-2019/Cusco, de veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno; y, 2118-2019/El Santa, de veintinueve de septiembre de dos mil veintiuno.

∞ Es de enfatizar que lo central de la argumentación consignada en el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete, es que no existe justificación objetiva y razonable en la determinación de diferencias entre la imputabilidad –que dice de la capacidad del sujeto– y la entidad del delito cometido. Asociar al artículo 22 del CP una regla de exclusión por razón de la gravedad de un delito es confundir irracionalmente dos categorías del delito que ocupan planos distintos: antijuridicidad –en cuanto contrariedad u oposición a la norma jurídica– y culpabilidad (específicamente: imputabilidad) –que dice de la capacidad personal del sujeto de poder responder por su acción– [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 135 y 159].

∞ La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) es el primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad. Únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece de graves anomalías psíquicas posee el grado mínimo de capacidad de autodeterminación que es exigido por el Ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal. La capacidad penal conecta con la edad y requiere de un proceso biológico de maduración manifestado por el transcurso de ésta [JESCHECK, HANS-HERINRICH – WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Volumen I, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 637-642].

∞ Desde las etapas de la capacidad de culpabilidad, por razón de la edad, se entiende que un joven mayor de dieciocho años y menos de veintiun años (los llamados “jóvenes delincuentes”) tiene una capacidad de comprensión –y, específicamente, de autocontrol, de autocontrolarse– relativamente disminuida. A él le puede costar más o menos esfuerzo el comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal como diría MAURACH, lo que, en todo caso, lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que debe compensarse su menor capacidad de control [VILLAVICENCIO TERREROS,

FELIPE: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, pp. 606-607].

∞ Es de insistir, ¡lo que no ha tomado en cuenta el legislador reformista!, que la incapacidad de un menor no presupone necesariamente enfermedad mental, pues se funda en una condición más lata que se identifica con la situación de inmadurez, la cual se entiende en sentido global como comprensiva, no solo del desarrollo insuficiente de las capacidades cognitivas, volitivas y afectivas, sino también de la incapacidad de comprender el significado ético-social del comportamiento y en fin, del desarrollo inadecuado de la conciencia moral (así, Sentencia de Corte de Casación Italiana de 23 de octubre de 1978) [FIANDACA, GIOVANNI – MUSCO, ENZO: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 334]. Además, el legislador presume la capacidad de entender y querer de un mayor de dieciocho años de edad, pero la relativiza en función a que no ha cumplido con su evolución biológica y psicológica, de suerte que asume el principio de la responsabilidad. Esta última situación, asumida por el legislador reformista, sin embargo no la respeta cuando incluye excepciones en función a la entidad del delito, no a la cualidad de la persona –sin atender a todo aquello que puede incidir en la comprensión del desvalor del propio actuar y libremente determinarse, como es la edad del agente–.

∞ Por lo demás, en el caso concreto, el Tribunal Superior no ha desarrollado una argumentación específica que razone sobre todo lo expuesto –en igual sentido se pronunció el Juzgado Penal Colegiado–. Sencillamente lo han ignorado. En consecuencia, es de rigor ratificar la doctrina jurisprudencial emanada del Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116.

QUINTO. Que, en tal virtud, debe aplicarse la consecuencia jurídica de la responsabilidad restringida por la edad: reducción prudencial de la pena. Ésta, como es una constante en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, siempre ha de ser por debajo del mínimo legal –pena privativa de libertad no menor de treinta años: artículo 172, numeral 2, del CP, según la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece–, en tanto en cuanto como causal de disminución de la punibilidad tiene como característica esencial que se trata de una causal intrínseca al delito e importa la exclusión parcial de sus categorías sistemáticas (la culpabilidad en este caso) [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Idemsa, Lima, 2016, pp. 245-246].

∞ El nivel de reducción prudencial de la pena está en función, como reza el artículo 45-A del CP, a la culpabilidad (o responsabilidad) y gravedad del hecho punible cometido (contenido de injusto y culpabilidad por el hecho cometido), sin perjuicio de tener en consideración lo expuesto en el artículo 45 del mismo Código. Además, debe analizarse la presencia de

circunstancias de atenuación y de agravación genéricas, conforme al artículo 46 del CP. No existen en el presente caso circunstancias de agravación cualificadas. Los criterios de determinación de la pena, por lo demás, expresan las pautas desde la que se regula la proporcionalidad de la pena y son la base del principio de legalidad de las penas.

SEXO. Que, siendo así, para determinar la pena concreta es de tener en cuenta la forma y circunstancias de la comisión del delito. Ello revela una culpabilidad menor intensa y una entidad delictiva razonablemente grave, que cabe asumir para determinar el *quantum* de pena. En consecuencia, atento a todo lo anterior, la pena privativa de libertad temporal debe ser seis años de pena privativa de libertad.

SÉPTIMO. Que, siendo así, el Tribunal Superior interpretó erróneamente los alcances del artículo 22 del CP, según lo dispuesto en el Acuerdo 4-2016/CIJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete, e indebidamente inaplicó las consecuencias jurídicas que correspondía. La sentencia casatoria debe ser rescindente y rescisoria por la naturaleza sustancial de la causal casatoria aceptada.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** declararon **FUNDADO**, en parte, el recurso de casación, por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial, interpuesto por el encausado OMAR ALFREDO JAYO PEÑA contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y seis, de siete de enero de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta, de diecinueve de setiembre de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de J.A.M.T. a treinta años de pena privativa de la libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista respecto a la pena privativa de libertad impuesta. **II.** Y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia en cuanto impuso a OMAR ALFREDO JAYO PEÑA treinta años de pena privativa de libertad; reformándola en este punto: le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el cuatro de junio de dos mil dieciocho vencerá el tres de junio de dos mil veinticuatro; registrándose **III. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia privada, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **IV. ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de



origen para su debido cumplimiento; con transcripción. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHAVEZ

CARBAJAL CHAVEZ

CSMC/AMON