



Violación sexual de menor de edad, principios de legalidad y humanidad, interés superior del niño y determinación de la pena

I. En el *sub iudice*, se redujo la pena de modo aparente y se aplicó el artículo 392, numeral 4, del Código Procesal Penal. Sin embargo, la norma procesal no autoriza a desconocer el texto legal ni aplicar una pena distinta de la estatuida en el tipo penal respectivo.

La discordia no es ilimitada, no admite criterios subjetivos inmotivados y, en lo específico, no permite fijar la sanción penal por debajo del mínimo legal —salvo la presencia de causales de disminución de la punibilidad legales y supralegales—.

II. Los criterios para determinar la pena concreta están regulados en el artículo 45 del Código Penal y emerge una regla básica: la pena se impone dentro de los límites fijados por la ley. No se verifica la presencia de alguna de las causales de disminución de punibilidad contempladas en el Código Penal, ni las que provienen del ordenamiento convencional. Por lo que no existe justificación para aminorar la sanción a límites inferiores a la pena básica (treinta años). Después, la pena impuesta (veintidós años y seis meses) constituye una infralegalidad censurable. De otro lado, a favor no confluye la regla de reducción por bonificación regulada en el Código Procesal Penal, a efectos de reducir la pena concreta en un determinado nivel. Se enfatiza, entonces, que no cabía sino imponer la sanción respetando la punibilidad abstracta.

III. El principio de humanidad despliega sus efectos con especial énfasis en la ejecución penitenciaria, en el sentido de que proscribe los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes en la vida carcelaria. Es un baremo para el ejecutor de las penas ya impuestas. En la dosificación penal se debe respetar la legalidad y proporcionalidad; en tanto que, durante el cumplimiento de la pena, se ha de garantizar la humanidad. No es posible que, so pretexto de la humanidad, se reste vigencia a la legalidad y proporcionalidad. La inaplicación de la ley solo cabe por inconstitucionalidad, en un procedimiento de argumentación propia y siguiendo un trámite particularísimo de consulta, que en este caso no fue utilizado.

IV. Por consiguiente, la Sala Penal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena e infringió el principio de legalidad. Aplicó a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS una sanción inferior al mínimo legal, aun cuando no se cotejó ninguna causal de disminución de la punibilidad o regla de reducción por bonificación procesal para avalar la degradación punitiva. Por ende, en la instancia de apelación se sobredimensionó y utilizó indebidamente el principio de humanidad, en desmedro de los principios de legalidad y proporcionalidad, así como del compromiso internacional de hacer prevalecer el interés superior del niño, niña o adolescente, cuando se trate de decisiones judiciales que les concierna. En tal virtud, al no ser necesario un nuevo debate, esta Sala Penal Suprema emite una sentencia sin reenvío, al amparo del artículo 433, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal. La sentencia de vista será casada y, actuando en sede de instancia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en el extremo en que le impuso treinta años de pena privativa de la libertad por el delito de violación sexual de menor de edad, regulado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal.

El recurso de casación promovido por la Fiscalía Superior se declarará fundado.

Sala Penal Permanente

Recurso de Casación n.º 426-2021/Piura

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de enero de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de vista, del veintiséis de noviembre de dos mil veinte (foja 245), emitida por la Segunda Sala Penal de



Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, en el extremo en que revocó la sentencia de primera instancia, del cuatro de febrero de dos mil diecinueve (foja 106), en cuanto impuso treinta años de pena privativa de libertad a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS y, reformándola, le aplicó veintidós años y seis meses de privación de la libertad; en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales A. J. M. L.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. El auto del veintidós de noviembre de dos mil diecinueve (foja 1), dio lugar al juicio oral respectivo.

Se realizó el juzgamiento según las actas respectivas (fojas 37, 63, 73, 86 y 101).

Después, se emitió la sentencia de primera instancia, del cuatro de febrero de dos mil diecinueve (foja 106), que condenó a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio del menor de iniciales A. J. M. L., le impuso treinta años de pena privativa de libertad y fijó como reparación civil la suma de S/ 10 000 (diez mil soles), que deberá abonar a favor del agraviado.

Segundo. Contra la sentencia de primera instancia, CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS interpuso el recurso de apelación del primero de julio de dos mil veinte, según se referenció en el auto del veinticuatro de julio del mismo año (foja 202).

A través del auto del veinticuatro de julio de dos mil veinte (foja 202), la impugnación fue concedida y se dispuso elevar los actuados al superior en grado.

Tercero. En la etapa de apelación, según auto del doce de noviembre de dos mil veinte (foja 231), se declararon inadmisibles los medios de prueba ofrecidos.

Se efectuó la audiencia de apelación, conforme a las actas concernidas (fojas 238 y 243), en la que se expusieron las alegaciones de las partes procesales intervinientes, y se realizaron las réplicas y dúplicas respectivas.

Luego, a través de la sentencia de vista, del veintiséis de noviembre de dos mil veinte (foja 245), se confirmó la sentencia de primera instancia, del cuatro de febrero de dos mil diecinueve (foja 106), que condenó a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio del menor de iniciales A. J. M. L., y fijó como reparación civil la suma de S/ 10 000 (diez mil soles), que deberá abonar a favor del agraviado; la revocó en el extremo en que le impuso treinta



años de pena privativa de la libertad y, reformándola, le aplicó veintidós años y seis meses de privación de la libertad.

Cuarto. En primera y segunda instancia se declaró probado el siguiente *factum* delictivo.

- 4.1. Se indicó que CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS, en la data de los hechos, era conviviente de Hilda Patricia Sernaqué, quien, a la vez, era hermana de la madre del adolescente agraviado de iniciales A. J. M. L. (trece años). Asimismo, estaba a cargo del traslado de este último desde su casa al colegio y viceversa.
- 4.2. El veintiocho de octubre de dos mil diecisiete, la progenitora estaba lavando el uniforme de gala de su hijo de iniciales A. J. M. L. y se percató de la presencia de manchas de sangre y otros residuos (al parecer semen). En ese momento, realizó indagaciones y logró que se practique el examen médico-legal, que arrojó signos de actos contra natura antiguos.
- 4.3. El menor de iniciales A. J. M. L. individualizó a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS como Calín y lo sindicó como autor del acto sexual en su perjuicio, el nueve de octubre de dos mil diecisiete, en el domicilio situado en la calle Juan Velasco n.º 108, San José, La Unión. Ese día, el segundo aprovechó que Hilda Patricia Sernaqué y su hija de once años no estaban en la vivienda, e hizo ingresar a la víctima a su habitación, lo acostó en la cama, lo desnudó, lo agredió sexualmente y le dijo que no contara lo sucedido.
- 4.4. Según lo estableció el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (en adelante, Conadis), el agraviado de iniciales A. J. M. L. presentó retardo mental leve y deterioro de comportamiento; asimismo, requirió atención y tratamiento.

Quinto. Frente a la sentencia de vista, el señor FISCAL SUPERIOR y CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS promovieron los recursos de casación del quince y diez de diciembre de dos mil veinte (fojas 359 y 263).

Invocaron las causales de admisibilidad previstas en el artículo 429, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal, respectivamente.

Mediante el auto del veintiuno de diciembre de dos mil veinte (foja 380), se admitieron las casaciones y se dispuso que el expediente judicial sea remitido a este órgano jurisdiccional.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Sexto. De acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, se expidió el auto del catorce de septiembre de dos mil veintidós (foja 216 en el cuaderno supremo), que declaró inadmisibile el recurso de casación formulado por CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS, y bien concedido el



recurso de casación promovido por el señor FISCAL SUPERIOR, por la causal regulada en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

En el último caso, se aplicó la voluntad impugnativa.

Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión de la casación, según las notificaciones correspondientes (fojas 224 y 225 en el cuaderno supremo).

Séptimo. A continuación, se expidió el decreto del dieciséis de diciembre de dos mil veintidós (foja 228 en el cuaderno supremo), que señaló el dieciséis de enero de dos mil veintitrés como data para la vista de casación.

Se emplazó a los sujetos procesales, conforme a la cédula respectiva (foja 229 en el cuaderno supremo).

Octavo. Llevada a cabo la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha, según el plazo previsto en el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se declaró bien concedido el recurso de casación planteado por el señor FISCAL SUPERIOR por la causal contenida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

En el auto del catorce de septiembre de dos mil veintidós (foja 216 en el cuaderno supremo), se precisó lo siguiente:

Las alegaciones que expuso se imbrican, esencialmente, en la falta de aplicación de la pena abstracta prevista en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, es decir, no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de privación de la libertad. En primera instancia se le impuso la pena de treinta años de privación de la libertad. Empero, en la etapa de apelación, se le aplicó una sanción inferior al mínimo legal, esto es, veintidós años y seis meses, sin haber esgrimido una fundamentación adecuada y sin que se hayan configurado causales de disminución de la punibilidad legales o supralegales [...]. Los tópicos por dilucidar serán la inobservancia de la punibilidad, regulada en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal y la reducción ilegal del *quantum* punitivo, así como la solicitud de incremento de sanción penal, que resulte coincidente con la sentencia de primera instancia respectiva (cfr. considerandos décimo y decimotercero).

Se trata de una *casación sustantiva*.

Segundo. Previamente, cabe precisar que el artículo 432, numeral 2, del Código Procesal Penal estatuye lo siguiente: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos”.

Es por ello que, a efectos de evaluar la “indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”, es preciso ceñirse escrupulosamente a los hechos probados por los órganos jurisdiccionales sentenciadores.



El *error iuris* acarrea comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que deben ser respetados en su integridad, orden y significación, fueron aplicados correctamente a los mismos, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación¹.

El principio de intangibilidad fáctica detenta plena vigencia.

Tercero. Ahora bien, la controversia casacional reside en dilucidar si la Sala Penal Superior, en la dosificación penal, inaplicó la punibilidad regulada en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal —según Ley n.º 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece— y, si con ello, vulneró el principio de legalidad.

Así, en la sentencia de vista, del veintiséis de noviembre de dos mil veinte (foja 245), se precisó lo siguiente:

- 3.1. En principio, se destacó la edad aproximada del agente delictivo, así como sus condiciones personales: no registra antecedentes penales y desempeña una labor específica (mototaxista).
- 3.2. Luego, entre los jueces superiores hubo discordia sobre el *quantum* punitivo, pues, el primero estimó que debían aplicarse quince años, el segundo optó porque se impongan veinticinco años y el tercero adujo que la sanción era treinta años.
- 3.3. Ante ello, de acuerdo con el artículo 392, numeral 4, del Código Procesal Penal, se le impuso veintidós años y seis meses de pena privativa de la libertad (cfr. considerando quinto, *in extenso*).

Cuarto. Así, por cuestiones de metodología, el análisis jurídico se disgregará en cuatro bloques argumentales: el principio de legalidad; el principio de humanidad; el principio de interés superior del niño, la niña y el adolescente; y la determinación de la pena.

I. Del principio de legalidad

Quinto. El principio de legalidad tiene base constitucional y legal.

En primer lugar, el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; **ni sancionado con pena no prevista en la ley**” (resaltado propio).

Y, en segundo lugar, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal determina lo siguiente: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o

¹ GIMENO SENDRA, Vicente. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Navarra: Editorial Civitas, p. 958.



falta por la ley vigente al momento de su comisión, **ni sometido a pena** o medida de seguridad **que no se encuentren establecidas en ella**” (resaltado propio).

El principio de legalidad contiene un doble cariz: es la garantía tuitiva más importante de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, constituye un límite inexorable en el ejercicio de la facultad coercitiva estatal y, por ende, de la función jurisdiccional.

Se justifica por cuanto la intervención punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar y ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley, como expresión de la voluntad general².

Al respecto, la jurisprudencia convencional, acerca del principio de legalidad, estableció notas esenciales, que resulta pertinente destacar:

De un lado: “En un Estado de Derecho, el principio de legalidad [...] preside [...] la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”.

Y, de otro lado: “La Convención Americana obliga a los Estados a extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”.

En ese sentido:

Corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico³.

Por su parte, en la jurisprudencia penal se puntualizaron los sentidos histórico y liberal, así como la arista procesal del principio de legalidad.

Sobre lo primero: “Los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos y ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda”.

Y, respecto a lo segundo, se tiene lo siguiente:

La legalidad [...] no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido o permitido, y de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma [...]. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma (prohibitiva o imperativa), sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben

² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2021). *Fundamentos de derecho penal. Parte General*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, p. 76.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”. Sentencia del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos centésimo octogésimo séptimo, centésimo octogésimo noveno y centésimo nonagésimo.



observar los órganos de persecución y juzgamiento [...] una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de la determinación judicial de la pena⁴.

Sexto. Si la finalidad institucional del principio de legalidad es normar la convivencia social —discernir entre lo permitido y prohibido—, resulta imprescindible la presencia de un instrumento con carácter accesible y previsible para expresar su mensaje comunicativo. Solo de este modo podrá afirmarse que los ciudadanos han sido debidamente informados acerca de las limitaciones al ejercicio de sus conductas y también orientados respecto a las restricciones que puedan aplicarse.

Como se sabe, en materia penal se trata de delimitar qué acciones son constitutivas de delitos y qué penas o medidas de seguridad concierne imponer.

En ese sentido, la ley, como expresión positiva del principio de legalidad —en su vertiente definitoria de conductas punibles y de las consecuencias penales que acarrea—, vincula funcionalmente a los jueces en el quehacer jurisdiccional. Sirve como mecanismo de control, seguridad y predictibilidad de sus decisiones, y cumple el propósito de generar estabilidad y confiabilidad en el derecho.

Si bien a través del principio de legalidad se impide la dación de normas penales indeterminadas, ahí no queda todo, pues junto a ello surge la necesidad de fijar con precisión y antelación las sanciones jurídico-penales.

En lo pertinente, el punto de mayor vinculación del principio de legalidad lo constituye la prohibición dirigida al juez de aplicar una sanción que no se encuentre taxativamente prevista. Las sanciones penales no son inventadas, de ahí que no se puede imponer cualquier pena que exista en el ordenamiento jurídico, sino solo aplicar aquella sanción que específicamente se encuentre prevista para el delito cometido. La necesidad del ciudadano no solo consiste en saber si la conducta se halla o no prohibida, sino también en el hecho de conocer la clase y duración o contenido de la sanción a la que puede hacerse acreedor en caso decida cometer el delito⁵.

El juzgador sigue ostentando importantes atribuciones en la medición de la pena. No obstante, las dificultades de consolidación del principio de legalidad de las penas —en comparación con la mayor solidez en la delimitación del supuesto de hecho delictivo— deben ser abordadas desde un plano conceptual, a

⁴ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 724-2018/Junín, del diez de junio de dos mil diecinueve, fundamento de derecho noveno.

⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. (2002). *Principios de derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 89 y 90.



fin de delimitar lo estrictamente legal y judicial en la configuración de la pena final⁶.

Así como se exige que los jueces al momento de la subsunción respectiva sean absolutamente respetuosos del tenor de la norma sustantiva infraccionada; en el mismo sentido, ha de requerírseles que observen sus disposiciones punitivas. Son cuestionables, en idéntico nivel, las decisiones de extralegalidad y de infralegalidad.

En esa línea, lo que se persigue es evitar que la respuesta punitiva esté cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos⁷.

Séptimo. No siempre existen tensiones normativas entre los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad. No todos los casos son difíciles o contienen situaciones límites por las que necesariamente deban ser puestos en conflicto. Y es que, para los jueces, tan importante como ahondar en su problemática debe ser buscar su compatibilidad y resolver las situaciones sometidas a su conocimiento.

Debido a que no son principios absolutos, la pena debe satisfacer tanto la legalidad como la proporcionalidad y, en la etapa ejecutiva, la humanidad.

Es por ello que, para imponer una sanción, ha de cumplirse con la legalidad (situarse en la pena abstracta) y, después, ha de verificarse la proporcionalidad según las circunstancias del caso, es decir, tomando en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad que puede resultar variable (dosificación de la pena concreta). En último momento, ha de garantizarse el cumplimiento humanitario de la privación de libertad (en la ejecución penitenciaria).

De no ser así, los jueces impondrían sanciones según su particular modo de ver la realidad o sus conocimientos privados y, lo que es peor, ensayarían cálculos punitivos arbitrarios.

De ocurrir esto último, se vaciaría de contenido la legalidad y proporcionalidad.

II. Del principio de humanidad

Octavo. Es oportuno señalar que el test de humanidad de la pena exige comprobar los siguientes aspectos: **(i)** la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; **(ii)** debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; **(iii)** el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento

⁶ BASSO J. Gonzalo. (2019). *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 75.

⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Lima: Ideas Solución Editorial, p. 139.



de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena, y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución⁸.

El principio de humanidad o principio de proscripción de la crueldad es el pensamiento central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales del Estado democrático de derecho. Según este axioma, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Lo óptimo es buscar una pena humanitaria en el sentido de que se ejecute sin sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos de los derechos humanos⁹.

A partir de ello, es evidente que el principio de humanidad despliega sus efectos, con especial énfasis, en la ejecución penitenciaria, en el sentido de que proscribire los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes en la vida carcelaria. Es un baremo para el ejecutor de las penas ya impuestas.

En la dosificación penal se debe respetar la legalidad y proporcionalidad; en tanto que, durante el cumplimiento de la pena, se ha de garantizar la humanidad.

No es posible que, so pretexto de la humanidad, se reste vigencia a la legalidad y proporcionalidad. La inaplicación de la ley solo cabe por inconstitucionalidad, en un procedimiento de argumentación propia y siguiendo un trámite particularísimo de consulta, que en este caso no fue siquiera invocado. Luego no es potestad del juez incumplir la ley, pues “los cambios de ruta de política pertenecen al legislador, no a las cortes judiciales, [ya que] el juez, no está llamado a hacer la ley, sino a descubrirla y a declararla”¹⁰. Tampoco es posible que dicho aspecto, sustraído de su real dirección y *ratio essendi*, se aplique para actuar *contra legem*, bajo un aparente humanismo que se convierte en discrecionalidad arbitraria.

III. Del principio de interés superior del niño, la niña y el adolescente

Noveno. Es relevante apuntar lo siguiente:

9.1. No se soslaya que el factor determinante en el esquema punitivo devino de un razonamiento minusvalorativo de la agresión sexual en perjuicio del menor de iniciales A. J. M. L., quien, según la Conadis,

⁸ PLENO. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 169/2021, del seis de octubre de dos mil veintiuno, fundamento jurídico cuarto.

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Editora Jurídica Grijley, p. 107.

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENO, Valeria. (2018). *Justicia Constitucional. Volumen 1. Historia, principios e interpretaciones*. Huancané: ZELA Grupo Editorial, p. 216.



presentó retardo mental leve y deterioro de comportamiento. Este dato lo connota como una persona vulnerable.

Tampoco se tomó en cuenta el prevalimiento, pues CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS era su tío político y lo trasladaba a su centro educativo.

Estos elementos de gravedad no fueron ponderados en la instancia de apelación.

9.2. Es cuestionable que en la entrevista en cámara Gesell no se haya requerido el auxilio de un experto que sirva de intermediario entre el agraviado de iniciales A. J. M. L. y las autoridades fiscales y judiciales. En el interrogatorio se les exigieron explicaciones por no haber solicitado auxilio y haberse mantenido en silencio.

9.3. Lo descrito engendra un estado de cosas inconvencional. Supone, *per se*, afectación a la dignidad y revela una situación de discriminación. Los adolescentes varones merecen el mismo respeto a sus derechos fundamentales y ha de concedérseles similar protección jurídica.

Décimo. Si a una víctima se le otorga un tratamiento desconectado de su condición de menor de edad, se incumple el compromiso internacional de protección especial de los niños y adolescentes, reconocido como interés superior constitucional¹¹, el cual forma parte del derecho peruano, por mandato expreso del artículo 55 de la Constitución Política del Estado. A la vez, su acatamiento deviene de la Convención de los Derechos del Niño¹².

Si se promueven circunstancias favorables a la revictimización, se otorgan mejores condiciones al atacante sexual o se le aplica una pena inferior a la que por ley le corresponde, se incrementa la deslegitimación social del sistema de justicia peruano.

De ahí que el compromiso internacional referido *ut supra* obliga un tratamiento de diferenciación (entre los perjudicados y agresores), siempre que

¹¹ Cfr. Artículo 4 de la Constitución Política del Estado, que prescribe que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, entre otros.

¹² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por el Perú por Resolución Legislativa n.º 25278 y suscrita por el Estado peruano el veintiséis de enero de mil novecientos noventa. Artículo 3, numeral 1, de la Convención de los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”. Así también, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva n.º OC-17/02, del veintiocho de agosto de dos mil dos; PLENO, Tribunal Constitucional, Sentencia n.º 01665-2014-PHC/TC Ica, del veinticinco de agosto de dos mil quince, fundamentos jurídicos decimocuarto al vigesimotercero; SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Casación n.º 1268-2021/Ayacucho, del veinticinco de agosto de dos mil veintidós, fundamento octavo; Recurso de Casación n.º 761-2018/Apurímac, del veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, fundamento cuarto; y, entre otros.



este no suponga una condición menos favorable a la que recibiría cualquier otra persona en igual situación (*positive action*).

Undécimo. Cuando se trata de valorar testimonios o declaraciones de víctimas de delitos clandestinos, el juez está en la ineludible obligación de alinear su comprensión intelectual con el nivel cognitivo del órgano de prueba (comprensión neurocientífica de colocación)¹³; en particular si se trata de una víctima de agresión sexual, de una niña o de un niño, o de adolescente, o de una persona con habilidades intelectivas diferentes o disminuidas (discapacidad visual, oral o auditiva, retardo mental, autista, fronterizo o cualquier otra semejante capacidad mental diferente).

Y si para lograr la comprensión de colocación, al juez no le fuera suficiente su sentido común, sus habilidades y destrezas personales, tiene el deber de convocar al juzgamiento a algún especialista en la materia, con el fin de alcanzar una decisión acabada, plena y justa sobre los hechos que juzga. Esta conclusión se alinea con el compromiso internacional de protección especial de los niños y adolescentes, reconocido como interés superior constitucional y convencional.

Duodécimo. Se aclara que lo detallado previamente tiene incidencia en el régimen terapéutico y la prueba judicial.

No obstante, en la perspectiva de la punición, aun cuando la pena tiene efectos beneficiosos para la víctima (pone de manifiesto la injusticia sufrida, ofrece garantías de no repetición, calma la necesidad de justicia, le devuelve la confianza en el ordenamiento y la sociedad, y evita su desocialización), ello responde al mecanismo de la reciprocidad para la conservación del grupo y del individuo como ser social. Este fin, a la vez, es instrumento de otro y, por ello, no puede ser colocado como fin en sí mismo o superior a los propósitos preventivos clásicos, de forma que, “los derechos de las víctimas eclipsen o sustituyan la función del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos”¹⁴.

IV. De la determinación de la pena

Decimotercero. En el *sub iudice*, se redujo la pena de modo aparente y se aplicó el artículo 392, numeral 4, del Código Procesal Penal, que prevé: “Las decisiones se adoptan por mayoría. Si ésta no se produce en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio. Para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime”¹⁵.

Sin embargo, la norma procesal no autoriza a desconocer el texto legal ni aplicar una pena distinta de la estatuida en el tipo penal respectivo.

¹³ Cfr. REDOLAR, D. (2013). *Neurociencia Cognitiva* (1.º Ed.). Madrid: Panamericana, *passim*; BLANCO, J., MIGUEL, V., GARCÍA-CASTELLÓN, C. y MARTÍN, P. (2017). *Neurociencia y Neuropsicología Educativa*. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, pp. 8 a 22.

¹⁴ GIL GIL, Alicia. (2016). *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*. Barcelona: Revista Indret, p. 31.

¹⁵ Solo uno de los jueces superiores del Tribunal *ad quem* respetó la legalidad, en cambio, los otros bajo la excusa injustificada de la humanidad, pretendieron aplicar penas por debajo del mínimo legal, esto es, quince y veinticinco años de privación de libertad.



La discordia no es ilimitada, no admite criterios subjetivos inmotivados y, en lo específico, no permite fijar la sanción penal por debajo del mínimo legal —salvo la presencia de causales de disminución de la punibilidad legales y supralegales—.

El sistema penal y procesal penal es unitario y entre sus valores fundamentales se subraya la coherencia normativa, según la cual, los preceptos de ambos ordenamientos jurídicos deben armonizar entre sí.

De este modo, no es posible que, por un lado, la norma sustantiva establezca que se deben respetar los márgenes legales en la determinación de la pena y que, por otro lado, la norma adjetiva faculte a imponer —a libre albedrío— una sanción inferior a la penalidad abstracta.

Por lo demás, el artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal estipula que la pena se aplica “dentro de los límites fijados por ley”.

Decimocuarto. El carácter convencional y legal del nexo retributivo que une la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de la pena se realice por el legislador y el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del hecho delictivo. De este modo, no existen criterios naturales, sino pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y cantidad de la penalidad adecuada a cada delito¹⁶.

En términos generales, la imposición de la pena tiene como sustento normativo lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Su aplicación engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada *determinación legal* y la segunda rotulada como *determinación judicial*. En esta última fase se realiza un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de aumento o reducción de la pena.

A. Determinación legal

Decimoquinto. Según el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, la punición estriba entre treinta y treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

En el juzgamiento, según acta (foja 37), el representante del Ministerio Público solicitó la imposición de treinta años de privación de libertad, es decir, el mínimo legal.

B. Determinación judicial

Decimosexto. A continuación, ha de establecerse la magnitud cuantitativa de la sanción penal.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, p. 398.



Los criterios para determinar la pena concreta están regulados en el artículo 45 del Código Penal y emerge una regla básica: la pena se impone dentro de los límites fijados por la ley.

De manera oportuna, en la sentencia de primera instancia se glosó que CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS realizó estudios secundarios, ejerció actividades laborales de comerciante, percibió ingresos económicos, no registró antecedentes penales y nació el tres de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro; por ende, cuando perpetró la agresión sexual tenía treinta y tres años.

Estas condiciones, por su generalidad y no extraordinariedad, no compelen a que se le aplique una pena diferente de la convenida en el Código Penal. Objetivamente, demuestran que se trató de una persona integrada a la colectividad, con plenitud en sus capacidades y, por ello, con posibilidad de informarse sobre la ilegalidad y reprochabilidad de mantener relaciones sexuales con menores de edad. A partir de sus óptimas condiciones personales, no se deducen atenuantes.

Adicionalmente, no se verifica la presencia de alguna de las causales de disminución de punibilidad contempladas en el Código Penal —como la omisión impropia (artículo 13), los errores (artículos 14 y 15), la tentativa (artículo 16), la complicidad secundaria (artículo 25), las eximentes imperfectas (artículo 21) o la responsabilidad restringida por razón de la edad (artículo 22)— ni las que provienen del ordenamiento convencional —interés superior del niño o dilaciones indebidas y extraordinarias¹⁷—.

Por lo que, según lo expuesto, no existe justificación para aminorar la sanción a límites inferiores a la pena básica (treinta años). Después, la pena impuesta (veintidós años y seis meses) constituye una infralegalidad censurable.

De otro lado, a su favor no confluye la regla de reducción por bonificación regulada en el Código Procesal Penal, esto es, la confesión sincera (artículo 161), entre otras, a efectos de reducir la pena concreta en un determinado nivel¹⁸.

En el acto oral, según acta (foja 37), alegó inocencia y afirmó que la sindicación del menor de iniciales A. J. M. L. era contradictoria y no estuvo corroborada. Esto es, no hubo cooperación procesal con la causa penal.

Se enfatiza, entonces, que no cabía sino imponer la sanción respetando la punibilidad abstracta.

¹⁷ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, fundamento vigésimo cuarto.

¹⁸ Cfr. Ley n.º 30838, del cuatro de agosto de dos mil dieciocho, en cuyo artículo 5 prescribió: “No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal”.



Decimoséptimo. Las agresiones sexuales ostentan un componente que implica naturalmente la vejación, la humillación y el menosprecio para las víctimas, pues se vulnera un ámbito de la intimidad y libertad tan importante para las personas como es el de su sexualidad. La dignidad siempre resulta mellada.

Las violaciones sexuales, *per se*, son hechos graves, por lo que la intervención mínima del derecho penal no constituye una limitación material y/o formal para aplicar una pena severa y con pleno respeto del ordenamiento jurídico. Es imperiosa la consolidación de una resocialización adecuada, en beneficio del reo y la sociedad.

La víctima de iniciales A. J. M. L., durante el acto sexual, tenía trece años de edad.

Como es lógico, se refleja una situación de vulnerabilidad previa, concomitante y posterior a los actos sexuales, lo que impide concluir que haya entablado relaciones libres, voluntarias, igualitarias y equilibradas. En estos casos se adoptan actitudes de sometimiento y pasividad.

Entonces, debido a que el hecho delictivo probado es notoriamente grave, existe un reproche jurídico absoluto y no se aprecian atenuaciones de ninguna índole, la sanción impuesta en primera instancia, es decir, treinta años de pena privativa de la libertad, es conforme a los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, así como al respeto obligado al interés superior de la víctima por ser un adolescente.

Decimoctavo. En esa perspectiva, la pena de treinta años de privación de la libertad —coincidente con el mínimo legal respectivo— no infracciona los principios jurisdiccionales de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, regulados en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución Política del Estado.

En esa línea, la calificación como inhumana o degradante de la sanción penal no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material; en ese sentido:

Depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena¹⁹.

En virtud del artículo 178-A del Código Penal, recibirá tratamiento terapéutico para facilitar su readaptación social. Así, la expectativa de resocialización se mantiene vigente y dependerá de su evolución progresiva y de la realización de actividades productivas que favorezcan el cumplimiento de los fines de la pena.

¹⁹ SALA SEGUNDA. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 65/1986, del veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y seis, fundamento jurídico cuarto.



Decimonoveno. Se resalta, finalmente, que la cuantificación de la pena, si bien es un ejercicio de discrecionalidad, este debe ser explicitado suficientemente en las sentencias judiciales y solo es verificable en casación, por la vía de la infracción de ley.

Como se sabe, la función final de la individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de casación, sino al sentenciador, por lo que en esta sede únicamente procederá controlar si los órganos de instancia han realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Aunque la necesidad de motivación alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de argumentación cuando se impone el mínimo legalmente previsto —necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen—, que en aquellos otros casos en los que se considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone²⁰.

En el caso, la sanción aplicable, es decir, treinta años de privación de libertad, concuerda con el mínimo legal regulado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, sin la presencia de causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal.

Vigésimo. Por consiguiente, la Sala Penal Superior interpretó incorrectamente las reglas de medición de la pena e infringió el principio de legalidad. Aplicó a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS una sanción inferior al mínimo legal, aun cuando no se cotejó ninguna causal de disminución de la punibilidad o regla de reducción por bonificación procesal para avalar la degradación punitiva.

Por ende, en la instancia de apelación se sobredimensionó y utilizó indebidamente el principio de humanidad, en desmedro de los principios de legalidad y proporcionalidad, así como del compromiso internacional de hacer prevalecer el interés superior del niño, niña o adolescente, cuando se trate de decisiones judiciales que les conciernan.

En tal virtud, al no ser necesario un nuevo debate, esta Sala Penal Suprema emite una sentencia sin reenvío, al amparo del artículo 433, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal. La sentencia de vista será casada y, actuando en sede de instancia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en el extremo en que le impuso treinta años de pena privativa de la libertad por el delito de violación sexual de menor de edad, regulado en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal.

²⁰ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación n.º 2457/2022, del veintidós de septiembre de dos mil veintidós, fundamento de derecho cuarto.



El recurso de casación promovido por la Fiscalía Superior se declarará fundado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de vista, del veintiséis de noviembre de dos mil veinte (fojas 245), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, en el extremo en que revocó la sentencia de primera instancia, del cuatro de febrero de dos mil diecinueve (foja 106), en cuanto impuso treinta años de pena privativa de la libertad a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS y, reformándola, le aplicó veintidós años y seis meses de privación de la libertad; en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales A. J. M. L.
- II. CASARON** la sentencia de vista, del veintiséis de noviembre de dos mil veinte (foja 245) en el extremo respectivo; y, actuando en sede de instancia, sin reenvío, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia, del cuatro de febrero de dos mil diecinueve (foja 106), en cuanto impuso treinta años de pena privativa de la libertad a CARLOS ALBERTO SERNAQUÉ SANTOS como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad, en agravio del menor identificado con las iniciales A. J. M. L.
- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia privada, que se notifique a las partes apersonadas en esta Sede Suprema y que se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

LT/ecb