



SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de abril de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal -afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho de defensa-, manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el procesado Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del ocho de marzo de dos mil once -del cuaderno de apelación-, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil diez -del cuaderno de debates-, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de trece años de edad vía sexo oral en perjuicio del menor identificado con las iniciales E.J.M.S., a treinta años de pena privativa de libertad y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. Interviene como ponente el señor Morales Parraguez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario procesal.

Primero: El señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Puno mediante dictamen de fojas uno -del cuaderno de control de acusación- formuló acusación contra Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza



por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en perjuicio del menor de iniciales E.J.M.S., previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

Segundo: El Juzgado Penal Colegiado mediante resolución de fojas ocho, del veintiséis de julio de dos mil diez -del cuaderno de debate- dictó auto de enjuiciamiento y tuvo por admitidos los medios de prueba de la parte acusadora y de la parte acusada, a la vez que señaló fecha para la audiencia del juicio oral. La audiencia se inició el veintitrés de agosto de dos mil diez y concluyó el quince de setiembre del mismo año, conforme al acta de audiencia de juicio oral de fojas veintitrés.

Tercero: El Juzgado Penal Colegiado emitió la sentencia de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil diez, condenando a Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de trece años de edad vía sexo oral, en agravio del menor de iniciales E.J.M.S. a treinta años de pena privativa de libertad y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. Contra esta sentencia el citado condenado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento sesenta y nueve, el cual fue concedido mediante resolución de fojas ciento setenta y seis, del veintitrés de setiembre de dos mil diez.

2. Del trámite recursal en segunda instancia.

Cuarto: La Primera Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas cincuenta y cuatro, del seis de enero de dos mil once -del cuaderno de apelación-, admitió los medios probatorios ofrecidos por la defensa del sentenciado Peñaloza Espinoza y señaló fecha para la audiencia de



apelación, convocando su asistencia a los sujetos procesales, la misma que se realizó el siete de marzo de dos mil once y culminó el ocho de marzo del mismo año, conforme es de verse en las actas de registro de audiencia de apelación de fojas ochenta y uno y noventa y ocho.

El Tribunal Superior mediante sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del ocho de marzo de dos mil once, confirmó la sentencia de fecha quince de setiembre de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de trece años de edad vía sexo oral, en perjuicio del menor de iniciales E.J.M.S., a treinta años de pena privativa de libertad y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

3. Del trámite del recurso de casación.

Quinto: Notificada la sentencia de vista, el procesado Peñaloza Espinoza interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento treinta y cuatro, alegando los siguientes motivos: **i)** Inobservancia de la ley procesal sancionada con nulidad, al haberse realizado la audiencia de apelación el siete de marzo de dos mil once con intervención del Juez Superior Jorge Abat Salazar Calla, pero ese mismo día se dio por concluida su designación como integrante de la Sala Penal de Apelaciones mediante Resolución Administrativa número trescientos cuatro-dos mil once, y pese a ello suscribió la sentencia de vista cuestionada; **ii)** inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, in dubio pro reo, derecho a la prueba, derecho de defensa; y falta de lógica en la motivación, al haber sido condenado sin prueba suficiente y pese a existir duda razonable respecto a su responsabilidad penal, ya que no se valoraron las pericias ni la declaración de los peritos actuados en el juicio oral y la audiencia



de apelación, así como tampoco se describe la información proporcionada por cada uno de los peritos; **iii)** apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, puesto que en el menor agraviado en el certificado médico legal no hizo referencia alguna de haber sido sometido a sexo oral y, por ende, no existe persistencia, coherencia y solidez en su incriminación, como lo exige el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

Concedido el recurso por resolución de fojas ciento cuarenta y dos, del veintitrés de marzo de dos mil once, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha veintiocho de marzo de dos mil once, para el pronunciamiento respectivo.

Sexto: Cumplido el trámite de traslado a la parte recurrente, este Supremo Tribunal mediante auto de calificación de fojas diecinueve, del veintisiete de septiembre de dos mil once, declaró bien concedido el recurso de casación por los motivos siguientes: **a.** inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal: afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho de defensa; **b.** manifiesta ilogicidad de la motivación; y, **c.** apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, previstos en los incisos uno, dos, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

Séptimo: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación, instalada la misma y realizados los pasos que corresponde conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo, el estado de la causa es el de expedir sentencia.



Octavo: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada con las partes que asistan se realizará por Secretaría de la Sala el diecinueve de los corrientes, a las ocho horas con treinta minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme se dejó establecido en el auto de calificación de este Supremo Tribunal, los motivos de casación admitidos son inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal «afectación de la tutela jurisdiccional efectiva», «presunción de inocencia», «in dubio pro reo» y «derecho de defensa», manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema. Al respecto, el encausado Peñaloza Espinoza ha señalado que la audiencia de apelación se realizó el siete de marzo de dos mil once, con intervención del Juez Superior Jorge Abat Salazar Calla, pero ese mismo día se dio por concluida su designación como integrante de la Sala Penal de Apelaciones, y pese a ello suscribió la sentencia de vista cuestionada; que, además, no se valoraron las pruebas periciales ni la información proporcionada por cada uno de los peritos; que fue condenado sin prueba suficiente y pese a existir duda razonable sobre su responsabilidad penal e incluso no se tomó en cuenta que el menor agraviado en el certificado médico legal no hizo referencia alguna a haber sido sometido a sexo oral, por lo que no existe persistencia, coherencia y solidez en su testimonio incriminatorio.



SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

- A. Según la acusación fiscal en el mes de setiembre de dos mil ocho, la madre del menor agraviado -de trece años de edad- viajó a la ciudad de Arequipa y dejó encargado a su hijo al procesado Peñaloza Espinoza, quien aprovechando esta situación sometió al menor a sexo oral e introdujo su dedo en su ano, habiendo tomado conocimiento sobre estos hechos en el mes de octubre de dos mil nueve por versión de su menor hijo; que con la finalidad de corroborar tal versión, simuló un viaje a la ciudad de Arequipa y encargó nuevamente el cuidado de su hijo al citado procesado, pero previamente coordinó con un amigo para que permanezca en el interior de la habitación y se esconda debajo de la cama, a la vez que le proporcionó una grabadora y un celular para que se pueda comunicar, así como instaló un equipo de filmación en el ropero; es así como el veintiocho de octubre de dos mil nueve, a las veinte horas con treinta minutos, el señor Víctor Condori Quispe -quien se había escondido debajo de la cama- le informó que ya se estaba cometiendo el hecho delictivo, por lo que esta procedió a comunicarse vía telefónica con el Fiscal de turno a efectos de que se apersona al inmueble de su propiedad -ubicado en el jirón Ancash número cuatrocientos setenta y cinco-A-, quien al constituirse a la vivienda encontró al procesado Peñaloza Espinoza conjuntamente con el menor, ambos en pijama y se procedió a recoger dos fragmentos de papel higiénico con manchas blanquecinas al parecer "espermatozoides", al tiempo que el citado procesado reconoció, en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado defensor, que practicó sexo oral con el menor agraviado, conforme consta



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 73-2011
PUNO

en el acta de constatación de fojas ciento cuatro -del cuaderno de debate- y examen pericial de biología forense de fojas veintiuno, que concluyó que en los dos fragmentos de papel higiénico se encontraron restos de espermatozoides.

- B.** Del texto de la sentencia se sostiene que existe la imputación directa de la víctima que es valorada de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco. Así, se tiene que su declaración genera convicción en el Colegiado Superior respecto de la realidad del delito como la responsabilidad del procesado Peñaloza Espinoza por reunir los requisitos de presencia de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación; no evidenciándose en el caso de autos la existencia de relaciones de odio, resentimientos, enemistad u otras razones que puedan enervar el testimonio incriminatorio del menor, que se manifiestan con actos o comportamientos que tengan una entidad dirigidas hacia el agente del delito, y el sólo hecho de que el sentenciado anteriormente estaba al cuidado de la víctima descarta por completo esa posibilidad. El hecho destacado por la defensa del sentenciado en el sentido de que el menor agraviado no lo saludaba y/o se alejaba en modo alguno puede valorarse como actos de odio, venganza o rencor; por el contrario, son respuestas lógicas y razonables por el ultraje sexual anterior a los hechos.
- C.** El menor agraviado en el acto del juicio oral dijo textualmente lo siguiente: "(...) me chupó mi pipi por cinco minutos y me hizo salir una cosita blanca de mi miembro y después Adolfo me hizo chupar su miembro"; versión que se corrobora con las actuaciones periféricas como la pericia biológica forense, donde



se llegó a establecer que en el papel higiénico encontrado en el piso de la habitación donde ocurrieron los hechos se hallaron restos de espermatozoides, pericia que ha precisado que son producto de una eyaculación y/o limpiamiento y no ha sido cuestionada en el juicio oral ni en la audiencia de apelación.

D. Se consolida la incriminación del menor con la testimonial de Víctor Javier Condori Quispe, quien en el momento de los hechos estuvo debajo de la cama y escuchó gemidos, así como vio caer al piso papeles higiénicos, que fueron sometidos a pericia biológica; además, el Fiscal Provincial Walter Gálvez Condori en su declaración testimonial señaló que el sentenciado en presencia de su abogado reconoció haber tenido sexo oral con el menor, lo que se hizo constar en el acta de constatación, testimonial que tampoco ha sido objeto de cuestionamiento por la defensa.

E. De otro lado, la incriminación del menor se ha realizado desde la etapa preliminar y la observación hecha por la defensa del sentenciado en el sentido de que su primera versión refiere que solamente rozó o acercó el miembro viril del sentenciado y posteriormente indicó que lo succionó, no puede significar variación de la incriminación, más aún si se tiene en cuenta que el menor tenía trece años de edad.

TERCERO: La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, valorarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos, apartado dos del Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición



limitada, pues debe formularse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efectos de examinar si el caso se resolvió de acuerdo a la ley sustantiva aplicable, mas no para revisar la solución del problema probatorio que antecedió al juicio de culpabilidad establecido en la sentencia, ya que esta cuestión atañe a lo que es la valoración de la prueba ajena al recurso de casación; es decir, la eliminación del error judicial en puridad no se hace por efecto de una nueva valoración de la prueba.

CUARTO: En efecto, el recurso extraordinario de casación no es un instrumento que permita continuar el debate fáctico y jurídico realizado en el proceso fenecido, a manera de instancia adicional a las ordinarias, sino que su interposición deriva del agravio que la decisión impugnada le habría causado por haber sido emitida con <<inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías>>, <<inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad>>, <<indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal>>, <<falta o manifiesta ilogicidad de la motivación>> y <<apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema>>.

4. Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

QUINTO: El recurrente denunció, en primer lugar, que se realizó la audiencia de apelación con intervención del Juez Superior Jorge Abat Salazar Calla, pese a que ese mismo día se dio por concluida su designación como integrante de la Sala Penal de Apelaciones, incurriéndose en causal de nulidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia,



bien sea de la vulneración del debido proceso u otra garantía constitucional, exige claras y precisas pautas demostrativas.

SEXTO: En el presente caso, el hecho de que el magistrado Salazar Calla interviniera en la audiencia de apelación y suscriba la sentencia de vista cuestionada, lejos de traslucirse como origen de una irregularidad, es demostrativo del cuidado con el que se actuó para garantizar la culminación y evitar dilaciones indebidas en el juicio seguido contra Peñaloza Espinoza por el delito de violación sexual de menor.

Es por ello que se declaró inadmisibles el recurso de casación por la causal de inobservancia de norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad.

5. Inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal: afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y derecho de defensa.

SÉPTIMO: De otro lado, como segundo agravio el recurrente denunció el haber sido condenado sin prueba suficiente y pese a existir duda razonable respecto a su responsabilidad penal; que, además, no se habrían valorado los dictámenes periciales y la declaración de los peritos actuados en el juicio oral y la audiencia de apelación, ni se describió la información proporcionada por cada uno de los peritos. En contrario a lo que se sostiene, se verifica que existe una perfecta correspondencia entre la prueba que sirvió de sustento a la condena y su posterior confirmatoria por la sentencia de vista impugnada, pues el Tribunal Superior fundó su convicción sobre la realización del delito y la responsabilidad penal del imputado, principalmente en el testimonio del menor agraviado, el examen pericial de biología forense de fojas veintiuno -el cual concluyó que en los dos fragmentos de papel higiénico se



encontraron restos de espermatozoides- y en el acta de constatación de fojas ciento cuatro, en la que el procesado Peñaloza Espinoza -en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado- reconoció haber tenido sexo oral con el menor.

OCTAVO: De otro lado, el argumento de ausencia de prueba suficiente y la existencia de una duda razonable, constituye una cuestión relativa a la valoración probatoria con remisión a cuestiones de hecho, pruebas y apreciaciones subjetivas del recurrente; es decir, sus argumentos se evidencian como una simple discrepancia de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, lo cual es inadmisibles en el recurso de casación, ya que cuando en sede extraordinaria se denuncian errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, compete al recurrente identificar nítidamente el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que sustenta el error, e indicar de forma clara y objetiva su contenido, y no limitarse a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas examinadas en su oportunidad por el juzgador, lo que es contrario a la casación, pues tratándose de una acción extraordinaria la eliminación del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas -no se puede accionar para revisar la solución del problema probatorio que atañe a la valoración de la prueba-, toda vez que el Tribunal de mérito por mandato constitucional es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento, en la determinación de los hechos que con ellas se demuestren.

En consecuencia, este motivo casacional carece de fundabilidad.



6. Manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

NOVENO: En la fundamentación de este motivo de falta de lógica en la motivación, no es válida la afirmación de una simple inconformidad con la valoración efectuada en la sentencia o la discrepancia con los fundamentos jurídicos del fallo, sino que debe encaminarse a demostrar con precisión la carencia absoluta o parcial de lógica en la motivación, debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque distorsiona o desborda los límites de racionalidad en su valoración.

DÉCIMO: En efecto, como se tiene indicado, el recurso de casación no es de libre formulación, razón por la cual no es procedente hacer cualquier clase de cuestionamiento a una sentencia, que por ser la culminación de un proceso está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, de manera que el éxito del motivo no depende de la multiplicidad indiscriminada de criterios personales, ni de lo extenso del contenido del recurso, sino de la argumentación que conlleve de manera lógica, precisa, coherente y jurídica a la demostración de que la sentencia es ilegal, por haber incurrido en vicios de juicios o de procedimiento, según el caso.

DÉCIMO PRIMERO: El recurrente sustenta este motivo casacional en el hecho de que el menor agraviado al ser examinado por el médico legista no mencionó haber sido sometido a trato sexual vía oral, y este mismo argumento sirve para sustentar el motivo de apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, ya que considera que por ese hecho su testimonio incriminatorio no reúne los



requisitos formales establecidos en el Acuerdo Plenario número cero dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis.

DÉCIMO SEGUNDO: Esta argumentación conduce a concluir que la afirmación relativa a la falta de lógica en la motivación no es cierta, pues la sindicación directa efectuada por el menor agraviado E.J.M.S. no deja de ser persistente por el sólo hecho de no haber mencionado durante el examen médico legal haber sido víctima de trato sexual vía oral, ni esa omisión es por sí misma una causal que destruya lo sostenido en sus declaraciones prestadas en la etapa preliminar y judicial, que se refuerzan con las otras pruebas -pericial y documental- valoradas por el Tribunal, contra las que no existe ningún concreto cuestionamiento ni se aporta dato alguno en el que se pueda fundar una posible indebida influencia sobre el menor o una falta de neutralidad de los peritos y de los que intervinieron en el acta de constatación.

DÉCIMO TERCERO: En este contexto, lo que se discute realmente no es la manifiesta ilogicidad en la motivación, sino que el recurrente presenta su particular percepción sobre la forma cómo ocurrieron los hechos y el mérito que, a su criterio, debe otorgarse a las pruebas que formaron convicción en el juzgador. Se observa que en realidad existe una divergencia de criterios, sin enunciarse expresamente ni tampoco demostrarse la concreta configuración de un desacierto en el fallo, incluso con el mismo texto argumentativo se propuso dos motivos casacionales, transgrediéndose el principio de autonomía que rige el recurso de casación, según el cual con el argumento de un motivo casacional no se puede sustentar otro.

En consecuencia, no se evidencia la falta de lógica en la motivación ni el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la



Corte Suprema, pues el recurso ha quedado convertido en un simple alegato de instancia vedado en sede casacional.

7. Ejercicio de las facultades oficiosas de la Sala de Casación Penal.

DÉCIMO CUARTO: Si bien las impropiedades advertidas podría conllevar a declarar infundado el recurso de casación respecto a los motivos concedidos relativos a la comisión del delito investigado y la responsabilidad penal del imputado; sin embargo, en el extremo de la pena se observa vulneración a la garantía constitucional de la debida motivación, que amerita el ejercicio de las facultades oficiosas de esta Sala de Casación Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: En la actualidad existe doctrina mayoritaria que entiende que el injusto penal debe contener tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, o lo que es lo mismo, que la norma penal debe entenderse tanto como norma objetiva de valoración como norma subjetiva de determinación. Son varios los argumentos para optar por una tesis en este sentido. En primer lugar, si se tiene en cuenta que las funciones del derecho penal están dadas por la función de motivación y la función de protección de bienes jurídicos, puede llegarse a entender que el injusto se constituye por el desvalor de acción y por el de resultado.

DÉCIMO SEXTO: En el caso del ordenamiento peruano, es necesario entender el injusto penal como un ente complejo, compuesto por el desvalor de acción, y por el de resultado de manera conjunta, ya que el principio de lesividad opera no en la fase estática de la previsión legal, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta



punible. Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, en el sentido de que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna típica, concurre el desvalor de resultado, entendido como el impacto en el bien jurídico tutelado, al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al dañarlo, y en ello consiste la denominada antijuridicidad material.

DÉCIMO SÉPTIMO: Al valorarse una conducta como la que es objeto de análisis se debe identificar la pena concreta dentro del espacio y límites prefijados por la pena básica, y la solicitada en la acusación, en función a una circunstancia legalmente relevante, consistente en que si bien el sexo oral posee una significación sexual equivalente al coito vaginal o anal, la boca no sólo no está destinada por la naturaleza para ser receptora de la penetración copular natural, sino que careciendo de glándulas de evolución y proyección erógenas como la vagina, sólo sirve para el desfogue libidinoso o satisfacción del agente, y es esto lo que posibilita apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena y elegir la que resulte útil a su autor, en concordancia con los principios de proporcionalidad y racionalidad, así como teniendo en cuenta la función resocializadora de la pena.

DÉCIMO OCTAVO: Los incisos cinco y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establecen que es principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias y que régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.



De otro lado, el artículo ciento cuarenta y uno de la Constitución establece que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación conforme a ley; es decir, no sólo es la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria, sino que además tiene como atribución la de actuar como Tribunal de Casación de acuerdo a su especialidad.

DÉCIMO NOVENO: El inciso uno del artículo veintiséis de nuevo Código Procesal Penal establece que a la Sala Penal de la Corte Suprema le compete conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores. Este recurso extraordinario tiene tres finalidades esenciales: **1.** La función nomofiláctica o control de legalidad, que supone la competencia de la Corte Suprema de verificar que los órganos jurisdiccionales inferiores efectúen una correcta interpretación y aplicación de la ley a los fallos judiciales, sean estas de carácter sustantivo o adjetivo en materia penal; con esta finalidad se busca la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

2. La función unificadora, pues a través de la unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes se busca obtener una justicia más predecible y menos arbitraria. Asimismo, persigue que se garanticen la certeza y seguridad jurídica, el interés social y la permanencia del postulado igualitario. **3.** En menor medida garantiza la tutela de garantías constitucionales, sean estas de carácter procesal (lógica en la motivación, debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros) o sustantiva (principio de legalidad, derecho a la intimidad).

VIGÉSIMO: Según doctrina nacional San Martín Castro, la casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica,



que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y b) la unificación uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Y citando a Andrés Martínez Arrieta, este señala que la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal. Los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica se concretan a través de la finalidad de la casación, de garantizar la unidad de la aplicación de la ley **y hacer justicia en el caso concreto**, instituyéndose de este modo en un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad.¹

A decir de Hinojosa Segovia, citado por Roberto E. Cáceres J. y Ronald D. Iparraguirre, son dos los fines primordiales de la casación: la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales, (...) para luego concluir, que en definitiva lo que se busca con este recurso es que se garantice el valor seguridad jurídica y la unidad en la aplicación judicial del derecho y la tutela de los derechos materiales y procesales de carácter constitucional frente a las lesiones que puede causar el juez en su labor diaria. Es decir, que se proteja la integridad de los derechos fundamentales.²

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; Derecho Procesal Penal; Editorial Grijley – Segunda Edición – 2003; Pgs.991-992.

² CÁCERES, Roberto E. y Ronald D. IPARRAGUIERRE; Código Procesal Comentado; Juristas Editores 2007 -2002; Pg.485.



VIGÉSIMO PRIMERO: Lo anterior ha conllevado a que el principio de limitación que rige la casación penal, según el cual la Corte Suprema sólo está facultada a pronunciarse respecto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, no tenga un alcance absoluto sino relativo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, al señalarse que dicha restricción es sin perjuicio de las **cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso, cuando se advierta que la decisión es contraria a la Constitución y la ley.** Esta disposición es el producto de la evolución que el recurso extraordinario de casación ha experimentado a lo largo de su historia, que de mecanismo de control de legalidad, pasó a ser también a uno de control constitucional. Por eso, el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código acotado establece como causal de casación la inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o penal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En ese sentido, surge con nitidez que la casación oficiosa procede no sólo cuando la sentencia de segunda instancia se dicta en un juicio viciado de nulidad, sino también cuando sea violatoria, directa o indirectamente de una garantía constitucional de carácter procesal o penal. Por tanto, este Supremo Tribunal se pronunciará de manera oficiosa en este caso, no para analizar el juicio de culpabilidad establecido en la sentencia, sino el derecho a la debida motivación de las resoluciones, específicamente el deber de motivar la respuesta punitiva, sobre lo cual incidirá el presente análisis.



8. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

VIGÉSIMO TERCERO: El derecho a la motivación de las resoluciones, tal como ha tenido la oportunidad de precisar el Tribunal Constitucional (Expediente Número cinco mil seiscientos uno-dos mil seis-PA/TC. Fundamento jurídico tres) *"...constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional"*.

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción.

VIGÉSIMO CUARTO: En efecto, toda sentencia que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho o mejor dicho, que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón, será una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional (cfr Expediente Número setecientos veintiocho-dos mil ocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilaes, fundamento ocho). Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, que surge del Estado Democrático de Derecho (*artículo tres y cuarenta y tres de la Constitución Política*) y tiene un doble significado: **a)** En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, **b)** en un sentido moderno y concreto, la



arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Expediente Número noventa-dos mil cuatro-AA/TC. Fundamento jurídico doce). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (*artículo 44º, de la Norma Fundamental*).

VIGÉSIMO QUINTO: El contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: **a)** fundamentación jurídica; que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; **b)** congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y **c)** que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

9. Deber de motivación y restricciones de derechos fundamentales

VIGÉSIMO SEXTO: Asimismo, es preciso recalcar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales (Cfr. Expediente Número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilaes, fundamento jurídico dieciocho), y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación. Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada



radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación. Así, cabe citar a modo de ejemplo que para el caso de una restricción grave del derecho a la libertad personal como el internamiento en un establecimiento penitenciario, la exigencia de la motivación de la pena concretamente impuesta -en este caso treinta años de pena privativa de libertad- debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible evaluar si el juez penal ha obrado teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

VIGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, atendiendo a que se trata de una sentencia que condena al recurrente a una pena privativa de libertad de treinta años, la grave intervención en los derechos del condenado que comporta esta sanción penal acrecienta los deberes de motivación del órgano jurisdiccional que impone la pena como del que la confirma; sin embargo, en la sentencia de vista de fojas ciento cinco no existe ninguna motivación sobre la respuesta punitiva y se limita a analizar los medios probatorios que formaron convicción en el juzgador sobre la responsabilidad penal de procesado Peñaloza Espinoza, omitiéndose cualquier análisis sobre la pena.

VIGÉSIMO NOVENO: Siendo esto así, conforme a lo expuesto, debe estimarse de manera oficiosa el recurso de casación, declarándose la nulidad parcial de la sentencia de vista, con respecto al extremo de la pena impuesta al procesado Peñaloza Espinoza, quedando firme el



extremo que lo condena por el delito de violación sexual de menor de trece años de edad. Asimismo, cabe señalar que la presente estimatoria oficiosa se justifica excepcionalmente por no existir motivación alguna respecto de la pena, pese a la grave intervención en los derechos del condenado que implica una sanción penal de treinta años de pena privativa de libertad.

10. Función y Etapas de la Determinación Judicial de la Pena.

TRIGÉSIMO: En efecto, una vez establecida la existencia de un delito y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido. La determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito; se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales. Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número uno-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha precisado: *"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 (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales"*.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Esta actividad, intrínsecamente judicial, permite constatar el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida



de pena; actividad que a su vez implicará el *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena.³

La Corte Suprema, al amparo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal, ha precisado que la graduación de la pena debe ser el resultado de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de su cultura y carencias personales [Ejecutoria Suprema número cinco mil dos-noventa y seis-B/Cusco, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis]; en consecuencia, la determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en base a etapas o fases. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales. En la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables; se trata de la identificación de la *pena básica*, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En la segunda etapa se debe identificar la *pena concreta* dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en cada caso concreto.

11. El principio de proporcionalidad de la pena.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Por el principio de proporcionalidad, en su vertiente de la "prohibición del exceso", los jueces hacen un control del valor constitucional de las leyes penales y obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio en la infracción y la sanción penal a imponer al caso concreto. Los Tribunales de Justicia, y en este caso la

³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho 2/2007, Barcelona, páginas 5 y 6.



Sala Penal Suprema, deben asumir la postura, como todo Tribunal de Justicia en el mundo "cuando se trata de fiscalizar las decisiones político criminales del legislador".⁴

TRIGÉSIMO TERCERO: Por ello, se deben establecer en la Constitución como límites al *ius puniendi*, y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del Derecho Penal, los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad. La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho; en este sentido, no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Por consiguiente, hay que distinguir dos exigencias: La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada (La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho). La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad.

De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

12. La constitucionalización del sistema punitivo y los límites al legislador penal. El sistema punitivo en el marco de la Constitución.

TRIGÉSIMO CUARTO: La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo

⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de Proporcionalidad y Ley Penal. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, página 18.



ocho de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de mil novecientos noventa y tres ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas garantías, no sólo de orden material, sino también de orden procesal.

Dentro de las primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente: **a)** el principio de legalidad penal (artículo dos, inciso veinticuatro, apartado “d”); **b)** el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos tres y cuarenta y tres), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo uno) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo dos, inciso uno); y, **c)** el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo doscientos); entre otras.

Dentro de las segundas, las garantías procesales, destacan: **a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo ciento treinta y nueve, inciso tres); **b)** la publicidad de los procesos (artículo ciento treinta y nueve, inciso cuatro); **c)** el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco); entre otras.



En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales, que sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.

13. El ius puniendi en el Estado Social y democrático de derecho

TRIGÉSIMO QUINTO: Además, de los derechos y principios constitucionales antes mencionados, existe un principio que dada su configuración resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Se trata del principio del Estado Social y Democrático de derecho; que se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos tres y cuarenta y tres de la Constitución, y se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales.

El Estado Social y Democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

TRIGÉSIMO SEXTO: En cuanto a la pena, cabe precisar que siendo ésta uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado. De este modo, como lo sostiene Mir Puig, se puede afirmar



que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado y que "No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado Social y Democrático de derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal". 5

En un Estado Social y Democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º cero diecinueve-dos mil cinco-PI/TC, que "(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la

5 MIR PUIG, SANTIAGO; El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ariel, Barcelona, 1994, página 29-31.



conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia, se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución)". Es preciso destacar, sin embargo, continúa el Tribunal en la referida sentencia, "(...) que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. (...)". De este modo, el Estado no puede desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes; es decir, no puede desnaturalizar los fines de la pena.



TRIGÉSIMO OCTAVO: Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el juzgador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

Ello, sin lugar a dudas, no implica que la Norma Fundamental haya previsto de modo completo y detallado los contenidos del Derecho Penal, pues tal cometido sería de difícil realización. Por ello, el juzgador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una «discrecionalidad relativa», según la cual posee un determinado nivel de autonomía, encontrándose vinculado por las garantías antes mencionadas, así como por los principios y valores de la Constitución, tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad, de manera que en la determinación de la pena concreta, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo doscientos de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla



como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad, caso contrario el juez podría corregir el exceso.

TRIGÉSIMO NOVENO: Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal, en este caso la libertad personal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por el juzgador en la determinación judicial de la pena, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la pena concretamente impuesta que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de esta medida es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que la orienta. Al respecto, es de desarrollar las referidas exigencias del principio de proporcionalidad:

- *Examen de idoneidad.* Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida es idónea o adecuada para



lograr tal fin. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad.

CUADRAGÉSIMO: En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañabilidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado. Sobre lo segundo, la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre la pena concreta, a través de la intervención del juzgador, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.

- *Examen de necesidad.* En materia penal, el examen de necesidad exige que se tome en cuenta el carácter fragmentario del Derecho Penal. Es decir, la represión penal por parte del Estado exige criterios de utilidad debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo, de modo que es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del Derecho Penal, en concreto con los fines de la pena, que están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de la prevención especial y el principio de proporcionalidad.



De este modo, en el Estado Constitucional, la respuesta punitiva, al encontrarse relacionada con la limitación de un derecho fundamental tanpreciado como es la libertad individual, debe ser proporcional y razonable en cada caso, conforme lo establecen los artículo VIII, IX y X del Título Preliminar del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del acotado Código, y actuando como sede de instancia:

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal -afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho de defensa-, manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el procesado Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del ocho de marzo de dos mil once -del cuaderno de apelación-, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil diez -del cuaderno de debates-, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de trece años de edad vía sexo oral, en perjuicio del menor de iniciales E.J.M.S. y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.



- II. Declararon **de oficio casar** la sentencia por falta de motivación en el extremo que confirmó la pena privativa de libertad de treinta años impuesta a Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza, en consecuencia **NULO** dicho extremo, actuando en sede de instancia **reformaron** la sentencia de segunda instancia y le impusieron quince años de pena privativa de libertad.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a la no recurrente.
- IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO


SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

BMP/mss.

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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