CONTROL DE ADMISIBILIDAD

Sumilla. En el caso concreto, la ley penal vigente en la fecha de comisión de los hechos y por el cual fue condenado el casacionista –como autor del delito de actos contra el pudor–, se encuentra tipificada en el artículo 176-A del Código Penal (modificado por el Artículo 1 de la Ley N.° 28704, publicada el 5 de abril de 2006), que establecía una pena no menor de cinco, ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad; sin embargo, posterior a la fecha de los hechos, el tipo penal fue modificado (por el artículo 1 de la Ley N.° 30838, publicada el 4 de agosto de 2018), por lo que ahora tiene una pena mínima de nueve años, vale decir, el tipo penal desde su aspecto material es más gravoso.

Pero sucede que el Tribunal de instancia, para admitir una casación ordinaria, aplicó el principio *pro homine* por formalidad, haciendo una interpretación solo en el aspecto procesal, cuando debió tener como marco de referencia, para calificar el recurso de casación, la pena mínima del tipo penal por el cual fue condenado, ello en estricta observancia al principio constitucional de legalidad procesal penal, pues decidir lo contrario, es someter al casacionista a un marco punitivo superior por el que no ha sido condenado, siendo este más gravoso. Por lo tanto, resulta incompatible con el contenido del citado principio *pro homine*, que si bien es cierto, en determinados supuestos robustece una tutela pro persona, no resulta pertinente su aplicación en este caso, y al hacerlo tampoco optimiza un principio en especial.

Por ello, se concluye respecto a este tema que el recurso de casación debió ser calificado como un recurso de casación excepcional, por no cumplir con el criterio de cuantía de pena, establecido en el artículo cuatrocientos veintisiete, numerales uno y dos, literal b, del Código Procesal Penal. Y como tal, este Supremo Tribunal calificará el recurso en aplicación de los principios de celeridad y eficacia en la impartición de justicia.

Dicho esto, el casacionista, no ha propuesto un tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme a las exigencias especiales establecidas por este Supremo Tribunal. Es decir, no ha expresado que la intervención de esta Alta Corte es necesaria para el desarrollo de un tema relevante en la jurisprudencia, conforme a lo prescrito en el artículo 430, numeral 3, del referido Código Adjetivo. El recurso no se ampara.

Lima, dieciséis de febrero de dos mil veintiuno

AUTOS Y VISTO: se pronuncia este Supremo Tribunal sobre la admisibilidad del recurso de casación ordinaria –ahora excepcional–, interpuesto por la defensa del sentenciado **JULIÁN ALARCÓN SUCA** contra la sentencia de vista (Resolución N.° 35), del veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia que lo condenó como autor, de la comisión del delito

contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor, en el subtipo de tocamientos indebidos a una niña, tipificado en el artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal, en perjuicio de la víctima con las iniciales L. D. V. Q., a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en la suma de siete mil soles por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. El sentenciado recurrente interpuso recurso de casación (página 327) invocó los motivos casacionales de los numerales cuatro y cinco, del artículo cuatrocientos veintinueve, del referido código, por infracción a la motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Perú porque la sentencia de vista contiene una argumentación deficiente y hasta contradictoria. Alegó lo siguiente:

1.1. La versión brindada en juicio oral por la niña, no coincide con la brindada a nivel preliminar, donde narra amenazas de muerte contra su madre y hermano; no obstante, a que en el lugar de los hechos existía la presencia de otras personas que pudieron auxiliar a la niña.

Con relación al cambio de fecha de ocurrido los hechos, primero señaló que fue el 14 de febrero de 2012, pero al cuestionar que en dicha fecha estaba en el colegio, señaló que es una fecha referencial. Por ello, debió pedirse el registro de asistencia de la niña al colegio.

1.2. La entrevista de la niña no se realizó en cámara Gessel, la que se realiza en presencia del psicólogo, fiscal y abogados a fin de realizarse un adecuado examen y determinar que no medie ningún acto de manipulación en la niña por sus progenitores, o si la niña sostiene una mentira.

ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN

2. Por Resolución número treinta y seis, del veinticuatro de enero de dos mil diecinueve (página 340) se resolvió conceder el recurso de casación. Se sustentó en que se cumple con lo prescrito en los artículos 414, 405, 427, numeral 2, literal b, del Código Procesal Penal, y realizando una interpretación del principio *pro homine*, se debe acoger la interpretación favorable al procesado, porque si bien el delito de actos contra el pudor, tipificado en el artículo 176-A del Código Penal, al momento de ocurrido los hechos, establecía una pena mínima no menor de 5 años, ni mayor de 8 años, la aplicable al caso concreto, es el dispositivo vigente, que establece una pena privativa de libertad no menor de 9 ni mayor de 15 años.

SUSTENTO NORMATIVO

3. El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal prescribe los supuestos de procedencia del recurso de casación de la siguiente forma: "**1.** El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas […] expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores. **2.** La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1, está sujeta a las siguientes limitaciones: […]. **b)** Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años"; y, **4.** "Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos […], cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial".

4. La causales invocadas por el recurrente, son las descritas en los numerales cuatro y cinco, del artículo cuatrocientos veintinueve, del citado cuerpo legal, prescribe: "**4.** Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; y, **5.** Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional"

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

5. En aplicación de lo dispuesto en el apartado seis, del artículo cuatrocientos treinta, del Código Procesal Penal, corresponde decidir la admisibilidad o no del recurso.

6. Este Supremo Tribunal ha dejado establecido que al calificar un recurso extraordinario de casación, es de rigor acudir en principio, a los presupuestos de procedencia del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, que establece los límites del recurso; y superado con éxito, verificar si ha consignado de manera precisa las causales en que se sustenta el recurso de casación previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del citado cuerpo legal, y sus fundamentos de acuerdo a su naturaleza y fines, como así lo exige el artículo cuatrocientos treinta del código en referencia.

7. En este caso, conforme a lo expuesto en el fundamento dos de la presente resolución suprema, la Sala de Apelaciones concedió el recurso, bajo el supuesto de procedencia de casación ordinaria. Para ello, hizo una interpretación favorable apelando al principio *pro homine*. Para justificar tal razonamiento aplicó el artículo 176-A del Código Penal vigente, que prevé una pena privativa de la libertad no menor de nueve años, y no tuvo en cuenta la pena prevista al momento de los hechos, materia de este caso, que era no menor de cinco años de pena privativa de la libertad.

8. El principio *pro homine*, es un criterio hermenéutico que tiene prevalencia en materia de derechos humanos, que permite hacer una interpretación amplia y no restrictiva de mejor protección a la persona humana y puede activarse su aplicación ante una pluralidad de normas aplicables, y optarse por aquella norma *ius fundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos.

9. El Tribunal Constitucional[1], al respecto, ha señalado en reiterada jurisprudencia, que el principio *pro homine*, implica que los preceptos normativos se interpreten del modo que optimice el derecho constitucional, y reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales. Y del modo inverso, implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando se trate de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinaria. Tal directriz, de preferencia de normas o de interpretación alcanza su aplicación, incluso en los casos de duda, sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

10. En el presente caso, conforme al fundamento seis de la presente resolución suprema, la legislación procesal ha clasificado los recursos como ordinarios y extraordinarios. En el último grupo está la casación, cuya interposición está sujeta al cumplimiento de requisitos técnicos para su admisión, en razón que es competencia de este Supremo Tribunal, verificar si los jueces de instancia han aplicado o interpretado los enunciados normativos válidamente, o si no han incurrido en una afectación de normas constitucionales o legales y de ser el caso, uniformizar la jurisprudencia.

11. De esta manera, la interpretación del principio *pro homine*, realizada por la Sala Superior, es incompatible con el principio de no contradicción, claramente se aprecia que el tema materia de interpretación tiene conexión con el ámbito temporal de la vigencia de la ley penal, donde opera el principio *tempus regit actum* (el tiempo rige el acto); es decir, que la ley penal aplicable es la que está vigente a la fecha de la comisión de los hechos y está vinculada directamente al principio de legalidad, prevista en el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución Política del Perú, salvo que sea más favorable en conflicto de leyes entre leyes penales o duda, prevista en el artículo 139, numeral 11, de la Carta Magna.

12. En el caso concreto, la ley penal vigente en la fecha de comisión de los hechos y por el cual fue condenado el casacionista –como autor del delito de actos contra el pudor–, se encuentra tipificada en el artículo 176-A del Código Penal (modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 28704, publicada el 5 de abril de 2006), que establecía una pena no menor de cinco, ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad; sin embargo, posterior a la fecha de los hechos, el tipo penal fue modificado (por el artículo 1 de la Ley N.° 30838, publicada el 4 de agosto de 2018), por lo que ahora tiene una pena mínima de nueve años, vale decir, el tipo penal desde su aspecto material es más gravoso. Pero sucede que el Tribunal de instancia, para admitir una casación ordinaria, aplicó el principio *pro homine* por formalidad, haciendo una interpretación solo en el aspecto procesal, cuando debió tener como marco de referencia,

[1] STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4, STC N.º 02005-2009-AA, fundamento 33

para calificar el recurso de casación, la pena mínima del tipo penal por el cual fue condenado, ello en estricta observancia al principio constitucional de legalidad procesal penal, pues decidir lo contrario, es someter al casacionista a un marco punitivo superior por el que no ha sido condenado, siendo este más gravoso. Por lo tanto, resulta incompatible con el contenido del citado principio *pro homine*, que si bien es cierto, en determinados supuestos robustece una tutela pro persona, no resulta pertinente su aplicación en este caso, y al hacerlo tampoco optimiza un principio en especial.

13. Por ello, se concluye respecto a este tema que el recurso de casación debió ser calificado como un recurso de casación excepcional, por no cumplir con el criterio de cuantía de pena, establecido en el artículo cuatrocientos veintisiete, numerales uno y dos, literal b, del Código Procesal Penal. Y como tal, este Supremo Tribunal calificará el recurso en aplicación de los principios de celeridad y eficacia en la impartición de justicia.

14. Veamos, los argumentos expuestos por el recurrente, están descritos en el fundamento uno de la presente resolución suprema, bajo las causales de los numerales cuatro y cinco, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal. Su fundamento lo centra en las contradicciones de la narrativa de la agraviada, y falta de actuación de pruebas, vale decir, su reclamo no está relacionado al control específico de la corrección de enunciados inferenciales que se derivan de otros enunciados, sino a la adjudicación valorativa de la declaración de la víctima. Y el otro extremo está vinculado al derecho a probar en su dimensión de la actuación probatoria como es, solicitar el registro de asistencia de la niña a su colegio. Con relación a este último, reclamo no ha señalado que su defensa ofreció tal prueba y que fue denegada, contraviniendo los estándares previstos en el artículo 422 del Código Procesal Penal.

15. Dicho esto, el casacionista, no ha propuesto un tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme a las exigencias especiales establecidas por este Supremo Tribunal; esto es, de señalar si está referida a: **i)** fijar el alcance interpretativo de alguna disposición; **ii)** la unificación de posiciones disimiles de la Corte; **iii)** pronunciarse sobre un punto concreto que en la jurisprudencia no ha sido suficientemente desarrollado para enriquecer el tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas; y, **iv)** la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial[2]. Es decir, no ha expresado que la intervención de esta Alta Corte es necesaria para el desarrollo de un tema relevante en la jurisprudencia, conforme a lo prescrito en el artículo 430, numeral 3, del referido Código Adjetivo. El recurso no se ampara.

[2] Considerando siete del Recurso de Queja N.° 123-2010/LA LIBERTAD, del diecisiete de mayo de dos mil nueve.

16. Sin perjuicio de lo expuesto, con relación a los cuestionamientos de las contradicciones en la declaración de la agraviada y falta de actuación de pruebas, la Sala de Apelaciones, en la sentencia de vista, en el fundamento 9, numerales 9.1. al 9.20., ha razonado –en resumen– lo siguiente:

16.1. La declaración incriminatoria de la niña agraviada, brindada ante la psicóloga, y en juicio oral, ha sido consistente en expresar los hechos con uniformidad, al haber detallado de manera precisa, las circunstancias y lugar en que el imputado aprovechó para como cometer los actos libinosos en su contra, no existiendo alguna otra versión o expresión de la niña que desconozca los actos denunciados, lo que determina que sus declaraciones en las diferentes etapas del proceso existe coherencia en su relato, la que cuenta con corroboraciones periféricas, concomitantes y plurales que trascienden en el proceso y aportan certeza sobre la responsabilidad penal atribuida al recurrente, como es la pericia psicológica, que concluyó el daño psicológico ocasionado a la niña.

16.2. Añade, la Sala de instancia, en relación con los reclamos del casacionista en los que cuestiona la declaración de la niña, por incongruente y no haberse realizado en cámara Gessel, así como que la citada niña no precisó la fecha en que ocurrieron los hechos, y que pudo pedir auxilio ante la presencia de otras personas, analizó que la niña en el juicio oral ha sido enfática en señalar que los hechos, se suscitaron en el mes de diciembre, cuando su mamá la llevó a la labor minera. Asimismo, respecto a la ayuda que pudo pedir la niña, por las circunstancias en que se dieron los hechos, es lógico que la menor haya entrado en pánico y por ello no gritó, ni avisó a sus hermanos, y finalmente, el no haberse realizado su declaración en cámara Gessel, quedó desvirtuado porque la citada niña, se presentó ante el plenario y narró los hechos en su agravio.

En conclusión, no se cumple con los estándares mínimos de contenido material y formal del recurso de casación.

RESPECTO DE LAS COSTAS

17. El numeral dos, artículo quinientos cuatro, del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme con lo preceptuado por el numeral dos, artículo cuatrocientos noventa y siete, del Código acotado y, en el presente caso, no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

I. Declarar **NULA** la Resolución número treinta y seis, del veinticuatro de enero de dos mil diecinueve, que resolvió conceder el recurso de casación ordinaria al recurrente.

II. Declarar **INADMISIBLE** el recurso de casación ordinaria –ahora excepcional– interpuesto por la defensa del sentenciado **JULIÁN ALARCÓN SUCA** contra la sentencia de vista (Resolución N.° 35), del veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia que lo condenó como autor, de la comisión del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor, en el subtipo de tocamientos indebidos de menor de edad, tipificado en el artículo 176-A, numeral 3, del Código Penal, en perjuicio de la menor con las iniciales L. D. V. Q., a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva a cinco años, y fijó en la suma de siete mil soles por concepto de reparación civil.

III. CONDENAR al recurrente al pago de las costas del presente recurso, que deberán ser exigidas por el juez de la Investigación Preparatoria correspondiente.

IV. MANDAR que se notifique a las partes procesales la presente resolución suprema.

V. ORDENAR que se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen para los fines pertinentes, se haga saber y se archive.

S. S.

LECAROS CORNEJO

CAVERO NALVARTE

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

IEPH/mrce