



**Adecuación y sustitución de pena**

**Sumilla.** Este Supremo Tribunal advierte que la Sala Superior no tomó en cuenta lo establecido en la Sentencia Plenaria N.º 2-2005/DJ-301-A, la cual ha precisado que si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior, la nueva pena impuesta debe respetar los parámetros de dicha ley, es decir, la nueva pena debe ser impuesta por debajo del mínimo legal establecido en la nueva ley. Estos aspectos que no fueron apreciados por la Sala de mérito, razón por la cual es procedente la solicitud del recurrente, al haberse beneficiado de la aplicación del principio de retroactividad benigna.

En consecuencia, la pena sustituida es reformada a once años de privación de libertad. El recurso de nulidad interpuesto por el recurrente es amparado en todos sus extremos

Lima, dieciocho de abril de dos mil veintidós

**VISTO:** el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Mario Jesús Rupay Samillán contra la resolución del ocho de febrero de dos mil veintiuno (foja 316) emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de Apelaciones en adición a la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró procedente su pedido de sustitución de la pena solicitado en la sentencia que lo condenó por el delito de violación sexual en agravio de la menor con las iniciales V. D. R. L. DE LOS S., a veinte años de pena privativa de libertad; en consecuencia, sustituyeron la pena de veinte años de privación de libertad por la de quince años de la misma pena, que se computará desde la fecha de su detención, con lo demás que contiene.

De conformidad en parte con lo opinado en el dictamen del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el juez supremo **Brousset Salas.**



## CONSIDERANDO

### FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

**Primero.** La defensa del procesado Mario Jesús Rupay Samillán, al desarrollar su recurso impugnatorio (foja 326), mostró su disconformidad con la resolución recurrida debido a que:

1. El diecinueve de agosto de dos mil trece fue promulgada la Ley N.º 30078, a través de la cual se modifica el artículo 170 del Código Penal, tipo penal que prevé y sanciona el delito de violación sexual de forma genérica, considerando como agravantes los incisos 2 y 6, que impone una pena no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación, si para la ejecución del delito se ha prevalidado de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o de una relación de parentesco por ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima y si la víctima tiene entre catorce o menor de dieciocho años de edad.
2. En el caso, el recurrente fue condenado a veinte años de pena privativa de libertad, *quantum* de la pena establecida por debajo del mínimo legal conforme a las normas vigente al momento de los hechos, esto es, artículo 173 *in fine* del Código Penal a tenor de la Ley N.º 28704, siendo correcto aplicar el literal e del fundamento 14 de la Sentencia Plenaria N.º 2-2005/DJ-301-A, por lo que corresponde sustituir la pena impuesta en la sentencia de veinte años por una pena mínima legal más beneficiosa que viene fijada en los incisos 2 y 6, del artículo 170, del Código Penal, que



establece un mínimo de doce años de pena privativa de libertad, debiendo imponerse once años con once meses.

3. La resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada, para sustituir el *quantum* de la pena no se observó lo establecido en el Sentencia Plenaria N.º 2-2005/DJ-301-A, toda vez que ha sustituido la pena por encima del mínimo legal establecido para el nuevo tipo penal aplicable. Se ha desconocido que la sentencia condenatoria estableció la pena contra el recurrente menor al mínimo legal, por lo que la nueva pena sustituida debió fijarse en el mismo sentido, es decir, por debajo del mínimo legal del tipo penal aplicable al presente caso, en tal situación, la pena sustituida debió fijarse debajo de los doce años de pena privativa de libertad.
4. No se tuvo en cuenta que mediante sentencia de fecha quince de diciembre de dos mil ocho, recaída en el Expediente N.º 2837-2008, el recurrente acepto los cargos, motivo por el cual se le redujo la pena por debajo del mínimo legal, es decir de veinticinco años de pena a veinte años de pena privativa de libertad.

### **DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA**

**Segundo.** Según la sentencia del quince de diciembre de dos mil ocho (foja 251), se condenó al recurrente por los hechos ocurridos en el mes de abril de dos mil ocho, en circunstancias en que la menor agraviada de catorce años, realizaba el aseo de su domicilio, en el cual hace aparición su padrastro (el procesado) quien conduce a la fuerza a la menor a su cuarto donde procede a violarla vaginalmente, dicho ultraje se repitió hasta en dos oportunidades cuando la madre de la menor salía a trabajar. Así, la aceptación de los cargos imputados por parte del acusado dio lugar a que por



tales hechos, fuese condenado el quince de diciembre de dos mil ocho como autor del delito contra la libertad sexual en agravio de la menor con las iniciales V. D. R. L. DE LOS S. a veinte años de pena privativa de libertad, sentencia que fue consentida mediante resolución veinte del veinticuatro de diciembre de dos mil ocho, encontrándose, la misma, en ejecución de sentencia.

### **CUESTIONES PRELIMINARES**

**Tercero.** Conforme al artículo 6 del Código Penal, se señaló que:

La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. **Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.** (Resaltado nuestro)

**Cuarto.** Mediante la Sentencia Plenaria número 2-2005/DJ-301-A, del treinta de septiembre de dos mil cinco, sobre la figura de la adecuación de penas, se estableció como doctrina legal:

- 1º) Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a ley anterior ineludiblemente debe ser sustituida;
- 2º) La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables;
- 3º) La nueva pena ha imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad;
- 4º) Si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y,
- 5º) Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o esta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la



nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley.

En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al Tribunal de la sustitución, a cuyo afecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, así como las demás previstas en la ley e incorporadas en la sentencia.

Otros factores que deben tomarse en consideración son, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma sección modificada; y, de otro lado, aunque sin ser estimado como el factor principal o preferente, la lógica proporcional con relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario.

## **ITER PROCESAL DEL CASO**

**Quinto.** El Primer Juzgado Penal Liquidador Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque condenó a Mario Jesús Rupay Samillán como autor del delito contra la libertad sexual, al establecer su responsabilidad penal no solo con la sindicación de la agraviada, sino con la propia aceptación de los cargos de este. Por ello, se le impuso una pena por debajo del mínimo legal, es decir, la pena de veinte años de privación de libertad, de conformidad con el último párrafo del artículo 173 concordante con su parte *in fine* del Código Penal.

**Sexto.** Al haberse dejado consentir la sentencia condenatoria expedida mediante resolución del veinticuatro de diciembre de dos mil ocho. Posteriormente, en ejecución de sentencia, la defensa del condenado Rupay Samillán solicitó la adecuación del tipo penal en atención a la declaración inconstitucional del inciso 3, del artículo 173, del Código Penal por lo que indica, conviene aplicar el tipo penal vigente, es decir, el inciso 6, del artículo 170, del Código



Penal, al presente caso y en consecuencia sustituir la pena impuesta.

### **Análisis del caso concreto**

**Séptimo.** Como se indicó precedentemente, los hechos materia de investigación, juzgamiento y condena contra el recurrente Mario Jesus Rupay Samillán ocurrieron en abril de dos mil ocho, fecha en la que el artículo 173 del Código Penal se encontraba modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28704, del cinco de abril de dos mil seis, que sobre el último párrafo del referido artículo señalaba que: si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

**Octavo.** Posteriormente, mediante la Ley N.º 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, se modificaron la tipificación de la conducta y sus penas, debido a la inconstitucionalidad declarada del inciso 3, del artículo 173, del Código Penal, las cuales fueron establecidas en el artículo 170, tipo penal que prevé y sanciona, en adelante, los delitos de violación sexual en forma genérica, en la cual, se considera como agravantes en los incisos 2 y 6 del referido código, donde se prescribió lo siguiente:

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda [...] 2. Si para la ejecución el delito se ha prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser



ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. [...] 6. Si la víctima tiene entre catorce y menor de dieciocho años.

**Noveno.** Del análisis de esta modificatoria legal del artículo 173 del Código Penal, declarado inconstitucionalmente, se aprecia que se realizó un cambio significativo y crucial en cuanto a su contenido, por cuanto, cuando la víctima tenga entre catorce y dieciocho años el *quantum* de la pena oscila entre no menor de doce ni mayor de dieciocho años, incluso si se ha prevalidado que entre el acusado y la agraviada exista una relación de parentesco ascendente. Por ende, con la última modificatoria antes descrita, se requirió de norma copulativa que ambas circunstancias contengan una sanción penal.

**Décimo.** Esta sucesión de normas en el tiempo tiene trascendencia para la aplicación y determinación de la pena en el caso de autos. Empero, de la revisión de los autos se verifica que la Tercera Sala Penal Liquidadora de Apelaciones en Adición a la Sala Penal Liquidadora, señaló que la conducta imputada, será subsumida en el inciso 2, del artículo 170, del Código Penal, que establece un mínimo de doce años de pena privativa de libertad y un máximo de dieciocho por lo que la pena adecuada será de quince años al concurrir dos circunstancias agravantes.

**Decimoprimer.** Este Supremo Tribunal advierte que la Sala Superior no tomó en cuenta lo establecido en la Sentencia Plenaria N.º 2-2005/DJ-301-A, la cual ha precisado que si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior, la nueva pena impuesta debe respetar los parámetros de dicha ley, es decir, la nueva pena debe ser impuesta por debajo del mínimo legal



establecido en la nueva ley, estos aspectos que no fueron apreciados por la Sala de mérito, razón por el cual es procedente la solicitud del recurrente al haberse beneficiado de la aplicación del principio de retroactividad benigna.

**Decimosegundo.** En consecuencia, del análisis técnico jurídico de la norma cuestionada, prima la más favorable al reo por ser una garantía constitucional. Ello como consecuencia de la modificatoria de la Ley N.º 28704 por la nueva norma vigente Ley N.º 30076, la misma que sanciona el delito de violación sexual contra una menor de catorce años con una pena no menor de doce ni mayor de dieciocho años (que es a la cual se adecuo su conducta típica).

**Decimotercero.** Delimitado el nuevo marco punitivo, corresponde determinar la pena concreta por debajo del extremo mínimo legal en atención a que el sentenciado se acogió al beneficio de conclusión anticipada. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que la pena sustituta es reformada a once años de privación de libertad.

El recurso de nulidad interpuesto por el recurrente es amparado en todos sus extremos.

## DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

**I. DECLARARON HABER NULIDAD** en la resolución del ocho de febrero de dos mil veintiuno (foja 316) emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de Apelaciones en adición a la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque,



que sustituyendo la pena de veinte años de privación de libertad la fijo en quince años; y, **REFORMÁNDOLA**, la **SUSTITUYERON por la pena privativa de libertad de once años**. En el proceso que se le siguió a Mario Jesús Rupay Samillan por el delito de violación sexual en agravio de la menor con las iniciales V.D.R.L.

**II.** Notificar a las partes procesales intervinientes en el presente proceso. Y los devolvieron.

Intervino el juez supremo Núñez Julca, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

**S. S.**

NÚÑEZ JULCA

**BROUSSET SALAS**

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

*RBS/kila*